

Lineamentos da técnica da ponderação no processo do trabalho

Marcelo Freire Sampaio Costa

Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFPA. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela UNAMA/PA. Professor convidado de pós-graduação em diversas instituições. Membro do Ministério Público do Trabalho. *E-mail*: <marcelofreiresampaio costa@gmail.com> ou <marcelo.costa@mpt.gov.br>.

Resumo: O presente trabalho objetiva estudar a técnica da ponderação no processo do trabalho, considerando a pouca evolução científica desse ramo jurídico nesse tema, bem como o cotidiano desafio jurisdicional de serem enfrentadas demandas cada vez mais complexas, chamados casos difíceis (*hard cases*) ou duvidosos. Além de enfrentar a posição da jurisdição quanto ao tema, principalmente pelo Tribunal Superior do Trabalho, busca apresentar pressupostos, conceitos, fases de construção dessa técnica, além de parâmetros gerais e um chamado de “específico” e “preferencial”, qual seja, a prevalência da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Ponderação. Processo do trabalho. Parâmetros. Dignidade humana.

Sumário: 1 Justificativa – 2 Aspectos introdutórios – 3 Pressupostos da ponderação – 4 Conceito de ponderação – 5 Critérios materiais e fases da ponderação – 6 Conclusão – Referências

1 Justificativa

O presente estudo tem por objetivo discutir aspectos da técnica da ponderação no processo do trabalho, usada como mecanismo de suporte à solução de casos concretos.¹

¹ Como destaca José João Abrantes, o juízo de ponderação somente há de ser feito “em concreto” (*in: Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, p. 199).

Inobstante a evolução desse assunto nos ramos jurídicos científicos, notadamente no constitucional,² na doutrina³ e tribunais laborais regionais pátrios, inclusive no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, ainda há muito a ser feito, daí a justificativa do presente.

Óbvio que a vastidão desse assunto não suportaria os limites aqui impostos, daí ter se escolhido usar a expressão “lineamentos” para destacar que serão apreciados apenas alguns aspectos desse apaixonante tema.

Como destacado, a realidade dos tribunais pátrios, inclusive dos laborais, mostra cotidianamente o desafio de serem enfrentadas demandas cada vez mais complexas, os chamados casos difíceis (*hard cases*) ou duvidosos,⁴ exigindo trabalho mais árduo e intrincado do operador do direito, pois envolvem usualmente conflitos princiológicos⁵ de idêntica hierarquia contrapostos, sendo a aplicação dessa técnica de fundamental importância ao desenlace dessas demandas, principalmente à construção de argumentação jurídica racional apta a conduzir o trabalho do intérprete.

2 Aspectos introdutórios

Deve-se partir pelas premissas da força deontológica ou normativa dos princípios, isto é, trata-se de modalidade de norma também dotada de coercitividade suficiente para solução de conflito jurisdicionalizado, bem como da correção da chamada distinção qualitativa⁶ entre normas-regras e normas-princípios.

Tal distinção significa que os princípios, inobstante serem também dotados de força normativa, possuem dimensão de peso ausente nas conhecidas normas-regras. Isso faz com que, usualmente, na resolução dos chamados casos difíceis (*hard cases*) ou duvidosos envolvendo conflitos entre princípios, há de se utilizar o juízo de ponderação, técnica distinta da chamada subsunção⁷ — premissa fática

² Para maior aprofundamento, *vide*, dentre outros trabalhos, os seguintes: BARCELLOS. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*; BRANCO. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*; PEREIRA. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*.

³ Sobre esse assunto já tivemos a oportunidade de publicar: COSTA. *Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares: juízo de ponderação no processo do trabalho*.

⁴ Nesse mesmo sentido, cf. ALEXY. *Conceito de validade do direito*, p. 89.

⁵ Nesse sentido, *vide* ensinamento de Robert Alexy: “Um critério para averiguar se o juiz apoia-se em princípios é saber se ele procede a uma ponderação. Aplica-se o seguinte teorema: quando uma pessoa procede a uma ponderação, ela se apoia necessariamente em princípios” (*op. cit.*, p. 87).

⁶ Cf. com mais vagar sobre esse assunto DWORKIN. *Levando os direitos a sério*; ALEXY, *op. cit.*

⁷ Juarez Freitas, em obra de consulta obrigatória, salienta que o intérprete não é mero “descobridor ou revelador de significados” preexistente, mas atua na condição de “conformador prescritivo e partícipe estruturador” do objeto interpretado (*in: A interpretação sistemática do direito*, p. 66).

menor sobre premissa normativa maior, igual à solução mecânica-subsuntiva dos conflitos.

Nesse eito, a técnica da ponderação vem sendo desenvolvida nesse caldeirão de pensamento em que é necessário o desenrolar de um raciocínio mais enredado, diferente do dito mecanismo de subsunção clássica,⁸ quando não se mostrar possível a redução de um conflito normativo em apenas uma premissa maior, pelo fato de haverem diversas premissas maiores (princípios e regras) igualmente válidas e vigentes, porém colidentes. A finalidade dessa técnica será alcançar solução justificada de um conflito jurisdicional usualmente menos óbvio, homenageando-se, devidamente, a fundamentação reclamada pelo art. 93, IX, da Carta Maior de 1988.

Não se pode olvidar, também, como já salientado, que esse cenário de ponderação de interesses exige da jurisdição um papel de maior protagonismo⁹ (não significando a mesma coisa que ativismo ou decisionismo judicial),¹⁰ pois não se está tratando da mera aplicação subsuntiva (ou mero encaixe) dos fatos à lei; daí a necessidade de serem criados balizamentos de racionalidade capazes de justificarem e legitimarem a decisão exarada.

3 Pressupostos da ponderação

Apontam-se quatro pressupostos¹¹ à ocorrência da técnica da ponderação: (i) pluralidade de direitos, igualmente válidos; (ii) impossibilidade de exercício simultâneo e completo desses direitos; (iii) enunciados normativos,¹² usualmente da modalidade principiológica, abstratamente válidos e *a priori* colidentes; (iv) necessidade de solução de casos difíceis ou duvidosos.

Também Ronald Dworkin trabalha, com maestria, as deficiências do modelo de interpretação mecânica do direito e a necessidade da compreensão das afirmações jurídicas como “opiniões interpretativas”, combinando elementos que se voltam “tanto para o passado quanto para o futuro”, ao longo de quase cinco centenas de páginas (*in: O império do direito*, p. 272).

⁸ Nesse mesmo sentido, BARROSO; BARCELLOS. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In: BARROSO (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 345.

⁹ “No hay ninguna duda de que en la aplicación de los principios, el juez assume un papel más protagonista o creativo que en la mera subsunción de normas o reglas, función que consigue dotarse de más intensos contenidos cuando se defiende que, en determinadas circunstancias, cualquier norma sea aplicada bajo la técnica de los principios” (*in: ORMAETXEA. Principio de proporcionalidad, constitución y derecho laboral*, p. 48).

¹⁰ Sobre esse assunto, *vide* interessante e instigante crítica em STRECK. *O que é isto: decido conforme minha consciência?*

¹¹ Argumento inspirado em SEQUEIRA. *Dos pressupostos da colisão de direitos no direito civil*, p. 15-17.

¹² Enunciado normativo ou texto é o sinal linguístico. A norma é a revelação, pelo intérprete, do texto linguístico. Cf., com maior profundidade, GRAU. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*.

A presença simultânea de uma pluralidade de direitos, inicialmente consubstanciado por normas válidas e *a priori* colidentes, pressupõe a necessidade de serem buscados mecanismos de limitações recíprocas, visando a alcançar “os limites a que estão sujeitos os exercícios desses respectivos direitos”.¹³

A ponderação, portanto, pressupõe a existência de enunciados normativos abstratamente válidos e colidentes, motivo pelo qual resulta uma operação que inicialmente identifica e depois restringe o conteúdo, na medida do caso concreto, de um ou alguns desses preceitos normativos.

4 Conceito de ponderação

O verbo *ponderar*, fora do discurso jurídico, significa: “1. Examinar com atenção e minúcia; pesar. 2. Ter em consideração. 3. Meditar. 4. Dizer em defesa de uma opinião”.¹⁴

Portanto, toda decisão racional envolve algum tipo de exercício de ponderação. Avalia-se a vantagem ou desvantagem em se adotar um determinado comportamento em desfavor de outro. Tal exercício acompanha o ser humano, nas mais diversas situações, ao longo de toda sua existência. Como no dito popular: “a vida é feita de escolhas...”.

No discurso jurídico pode-se tentar conceituar o exercício da ponderação como a técnica de solução de conflitos normativos que envolve usualmente casos difíceis ou duvidosos, conflito este insuperável pelas formas hermenêuticas tradicionais, isto é, pela estrutura geral da simplificada e mecânica técnica da subsunção¹⁵ (premissa maior, texto legal, a incidir sobre a premissa menor, repositório fático da contenda).

Nesses chamados casos difíceis ou duvidosos convivem, buscando aplicação, enunciados normativos igualmente válidos (normas-regras e normas-princípios), de hierarquia idêntica ou distinta, motivo pelo qual o mecanismo clássico da

¹³ SEQUEIRA, *op. cit.*, p. 15.

¹⁴ FERREIRA. *Minidicionário da língua portuguesa*, p. 641.

¹⁵ Carlos Roberto Husek define ponderação como um “instrumento para aplicação dos princípios (uma técnica de decisão judicial). Ponderar significa uma difícil e complexa atividade mental de sentimentos em torno do que é razoável, visando a alcançar com essa razoabilidade o objetivo que se propôs a norma” (Idéias para uma interpretação do art. 114 da Constituição Federal. In: COUTINHO; FAVA (Coord.). *Justiça do trabalho: competência ampliada*, p. 51). Conceito similar também é constatado em Ana Paula de Barcellos. Vejamos: “De forma muito geral, a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis, em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado” (Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 55).

subsunção mostra-se insuficiente para firmar uma posição capaz de aquilatar os elementos normativos em choque. A lógica da subsunção tentaria “isolar uma única norma para o caso”,¹⁶ o que nesse cenário seria inadequado.

Nesses conflitos há razões opostas que, individualmente tomadas, constituiriam bons argumentos para uma determinada deliberação, e só não levam de imediato a uma decisão definitiva porque também existem outras boas razões conduzindo para um outro caminho distinto daquele inicialmente pensado.

Muito importante registrar que o mecanismo da ponderação não pode mais ser considerado apenas método privativo de princípios¹⁷ — apesar de mais recorrente nessas hipóteses —, mas verdadeira técnica de decisão jurídica autônoma,¹⁸ aplicada também em ambientes diversos daqueles relacionados aos conflitos principiológicos,¹⁹ tais como a ocorrência de colisão entre hipóteses normativas de moldura mais objetiva, admitindo-se a solução desse conflito por intermédio da atribuição de um peso maior a determinada regra colidente com outra, inclusive sem que esta de menor peso, à semelhança dos conflitos principiológicos, perca sua validade.²⁰ Apenas preponderará no caso concreto.

Aliás, foi exatamente o que pareceu reconhecer emérito positivista, Herbert Hart, em capítulo de livro, que foi chamado por ele de “pós-escrito”, elaborado para refutar críticas dirigidas contra ele principalmente por Ronald Dworkin, em trecho a seguir transcrito:

Não vejo motivos para aceitar seja esse violento contraste entre os princípios e as normas jurídicas, seja a opinião segundo a qual, se uma norma válida for aplicável a determinado caso, ela deverá, ao contrário de um princípio, determinar invariavelmente o desenlace da causa. Não

¹⁶ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 55.

¹⁷ Cf. trabalho anterior, COSTA. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: juízo de ponderação no processo do trabalho*.

¹⁸ Veja trecho de Humberto Ávila: “Com efeito, a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios. A ponderação ou balanceamento (*weighing and balancing, Abwägung*), enquanto sopesamento de razões e contra-razões que culmina com a decisão de interpretação, também pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática (no caso de regras)[...]” (*in*: ÁVILA. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 44). Nesse sentido, também, BARCELLOS. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. *In*: BARROSO (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 56.

¹⁹ Essa posição vinculadora da ponderação unicamente aos conflitos principiológicos sobeja no Tribunal Superior do Trabalho. Dentre dezenas de precedentes, temos o Proc. TST-RR-5500-35.2007.5.08.0008. 7ª Turma. Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda. *DEJT*, 10 dez. 2010 e Proc. TST-RR-24700-97.2005.5.09.0322. 8ª Turma. Rel. Min. Dora Maria da Costa. *DEJT*, 24 nov. 2010.

²⁰ Posição sustentada por ÁVILA, *op. cit.*, p. 44.

há razão alguma pela qual um sistema jurídico não possa reconhecer que uma norma válida define um resultado nos casos aos quais se aplica, exceto quando outra norma, julgada mais importante, for também aplicável ao mesmo caso. Assim, uma norma, vencida num determinado caso ao conflitar com outra mais importante, pode, como um princípio, sobreviver e continuar vigente, de modo que determine o desenlace em outros casos onde for considerada mais importante que outra norma concorrente.²¹

Para esse tema, ressalte-se a importância de se consolidar a ponderação por intermédio da construção de critérios materiais,²² evitando-se estruturar tal técnica apenas e tão somente por meio dos postulados,²³ de infundáveis e tortuosos caminhos, da razoabilidade e proporcionalidade,²⁴ pois assim pouco se caminhará para evitar arbitrariedades e decisionismos.

Assim, mesmo sendo um caso difícil ou duvidoso em que o raciocínio da mera subsunção não consiga suprir a exigência de fundamentação das decisões jurisdicionais (art. 93, IX, da CF/88), será necessária a busca de ótima argumentação para alcançar a resposta mais bem justificada²⁵ ou “hermeneuticamente adequada”²⁶ pelo julgador, por intermédio da aplicação de critérios racionais,²⁷ autorizadores da conclusão alcançada,²⁸ dada “sempre e somente na situação concreta”.²⁹ E a técnica da ponderação, com os critérios justificadores que serão apresentados, mostra-se uma importante ferramenta à busca desse resultado.

²¹ HART. *O conceito de direito*, p. 337-338.

²² Exatamente como pretendem fazer, dentre outros: BARCELLOS. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*; STEINMETZ. *Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade*.

²³ “Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são objeto de aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e ao aplicador do direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer do modo preliminarmente complementar (princípios), quer do modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas” (ÁVILA, *op. cit.*, p. 124).

²⁴ Nesse mesmo sentido ÁVILA, *op. cit.*, p. 86.

²⁵ AARNIO. Sobre la justificación de las decisiones jurídicas: las tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. *Doxa*, p. 437.

²⁶ STRECK. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, p. 183.

²⁷ Nesse mesmo sentido, PADILHA. *Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial*, p. 90.

²⁸ Ao contrário de Ronald Dworkin, que acredita na possibilidade da existência de uma única resposta correta à solução dos chamados casos difíceis, acompanha-se pensamento de Robert Alexy acerca da necessidade de se buscar tal resposta correta, “independentemente da existência a priori dela” (in: ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 599).

²⁹ STRECK, *op. cit.*, p. 210.

A jurisprudência do TST não vem seguindo esse rumo, pois recorre à técnica ponderativa sem a devida construção dos citados critérios justificadores, e acaba por abrir caminho para decisionismos.³⁰

5 Critérios materiais e fases da ponderação

Consoante destacado anteriormente, pouca relevância terá para a solução de conflitos considerados difíceis a mera vinculação superficial e sem justificação da ponderação, como vem fazendo a jurisprudência, aos chamados princípios ou postulados³¹ da proporcionalidade e razoabilidade, porque a ideia geral de ponderação, despida de critério formal, será “muito mais ampla”³² que os próprios postulados citados.

Humberto Ávila constrói muito bem a ponderação estruturada em fases, nos seguintes termos:

A primeira delas é a *preparação da ponderação* [...]. Nessa fase devem ser analisados todos os elementos e argumentos, o mais exaustivamente possível. [...]

A segunda etapa é a da *realização da ponderação* [...], em que se vai fundamentar a relação estabelecida entre os elementos objetos de sopesamento. No caso da ponderação de princípios, essa deve indicar a relação de primazia entre um e outro.

A terceira etapa é a *reconstrução da ponderação* [...], mediante a formulação de regras de relação, inclusive a primazia entre os elementos objetos do sopesamento, com a pretensão de validade para além do caso.³³

Ana Paula de Barcellos concebe a aplicação da ponderação também como um processo composto em três etapas sucessivas.³⁴ Veja-se resumo formulado pela autora sobre as duas primeiras etapas, *verbis*:

³⁰ Cf. exemplo: “Considerando-se o ora decidido, cujo entendimento tem respaldo também na Constituição Federal, não há que se falar em violação dos artigos constitucionais explicitados pelo recorrente, porquanto na antinomia entre normas constitucionais adota-se o princípio da proporcionalidade, ou seja, na ponderação de interesses entre os direitos fundamentais envolvidos, dá-se maior preponderância para um deles, sem que o outro seja excluído”. Tribunal Superior do Trabalho. Proc. TST AIRR 42/2006. 6ª Turma. Rel. Min. Maurício Godinho Delgado. DJ, 04 set. 2009.

³¹ Cf. ÁVILA, *op. cit.*, p. 79-82.

³² ÁVILA, *op. cit.*, p. 87.

³³ ÁVILA, *op. cit.*, p. 87-88.

³⁴ BARCELLOS. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 91-146.

Na primeira delas, caberá ao intérprete identificar todos os enunciados normativos que aparentemente se encontram em conflito ou tensão e agrupá-los em função da solução normativa que sugerem para o caso concreto. A segunda etapa ocupa-se de apurar os aspectos de fatos relevantes e sua repercussão sobre as diferentes soluções indicadas pelos grupos formados na etapa anterior.³⁵

A terceira etapa, após a identificação de elementos normativos e fáticos que compõe a moldura da lide, refere-se à fase da decisão. Nesse momento são examinados conjuntamente as hipóteses normativas conflitantes e o natural encaixe fático nessas molduras legais, além de serem apurados os “pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa”.³⁶ Após a atribuição desses pesos, chega-se ao momento de definir a possibilidade de serem conciliados os diferentes elementos normativos conflitantes e qual dele(s) deverá preponderar, e, via de consequência, qual será “a norma que dará solução ao caso”.³⁷

As duas posições doutrinárias citadas constroem fases necessárias à construção da técnica da ponderação. Estas podem ser resumidas da seguinte maneira:

1. *Preparação à ponderação*: neste momento inicial são destacados os elementos normativos e fáticos que compõe a moldura do conflito posto;
2. *Construção da ponderação*: nesta etapa são apurados os aspectos fáticos relevantes e sua repercussão sobre as diversas e possíveis soluções indicadas, de acordo com cada encaixe possível das hipóteses normativas aos fatos descobertos na fase anterior;
3. *Decisão*: neste momento serão selecionados os pesos a serem atribuídos a cada uma das soluções normativas possíveis, conferindo preponderância de uma hipótese normativa ou grupo delas sobre outra(s) com aquela(s) colidente.

Essas fases apontadas são certamente úteis à condução e composição de raciocínio apto a ordenar a ponderação necessária à solução de um dado caso concreto, contudo, conveniente também a construção de verdadeiros parâmetros gerais e específicos,³⁸ aptos a servirem de norte justificador ao desfecho dos conflitos processuais.

³⁵ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 92.

³⁶ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 123.

³⁷ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 124.

³⁸ Nesse sentido *vide* BARCELLOS, *op. cit.*, p. 125.

5.1 Parâmetros gerais à ponderação

Apontam-se dois parâmetros jurídicos gerais³⁹ a incidirem em todo e qualquer exercício de ponderação: a) pretensão de racionalidade⁴⁰ do discurso jurídico; b) concordância prática das hipóteses normativas em tensão.

O primeiro refere-se à necessidade do desenvolvimento de argumentação jurídica possuir racionalidade⁴¹ e legitimidade capaz de ser compreendida imediatamente pelos partícipes do litígio em questão, e, também, mediadamente pelo entorno social.

O irrefragável reconhecimento da importância da técnica ponderativa não significa a formação de “um campo livre para convicções morais e subjetivas dos aplicadores do direito”,⁴² pois há de se buscar, por intermédio da edificação de balizamentos determinados, como se vem pretendendo fazer ao longo do presente, a “objetivação dessas valorações”,⁴³ com o fito de justificar e legitimar a argumentação construída, até porque, como já firmado anteriormente, é preceito constitucional a necessidade de as decisões jurisdicionais serem devidamente fundamentadas (art. 93, IX).

O segundo diz acerca da concordância prática das hipóteses normativas e fáticas em tensão, ou seja, a harmonização recíproca dessas categorias “de modo que nenhuma delas tenha sua incidência totalmente excluída na hipótese”.⁴⁴

A concordância prática, utilizando-se dos elementos clássicos e modernos da hermenêutica jurídica, levará o intérprete à escolha da solução que produza o melhor equilíbrio possível, impondo a menor quantidade de restrição à maior parte dos elementos normativos e fáticos em discussão.

Sobre a chamada concordância prática no processo do trabalho, não se pode deixar de transcrever trecho elucidativo de doutrina lusitana, senão veja-se:

Tendo em vista a correcta delimitação dos direitos em conflito, de forma a assegurar a *concordância prática* entre todos eles, a ordem jurídica apenas admite limitações aos direitos fundamentais do trabalhador desde que se mostrem justificadas por critérios de proporcionalidade, numa tripla dimensão de estrita necessidade (de salvaguarda da correcta execução do

³⁹ Os parâmetros foram inspirados em BARCELLOS, *op. cit.*, 125-146.

⁴⁰ Ana Paula de Barcellos prefere chamar de “pretensão de universalidade” (*op. cit.*, p. 125).

⁴¹ “O juiz deve atuar sem arbitrariedade; sua decisão deve ser fundamentada em uma argumentação racional” (*in*: ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*, p. 53).

⁴² ALEXY, *op. cit.*, p. 40.

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 133.

contrato), de adequação (entre o objectivo a alcançar com a limitação e o nível desta) e de proibição do excesso (devendo a restrição ser a menor possível, em função da finalidade a ser alcançada com a sua imposição.⁴⁵

O próximo passo será a construção de parâmetro específico a incidir nos conflitos laborais.

5.2 Parâmetro específico e preferencial à ponderação no processo do trabalho. Prevalência da dignidade do hipossuficiente

A finalidade dos parâmetros gerais citados anteriormente e do específico que será apontado ao longo desta é bem singela: eles funcionam como instrumentos capazes de controlar as ilimitadas possibilidades de exercício da ponderação, bem como conferem elementos de verificação da racionalidade do discurso jurídico.

Cabe uma explicação acerca da nomenclatura utilizada. Diz-se “parâmetros preferenciais” porque não são construídos elementos rígidos e imutáveis à solução dessas demandas que fogem da obviedade, além de a possibilidade desse marco interpretativo poder ser afastado pelo intérprete desde que demonstre reforçada motivação⁴⁶ para tanto.

Diz-se “parâmetro específico” porque tal baliza servirá unicamente à solução dos conflitos jurisdicionais havidos em sítio processual laboral. Já a nomenclatura “preferencial” justifica-se porque não são construídos elementos rígidos e imutáveis à solução dessas demandas que fogem da obviedade, além de a possibilidade desse marco poder ser afastada pelo intérprete, desde que demonstre reforçada motivação⁴⁷ para tanto.

Em suma, a utilização da técnica ponderativa exige a consideração do seguinte parâmetro preferencial e específico: prevalência da dignidade do hipossuficiente, usualmente o trabalhador.

Óbvio que não se gastará mais tinta para tratar da ambiência histórica propiciadora do surgimento do direito do trabalho para se ressaltar aspecto que exsurge indelével, qual seja, a finalidade protetiva do hipossuficiente nessa seara. O processo também não pode fugir dessa sina, até porque serve como instrumento à consecução do direito material do trabalho.

⁴⁵ ABRANTES, *op. cit.*, p. 198.

⁴⁶ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 1162.

⁴⁷ BARCELLOS. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 1162.

Contudo, com o fulcro de evitar possíveis incompreensões acerca do presente discurso, vale salientar que, por razões lógicas, não se está a defender um resultado, para qualquer demanda laboral, sempre favorável ao hipossuficiente, apenas se pretende destacar parâmetro preferencial para auxiliar na construção da argumentação do intérprete nas demandas difíceis ou duvidosas, em que a utilização do recurso da ponderação mostra-se inevitável.

Aliás, o Tribunal Superior do Trabalho vem há muito tempo acolhendo posição similar, mesmo não havendo desenvolvido a ideia ora defendida de parâmetro preferencial e específico de proteção ao hipossuficiente. Basta ver a última parte do julgado abaixo, *verbis*:

Todavia, quando há aparente conflito de princípios constitucionais, como sugere o Recorrente, a doutrina recomenda que seja utilizado o princípio da proporcionalidade, feito a partir de uma ponderação de interesses, considerando que não há hierarquia entre os princípios constitucionais. Com base nessa ponderação de interesses, onde, de um lado, tem-se o princípio da moralidade administrativa e, do outro, os princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), o do valor social do trabalho (CF, art. 1º, IV) e da igualdade substancial (CF, art. 5º, *caput*), o TRT bem andou ao deferir as diferenças salariais com base no princípio da isonomia, pois extraiu a máxima efetividade das normas constitucionais em jogo, especialmente levando em consideração que o trabalhador deve ser considerado a parte mais fraca na relação que permeia entre o capital e o trabalho, assumindo a condição de hipossuficiente na relação trabalhista, tanto que há inúmeros preceitos de ordem pública que o protegem em relação ao empregador.⁴⁸

Nesse eito, quando houver embates normativos de princípios e regras, válidos, hierarquicamente iguais ou diferentes, há de prevalecer, salvo situações excepcionais, na solução desses conflitos, o princípio da proteção da dignidade do hipossuficiente.

Ressalte-se, mais uma vez, que a construção desse parâmetro preferencial não leva automaticamente (seria uma estultice defender tal posição) à procedência da demanda veiculadora de interesses do trabalhador, mas apenas significa a necessidade de o intérprete, ante a difícil contenda posta, construir sua fundamentação levando em consideração tal baliza.

⁴⁸ Tribunal Superior do Trabalho. 4ª Turma. Proc. TST AIRR 2/2005. Rel. Min. Maria de Assis Calsing. DJ, 26 out. 2007.

Tal posição é um reflexo direto da importância do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição de 1988), “verdadeiro superprincípio constitucional”,⁴⁹ “estruturante, constitutivo e indicativo das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional”,⁵⁰ como expressão de um movimento de superação do eixo de prevalência do valor patrimonial,⁵¹ típico da visão individualista-liberal, para a consagração da primazia dos valores existenciais à tutela da pessoa humana.⁵² Trata-se de norma-princípio, com inescusável eficácia deôntica.⁵³ Na batalha, inclusive jurisdicional, entre o patrimônio e a dignidade do ser humano, vence esta última — sempre.⁵⁴

Além da dignidade, tem-se o princípio constitucional do “valor social do trabalho” (art. 1º, IV) e as regras de proteção aos trabalhadores entabulados nos arts. 7º até 11 da Carta Maior, aptos à construção de um escudo protetivo dessa classe, porque também refletem o citado movimento de superação do eixo patrimonial pela tutela da pessoa humana.

Portanto, nas “batalhas” laborais em que haja embate entre os interesses econômicos dos grupos patronais em detrimento daqueles da classe laboral (patrimônio *versus* dignidade da pessoa humana), deverão prevalecer aqueles protetores da dignidade dos hipossuficientes.

Essa posição vem sendo, em algumas ocasiões, sufragada pelo Tribunal Superior do Trabalho. Há interessante precedente, decorrente de ação civil pública manejada pelo Ministério Público do Trabalho, em que se discutia a possibilidade de uma indústria de cigarro utilizar empregados para medição da qualidade desse produto — os chamados provadores de cigarro. Nesse feito restou demonstrado real conflito entre o princípio constitucional da livre iniciativa empresarial e a necessidade de proteção à saúde, vida e conseqüente dignidade do trabalhador, utilizado como mero instrumento, como se fosse máquina, para aferir, em

⁴⁹ PIOVESAN; VIEIRA. A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN (Org.). *Temas de direitos humanos*, p. 393.

⁵⁰ FACHIN. *Estatuto do patrimônio mínimo*, p. 179.

⁵¹ “A pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração” (*Id.*, *Ibid.*, p. 48).

⁵² TEPEDINO. *Direitos humanos e relações privadas: temas de direito civil*, p. 4.

⁵³ Há posição doutrinal, com a qual não se pode compactuar, classificando o princípio da dignidade da pessoa humana como de “mínima densidade normativa” (cf. MARTINS FILHO. Os pilares do direito do trabalho: princípios e sua densidade normativa. *Revista LTr*).

⁵⁴ “Vê-se caminho para a superação da visão liberal individualista, centrada no patrimônio. O ordenamento jurídico tem como suprema missão a tutela da pessoa, possibilitando a convivência dos homens, uma pacífica vida comunitária regida por normas obrigatórias” (*in*: FACHIN, *op. cit.*, p. 46).

detrimento da sua própria saúde, a qualidade daquele produto. Acabou por prevalecer a proteção da incolumidade física daquela coletividade de trabalhadores e tal função foi proibida.⁵⁵

Esse precedente citado e tantos outros que poderiam ser lembrados refletem a posição ora defendida: havendo conflito entre interesses meramente patrimoniais e os valores ínsitos à proteção da dignidade, nas suas vertentes individual e coletiva,⁵⁶ prevalecerá esta última.

Ressalte-se, mais uma vez e para finalizar, que a construção desse parâmetro preferencial não leva automaticamente à procedência dos pedidos veiculados pela parte hipossuficiente, mas apenas significa a necessidade de o intérprete, ante a difícil contenda posta, construir sua fundamentação levando em consideração tal baliza preferencial.

6 Conclusão

Pode-se apresentar a conclusão, de forma simplificada, por intermédio dos seguintes itens:

- a) Há demandas cada vez mais frequentes na seara laboral que exigem a construção de argumentação jurídica racional apta a conduzir o trabalho do intérprete, daí a importância do desenvolvimento da técnica da ponderação;
- b) Conceitua-se o exercício da ponderação como o mecanismo de solução de conflitos normativos, verdadeira técnica de decisão jurídica autônoma, envolvendo usualmente casos difíceis ou duvidosos de contendas de princípios, conflitos estes insuperáveis pela mecânica clássica da subsunção;
- c) A importância de se consolidar a ponderação por intermédio da construção de critérios materiais de justificação. São apontados dois parâmetros jurídicos gerais: (i) pretensão de racionalidade do discurso jurídico; (ii) concordância prática das hipóteses normativas em tensão. E um específico e preferencial: prevalência da dignidade do hipossuficiente.

⁵⁵ “Por derradeiro, a decisão regional deve ser mantida, no sentido de obstar a utilização de empregados para a medição da qualidade dos cigarros produzidos, porquanto irremediavelmente lesiva a aludida atividade laboral”. Tribunal Superior do Trabalho. Proc. TST-RR-120300-89.2003.5.01.0015. 7ª Turma. Rel. Min. Pedro Paulo Teixeira Manus. *DEJT*, 03 dez. 2010.

⁵⁶ Acerca da projeção coletiva da dignidade da pessoa humana *vide* nosso *Dano moral (extrapatrimonial) coletivo: leitura constitucional, civil e trabalhista: estudo jurisprudencial*.

Abstract: The present study aims to study the technique of balancing in the labor process, considering the lack of scientific legal branch as well as the daily challenge of being faced demands increasingly complex, called hard cases (hard cases) or doubtful. Besides enjoying the position of the *brasilian* courts on the subject, mainly by the Superior Labor Court, seeks to present assumptions, concepts, construction phases of this technique, in addition to general parameters and one called "specific" and "preferencial", i.e., the prevalence of human dignity.

Key words: Balancing. Process. Parameters. Prevalence. Human dignity.

Referências

AARNIO, Aulis. *Sobre la justificación de las decisiones jurídicas: las tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. Doxa, Madrid, n. 8, 1990.

ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Portugal: Coimbra Ed., 2005.

ALEXY, Robert. *Conceito de validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio Costa. *Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares: juízo de ponderação no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACHIN, Edson. *Estatuto do patrimônio mínimo: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da língua portuguesa*. 6. ed. Curitiba: Posigraf, 2004.

- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HUSEK, Carlos Roberto. Idéias para uma interpretação do art. 114 da Constituição Federal. In: COUTINHO, Grijalbo; FAVA, Marcos Neves (Coord.). *Justiça do trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Os pilares do direito do trabalho: princípios e sua densidade normativa*. *Revista LTr*, São Paulo, ano 76, n. 07, jul. 2012.
- ORMAETXEA, Edurne Terradillos. *Principio de proporcionalidad, constitucion y derecho laboral*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.
- PADILHA, Norma Sueli. *Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia (Org.). *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 393.
- SEQUEIRA, Elza Vaz. *Dos pressupostos da colisão de direitos no direito civil*. Lisboa: Universidade Católica, 2004.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- STRECK, Lenio Streck. *O que é isto: decido conforme minha consciência?*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- STRECK, Lenio Streck. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- TEPEDINO, Gustavo. *Direitos humanos e relações privadas: temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. Lineamentos da técnica da ponderação no processo do trabalho. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, p. 103-117, mar./abr. 2013.
