UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE DOUTORADO

MÁRIO SÉRGIO BELTRÃO PAMPLONA

A INTERPRETAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO NEGATIVA NO TRABALHO DE ACORDO COM O SUBSTANCIALISMO

Belém-Pará

2011

MÁRIO SÉRGIO BELTRÃO PAMPLONA

A INTERPRETAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO NEGATIVA NO TRABALHO DE ACORDO COM O SUBSTANCIALISMO

Tese apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, para a obtenção de título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direitos Humanos e Igualdade de Oportunidades.

Professor Orientador: Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho

Belém-Pará

2011

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

P186i Pamplona, Mário Sérgio Beltrão
A interpretação da discriminação negativa no trabalho de acordo com o substancialismo / Mário Sérgio Beltrão Pamplona. _ 2011.
265f.

Orientador: Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho

Tese (doutorado) – Universidade Federal do Pará. Instituto de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Curso de Doutorado.

1. Discriminação no trabalho 2. Direitos Humanos 3. Direito do Trabalho 4.Hermenêutica (Direito) I.Título

CDD 342.6

MÁRIO SÉRGIO BELTRÃO PAMPLONA

A INTERPRETAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO NEGATIVA NO TRABALHO DE ACORDO COM O SUBSTANCIALISMO

Tese apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, para a obtenção de título de Doutor em Direito.
Área de Concentração: Direitos Humanos e Igualdade de Oportunidades.
Professor Orientador: Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho

Banca Examinadora:

1 – Professor Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho (Orientador)

2 – Professora Drª. Gisele Santos Fernandes Goes

3 – Professor Dr. Paulo Sergio Weil Albuquerque Costa

4 – Professor Dr.José Henrique Mouta Araújo

5 – Professor Dr. Jean Carlos Dias

AGRADECIMENTOS

Agradecimento especial ao Professor Doutor José Claudio Monteiro de Brito Filho, pela atenciosa e competente orientação. E a todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para a construção deste trabalho.

Ninguém nasce odiando outra pessoa, pela cor de sua pele, ou pela sua origem, ou sua religião.

Para odiar, as pessoas precisam aprender, e se elas aprendem a odiar, podem ser ensinadas a amar, pois o amor chega mais naturalmente ao coração humano do que o seu oposto.

A bondade humana é uma chama que pode ser oculta, jamais extinta.

Nelson Mandela

RESUMO

O núcleo central desta tese tem por finalidade analisar a Teoria Interpretativa que possa extrair a melhor concepção do direito em face da temática Discriminação no Trabalho, remetendo à análise dos discursos judiciais sustentados pelas vertentes teóricas da racionalidade jurídica procedimental e da racionalidade jurídica substancial, fazendo a devida associação com o ordenamento jurídico brasileiro, com relevo para os princípios constitucionais fundamentais e direitos fundamentais correlatos ao tema. A racionalidade substancial será tratada com apoio nos fundamentos do direito, residentes na moralidade política compartilhada e aceita em uma sociedade personificada por princípios éticos e morais, tal qual a igual consideração e respeito para com todos, a tolerância às diversidades, que estão enraizados no cenário liberal-igualitário de acordo com a concepção adotada por Ronald Dworkin. O Capítulo I discorre sobre a taxionomia da Discriminação no Trabalho, tratando de tal tópico sob o contexto dos direitos fundamentais, de elementos da teoria dos princípios e do interesse público, revelando-lhe, destarte, a natureza de um caso difícil. No segundo Capítulo a abordagem se refere ao processo de racionalização jurídica no momento de proferir uma decisão judicial, destacando a relação entre a racionalidade e a linguagem, a importância do método, com ressalto para o viés problematizador da tópica e o pensamento sistemático. No Capítulo III, o trabalho versa a respeito da racionalidade procedimental de acordo com a visão de Robert Alexy, consideradas as críticas endereçadas tanto à tópica como ao pensamento sistemático, no processo construtivo da teoria da argumentação jurídica do autor supra. O quarto Capítulo focaliza a racionalidade substancial de acordo com a teoria da integridade de Ronald Dworkin, destacando os princípios de moralidade política que são supedâneos do princípio da integridade do Direito, os quais substantivamente podem interditar a discricionariedade judicial no ato da interpretação jurídica, levando a uma resposta certa parametrizada positivamente pelos princípios e direitos fundamentais.

Palavras-Chaves: **Discriminação no Trabalho. Direitos e Princípios Fundamentais. Racionalidade Jurídica. Procedimentalismo. Substancialismo**

ABSTRACT

The core of this thesis aims to analyze the Interpretative Theory which may extract the best conception of law on the Workplace Discrimination subject, referring to the analysis of legal discourses sustained by the theoretical aspects of the procedural legal rationality and substantive legal rationality, making the proper association with the Brazilian legal system, with emphasis on the fundamental constitutional principles and rights related to the topic. The substantial rationality shall be treated with substantial support in the fundamentals of law, living in a political morality shared and accepted in a society personified by ethical and moral principles, such as the fair treatment and respect to all and tolerance to diversity, which are rooted in the liberal-egalitarian scenario according to the concept adopted by Ronald Dworkin. In Chapter I, the taxonomy of Workplace Discrimination shall be discussed, dealing with this topic under the context of the fundamental rights, elements of the principles' theory and the public interest, revealing thus the nature of a difficult case. On the second chapter, the approach refers to the legal rationalization process when a court decision is to be given - turning evident the relationships between rationality and language, the relevance of the method, with emphasis to the topic's problematizing bias and systematic thinking. In chapter III, discussion will be made on procedural rationality according to Robert Alexy, considered the criticism addressed to both the topic and systematic thinking, on the aforementioned author's constructive process of legal argumentation theory. Fourth chapter focuses the substantial rationality according to the Ronald Dworkin's integrity theory, pointing out the principles of political morality which are the very foundation of the Law's integrity – which substantively may interdict the judicial discretion during legal interpreting, leading to a correct answer positively parameterized by the principles and fundamental rights.

Keywords: Workplace Discriminations. Law and Fundamental Rights. Juridical Rationality. Proceeduralism. Substantialism.

RIASSUNTO

Il nucleo centrale di questa tesi ha come finalità di analizzare la Teoria Interpretativa che possa estrarre la miglior concezione del diritto rispetto alla tematica Discriminazione nel Lavoro, rimettendo all'analisi dei discorsi giudiziari sostenuti dalle vertenti teoriche della razionalità giuridica procedimentale e della razionalità giuridica sostanziale, facendo la dovuta associazione con l'ordinamento giuridico brasiliano, mettendo in rilievo i principi costituzionali fondamentali e i diritti fondamentali correlati al tema. La razionalità sostanziale sarà trattata sulla base dei fondamenti del diritto residenti, sulla moralità política condivisa e accettata in una società personificata da principi etici e morali, così come la stessa considerazione e rispetto verso tutti, la tolleranza verso le diversità, che sono radicate nello scenario liberal-ugualitario secondo la concezione adottata da Ronald Dworkin. Il capitolo I si occupa della tassonomia della Discriminazione nel Lavoro, trattando tale argomento sotto il contesto dei diritti fondamentali, degli elementi della teoria dei principi e dell'interesse pubblico, rivelandogli, così, la natura di un caso difficile. Nel secondo Capitolo l'approccio si riferisce al processo di razionalizzazione giuridica al momento di proferire una decisione giudiziaria, mettendo in luce il rapporto tra la razionalità e il linguaggio, l'importanza del metodo, sottolineando la tendenza problematizzatrice dell'argomento e il pensiero sistematico. Nel Capitolo III, il lavoro riguarda la razionalità procedimentale secondo la visione di Robert Alexy, considerate le critiche indirizzate sia alla topica che al pensiero sistematico, nel processo costruttivo della teoria dell'argomentazione giuridica dell'autore sopracitato. Il quarto capitolo tratta la razionalità sostanziale secondo la teoria dell'integrità di Ronald Dworkin, mettendo in rilievo i principi di moralità politica che sono alla base del principio dell'integrità del Diritto, i quali sostantivamente possono impedire la discrezionalità giudiziaria nell'atto dell'interpretazione giuridica, portando a una risposta sicura parametrizzata positivamente dai principi e dai diritti fondamentali.

Parole-chiave: **Discriminazione nel Lavoro. Diritti e Principi Fondamentali. Razionalità Giuridica. Procedimentalismo. Sostanzialismo**

Sumário

	INTRODUÇÃO	10
I	**TAXIONOMIA DA DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO**	16
1.1	Um Caso Judicial Sobre a Discriminação no Trabalho	17
1.2	Discriminação Negativa e Positiva	24
1.3	Direito Fundamental à Não-Discriminação Negativa no Trabalho	35
1.4	O Interesse Público e o Direito Fundamental à Não-Discriminação Negativa no Trabalho	45
1.5	O Princípio Fundamental da Não-Discriminação Negativa no Trabalho	48
II	**RACIONALIDADE JURÍDICA**	57
2.1	Linguagem e Racionalidade	58
2.2	A Questão do Método	66
2.3	O Método Tópico-Sistemático	82
2.4	Considerações Críticas Sobre a Racionalidade Jurídica e a Discriminação no Trabalho	89
III	**RACIONALIDADE PROCEDIMENTAL NA VISÃO DE ROBERT ALEXY**	93
3.1	Crítica de Alexy ao Método Tópico-Sistemático	94
3.2	O Ponto de Partida de Alexy	99
3.3	O Modelo Legitimado Pelo Procedimento de Acordo com Alexy	121
3.4	Considerações Críticas Sobre a Racionalidade Procedimental de Robert Alexy	132
IV	**RACIONALIDADE SUBSTANCIAL DE ACORDO COM A TEORIA DA INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN**	143
4.1	Princípios de Moralidade Política e Divergências Judiciais	144
4.2	A Tese da Resposta Certa	158
4.3	Interpretação Construtiva	174
4.4	O Princípio da Integridade	186
	Conclusão	203
	Referências Bibliográficas	212
	Anexos	218
	Anexo I - Processo 00119-2008-091-03-00-3 (sentença judicial)	218
	Anexo II - Processo 00119-2008-091-03-00-3-RO (Acórdão Judicial)	223
	Anexo III - Processo 0138400-51.2007.5.04.0021-RO/RS	246

INTRODUÇÃO

A discriminação negativa no trabalho é um fato que está às escâncaras no mundo do trabalho, especificamente no contexto da sociedade civil brasileira, contribuindo para a exclusão de trabalhadores ao acesso a direitos fundamentais correlatos ao direito fundamental ao trabalho.

Diante de tal circunstância, não precisamos nos apegar a dados e projeções estatísticas para confirmar a existência de atitudes negativamente preconceituosas, como os adeptos da tese da demonstrabilidade, pois o simples questionamento sobre se realmente o trabalhador é negativamente discriminado, certamente, levará a um quantitativo retumbante de respostas pela afirmativa do fato.

Em face disso, temos que nos perguntar: o que devemos fazer para combater tal prática? Na verdade, há uma crise de percepção sobre o assunto, que aparentemente revela a incapacidade de muitos se indignarem com tal prática. O escopo de nossa tese manifesta inquietude com essa crise perceptiva e se volta para a análise do combate à discriminação no trabalho no plano jurisdicional, particularmente no que diz respeito à interpretação das questões jurídicas sobre esse assunto.

O direito à não-discriminação negativa no trabalho tem como uma de suas vertentes de efetividade as decisões tomadas em cada caso concreto pelo Poder Judiciário Trabalhista, que se enquadra em um dos modelos de combate às práticas discriminatórias, nominado de modelo repressor, de acordo com a terminologia adotada por Brito Filho[1].

A compreensão dos fundamentos e justificativas do discurso judicial é de sobranceira importância para apontar uma alternativa teórica que contribua no plano jurisdicional para o combate repressivo às posturas discriminatórias preconceituosas e excludentes no mundo do trabalho.

O modelo repressor à discriminação no trabalho, exercido pelo Judiciário Trabalhista, mediante decisões proferidas em cada caso concreto, pode atuar como inibidor das posturas discriminatórias nas relações de trabalho, quando a

---

[1] BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Direitos Humanos e Discriminação no Brasil. In: MAUÉS. Antônio Gomes Moreira; SCAFF, Fernando Facury; BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Relações Sociais no Mundo Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2005, pp. 228 e ss.

interpretação desse complexo problema ocorre com profundidade, favorecendo o efetivo acesso à justiça, diminuindo as dificuldades para a comprovação do dano, sem demasiada primazia aos componentes processuais em detrimento aos fundamentos morais da temática, traduzidos por normas constitucionais.

Todavia, as decisões do Judiciário Trabalhista podem contribuir de forma contrária, na medida em que não reprimem, mas são complacentes, com a discriminação negativa no trabalho, com decisões cujos fundamentos ressaltam o não aprofundamento investigativo sobre a existência ou não do comportamento discriminatório negativo, em razão do método interpretativo adotado, que consciente ou inconscientemente é assimilado a partir de teorias sobre o discurso judicial.

Existem paradigmas teóricos que podem ser projetados para o contexto do discurso judicial, com o objetivo de proporcionar uma melhor compreensão sobre as decisões judiciais, tais como: o Procedimentalismo ou Discurso Legitimado Pelo Procedimento e o Substancialismo pautado em princípios que fundamentam o Direito, sendo o primeiro sustentado de um modo geral pelo que se denomina tradicionalmente de discurso racional, e o segundo, apoiado em um discurso moral e político.

Dadas as premissas, nos deparamos com algumas problematizações: a não-discriminação negativa no trabalho deve ser tratada como um caso difícil? Há um método mais apropriado para a investigação judicial sobre a discriminação no trabalho como um caso difícil? Que teoria interpretativa melhor se amolda ao deslinde do problema discriminação negativa no trabalho: a que sustenta o paradigma procedimentalista ou a que sustenta o paradigma substancialista?

O empreendimento jurídico em tela tem por finalidade analisar cada uma das questões supramencionadas, que estão relacionadas ao discurso judicial e aos principais elementos teóricos atinentes à argumentação e à interpretação jurídicas, fazendo a devida associação com o ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no que se refere à decisão judicial sobre a discriminação negativa no trabalho.

A tese que demonstramos com argumentos fundamentados assegura que o discurso judicial que melhor traduz o ato de interpretar e desvendar a complexidade do tema proposto, por ocasião da prestação da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário Trabalhista, tem supedâneo em uma teoria mais condizente com a efetividade dos direitos e princípios fundamentais e com os padrões de moralidade fundacionais de tais direitos e princípios.

Para esse propósito, destacamos, com relevo especial, o cotejo entre as teorias construídas pelos autores Robert Alexy e Ronald Dworkin. O primeiro é defensor da Teoria Procedimental; o segundo, construtor de uma interpretação construtiva de fundo moral, que podemos denominar de Teoria Substancialista.

Para melhor ilustrar o desenvolvimento teórico da nossa proposta, trazemos a lume, no capítulo inicial, um caso judicial sobre discriminação no trabalho, que estabelece antagonismo entre os fundamentos da sentença judicial e do consectário *acórdão* judicial.

Com reforço da exemplificação casuística retrodita, laboramos no sentido de fundamentar a taxionomia da discriminação no trabalho, tratando de tal temática sob a égide dos direitos fundamentais, de elementos da teoria dos princípios e sua contextualização pelo interesse público, revelando-lhe, destarte, a estatura de um caso difícil, cujo aprofundamento conceitual acontece no Capitulo IV.

No Capítulo II, sob o título Racionalidade Jurídica, apontaremos a metodologia interpretativa que podemos considerar a mais pertinente ao deslinde desta complexa temática no plano jurisdicional, o que não significa que optamos pela teoria procedimental, mas com o entendimento prévio de que qualquer procedimento deve ser instrumento acessório de um discurso substantivo.

Como ponto de partida para discorrer sobre a racionalidade jurídica, temos como pressuposto que o enfrentamento do assunto discriminação negativa no trabalho deve ocorrer de forma acurada, dada a sua natureza moral, posto que derivada de posturas negativamente preconceituosas, cujas consequências são perversas em face da exclusão do trabalhador de ter acesso a direitos básicos.

A pré-concepção negativa sobre a discriminação no trabalho se manifesta em diversos planos, inclusive no jurisdicional, na medida em que o enfrentamento de um caso concreto pertinente se dê com menoscabo ao seu aprofundamento meritório, sem a devida cautela para a apreciação a respeito da existência ou não de posturas discriminatórias.

Como suporte à destacada importância das pré-concepções existentes no momento de proferir uma decisão judicial, entendemos ser importante a análise de tópicos referentes à racionalidade jurídica, tal qual a influência da linguagem no processo de racionalização, a relação entre intérprete e objeto, a importância da questão metodológica no ato interpretativo, destacando o método tópico-sistemático,

o que dará sustentação para a discussão principal em torno dos paradigmas procedimentalista e substancialista.

Tratamos, no Capítulo III, do modelo legitimado pelo procedimento de acordo com a construção teórica de Robert Alexy, tendo como marco inicial para a discussão de tal modelo a oposição revelada pelo mesmo ao método tópico e ao pensamento sistemático, ressaltando o ponto de partida teórico de sua proposta. E, finalizando o capítulo, apresentamos os aspectos teóricos de maior relevância da teoria procedimental do autor, com as considerações críticas apropriadas ao contexto interpretativo do tema discriminação negativa no trabalho.

A partir das críticas construídas em face do procedimentalismo concebido por Robert Alexy, discorremos sobre o que denominamos de racionalidade substancial, no Capítulo IV, com base na Teoria da Integridade do Direito de autoria de Ronald Dworkin, refletindo sobre os princípios de moralidade política, a discricionariedade judicial e a tese da resposta certa defendida pelo jus-filósofo norte-americano, assim como a interpretação construtiva e o princípio da integridade do Direito.

A hipótese principal é trabalhada com fulcro teórico na Teoria do Direito Como Integridade, de autoria de Ronald Dworkin, constante, principalmente, na obra *O Império do Direito*, sintetizada a seguir, assim como no texto *Não Existe Mesmo Nenhuma Resposta Certa em Casos Controversos?*.

A obra retrorreferenciada revela o fundamento moral do Direito que confere sustentação à construção teórica interpretativa decorrente do fato de o Direito ser um conceito interpretativo, de tal modo que alguma concepção deve existir sobre o que sejam a interpretação e a análise da interpretação, para o enfrentamento das divergências judiciais, que resulte em decisões coerentes com os princípios morais de uma comunidade, ensejando, destarte, uma resposta certa às decisões judiciais, que funciona como uma interdição à discricionariedade judicial.

Essa atitude interpretativa, coerente com os princípios de moralidade política acolhidos pela comunidade em um processo histórico contínuo, é sinônimo de prática jurídica em uma comunidade de princípios, de tal modo que: a exigência de integridade pressupõe que cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra, que cada uma deve ser tratada com o mesmo interesse, de acordo com uma concepção do que isso significa.

A concepção do Direito erigida sob o princípio interpretativo da integridade estabelece direitos constitucionais substantivos, de tal forma que uma interpretação tem por finalidade mostrar o que é interpretado em sua melhor luz possível, considerados os paradigmas vigentes.

Outras obras foram pesquisadas, e são citadas em momento oportuno, para a confirmação das seguintes hipóteses secundárias: a discriminação no trabalho contextualizada sob o pálio dos princípios e direitos fundamentais e do interesse público, o método tópico-sistemático-problematizador como instrumento à interpretação do Direito sob a melhor luz e a insuficiência do paradigma procedimental para o deslinde de questões com implicações morais como a discriminação no trabalho.

Além da confirmação das hipóteses referidas, o conteúdo de tais obras serve para melhor fundamentar a concretização discursiva da hipótese principal, revelada pela seguinte questão: a Teoria da Integridade do Direito é mais apropriada para a interpretação que confira eficácia ao direito fundamental de não ser negativamente discriminado?

A metodologia adotada para o desenvolvimento da tese é revelada a partir da problematização do tema discriminação negativa no trabalho e a importância de seu deslinde, mediante a interpretação no plano jurisdicional, ponto a partir do qual foram reveladas as hipóteses de que a temática deve ser tratada à luz dos direitos e princípios fundamentais e da moralidade política, por se tratar de um caso difícil, em que o processo de racionalização jurídica deve ter apoio em uma teoria apropriada, razão pela qual se destaca a importância da Teoria Procedimentalista e da Teoria Substancialista, conforme referido.

Devemos assinalar que, embora a questão metodológica seja tratada no Capítulo II, quando fazemos referência à racionalidade jurídica, em momento anterior ao discurso racional procedimentalista e à teoria interpretativa de caráter substancialista, isso não terá o condão de traduzir uma priorização preliminar do método, posto que discutimos um método com a ideia de que este é auxiliar a uma teoria substantiva de interpretação que o sustenta.

A discriminação no trabalho é um problema complexo a ser enfrentado e devemos confrontá-lo com questionamentos da estirpe de como as decisões judiciais podem contribuir para conferir efetividade ao direito de não ser negativamente discriminado.

A partir de tal questão, pavimentou-se o caminho metodológico da pesquisa, com fulcro na relevância do tema, categorizado no âmbito dos princípios e direitos fundamentais, que traduzem padrões morais da sociedade civil para as ações estratégicas de cunho político, desenvolvidas pelos poderes estatais, com especial relevo ao Poder Judiciário no pertinente à competência para a adjudicação da tutela jurisdicional qualificada.

Essa é a logicidade metodológica seguida, que se apóia, outrossim, na ilustração trazida por um caso judicial concreto, em que a sentença judicial diverge profundamente do *acórdão* judicial, cujos teores são propícios para a construção de argumentos prós e contras às vertentes procedimentalista e substancialista.

No desenvolvimento do tema, os métodos indutivos e dedutivos se confundirão, e o método dialético se fará presente. O que mais importa é que a trilha metodológica foi construída a partir da problematização do tema.

Verberando de forma avessa: nossa pretensão é problematizar e com isso indicar um método que possa ser apoiado por uma teoria que melhor sustente a discussão fundamentada e justificada da tese, ainda que tenhamos que tratar inicialmente da questão metodológica e posteriormente do discurso legitimado pelo procedimento e pela Teoria do Direito Como Integridade.

I – TAXIONOMIA DA DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO

O capítulo em apreço tem por desiderato abordar o significado conceitual, a natureza jurídica e as especializações da generalidade Discriminação no Trabalho, contextualizando-a sob a égide dos Direitos Fundamentais, dos Princípios Fundamentais e do Interesse Público, com fulcro em abalizada doutrina e diplomas legais aplicáveis à realidade brasileira.

A guisa de ilustração, iniciamos a discussão sobre a temática em tela com a explanação de uma casuística judicial, cotejando os fundamentos de uma sentença judicial e o consequente *acórdão*, de modo a melhor explicitar os aspectos teóricos que são objeto de análise neste e em outros capítulos.

A exemplificação através da casuística tem o condão de reforçar o enfrentamento teórico do tema discriminação no trabalho, sob o viés da argumentação e da interpretação jurídicas. Trata-se de um caso judicial, entre tantos outros pesquisados, em que a sentença judicial é reformada pelo *acórdão* de segundo grau, o que contribuirá para demonstrar, ainda que não imprescindível tal empreitada, que o discurso judicial pode caminhar para direções diversas, por métodos variados, ainda que se diga racional, o que aponta para a importância de estudar não só o tema discriminação no trabalho, como qualquer outro tema jurídico complexo, à luz do arcabouço teórico argumentativo e interpretativo.

Reforça-se a importância de trabalhar os componentes teóricos da argumentação e interpretação jurídicas, mediante a análise de uma casuística judicial, que, de acordo com as palavras de Frijot Haft, tem sua importância, na medida em que os modelos linguísticos abstratos concentram uma grande quantidade de realidade, mas são relativamente vazios do ponto de vista do conteúdo, diferentemente do que ocorre com os modelos linguísticos concretos, que são prósperos em conteúdo[2].

Ao almejar uma grande extensão com uma forte intensidade, estar-se-á perante um dilema, que pode ser superado pela associação de cláusulas gerais a exemplos, haja vista que a linguagem é um sistema de sinais limitado para a representação de uma realidade ilimitada, consigna o autor acima referido. Que

---

[2] HAFT, Frijot. Direito e Linguagem. In: KAUFMANN, Artur; HASSEMER, W. (Orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Lacouste Gulbenkian, 2009. p.309.

outra forma de proceder que não a analógica se haveria de adotar? Questiona o nosso autor. Tese que acolhemos para ilustrar o nosso desenvolvimento teórico.

1.1 Um Caso Judicial Sobre Discriminação no Trabalho[3]

Com esse tópico, demonstraremos a discrepância entre os fundamentos de uma sentença judicial e de um *acórdão* judicial, referentes ao tema discriminação no trabalho em face de uma trabalhadora portadora do vírus HIV.

a) A Sentença Judicial

Sentença publicada em 23 de julho de 2009 revela que a reclamante exercia a função de auxiliar de moldura, sendo admitida em 26/09/2005 e dispensada em 04/04/2007. Pleiteou na inicial indenização por danos morais, patrimoniais, físicos e psicológicos, ao fundamento de que, como portadora do vírus HIV, foi encaminhada diversas vezes para exames hematológicos, com o que não concordava, dizendo abusivos, e que, sem levar em consideração suas condições de saúde, a reclamada a dispensou.

O julgador de primeira instância argumentou que a legislação confere ao indivíduo o direito de pedir indenização pelos danos sofridos. Tal reparação, entretanto, necessita da conjugação de três elementos: o fato ilícito, o dano e o nexo causal.

O magistrado considerou que as provas produzidas não amparam as alegações da inicial. No que respeita ao encaminhamento de exames hematológicos, acresceu o juiz, com base em laudo pericial, que:

> a perícia médica apurou que a reclamante ao se submeter a exames de rotina ocupacional foi identificada alteração na contagem de células, motivo pelo qual foi encaminhada ao hematologista (...) e constatou o vírus de imunodeficiência humana positivo (...) a partir de então, a reclamante passou a fazer tratamentos específicos para a moléstia e que possuía controle eficaz com medicamentos anti-virais.

---

[3] Processo 00119-2008-091-03-00-3-RO. Disponível em http://www.trt3.jus.br. Acesso em 01 de julho de 2010, às 11:30 h. A sentença e o *acórdão* compõem os anexos I e II.

O laudo pericial concluiu pela capacidade laborativa da reclamante.

Com base nisso, o magistrado asseverou que as provas produzidas não permitem concluir pela configuração de tratamento diferenciado, pois o que restou comprovado é que a reclamante tinha de fazer tratamento periódico.

A título de conclusão, consignou o juiz da r. Vara de Trabalho que não se vislumbrava qualquer ofensa à personalidade da reclamante, não se podendo responsabilizar a reclamada a indenizá-la, O que, para nós, sugere ser uma alternativa muito simples para resolver algo tão complexo como a discriminação negativa no trabalho.

b) O *Acórdão* Judicial

A sentença de primeiro grau foi reformada pelo Tribunal do Trabalho, cujo *acórdão* tem a seguinte ementa:

> "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. Nunca os magistrados foram tão fiscalizados,

tão cobrados em produção e qualidade. Julgar é um ato solitário, que requer ciência e consciência social. Recolhido em seu âmago, em seu interior, em seu íntimo, em seu debate unilateral, em seu monólogo inquietante, em seu ventríloquo diálogo, 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. Drummond, num misto de lamento e de regozijo, acenou, em célebre poema, que: *"tenho apenas duas mãos e o sentimento do mundo"*. Os juízes igualmente. Têm eles o ordenamento jurídico e o sentimento do mundo. Essa a matéria bruta com o qual lidam no seu dia a dia, para o desempenho de sua árdua tarefa de julgar. 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. Lapidar o Direito e os fatos é a sua tarefa maior e mais nobre. 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. O juiz não perde nem ganha nenhuma demanda. Sente-se completamente realizado quando decide corretamente, com justiça. O mundo transforma-se cada vez mais rapidamente. As leis muito lentamente. Quem aviva e atualiza o Direito, são os intérpretes. Ler é reler. É apreender o sentido de cada palavra, de cada frase e do conjunto. Ler é, portanto e acima de tudo, interpretar, compreender e atribuir um sentido social e atual ao que foi dito pelo legislador, visando ao bem comum. A essência, vale dizer, o espírito da lei é também, de certa forma, a nossa essência, o nosso espírito, a nossa alma. Da mesma maneira que não existe vida sem luz, não existe linguagem sem metáfora, sem um dizer para além das palavras. Costumo afirmar que, em toda norma jurídica, faltam ou sobram palavras. Tudo depende mais do intérprete, do que do próprio texto, que sempre possui um contexto, um *transtexto,* um *metatexto.* 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. Em certas situações pode ocorrer deficiência na interpretação; nunca na norma jurídica. Os conceitos de discriminação e preconceito podem ser extraídos de seus próprios significados. O verbo discriminar, segundo *Aurélio Buarque de Holanda Ferreira,* que vem "do latim *discriminare*, tem o significado de "diferençar, distinguir, discernir, estabelecer diferenças", ao passo que o vocábulo preconceito vem do latim *praeconcetu* e tem o sentido de

conceito ou opinião formados antecipadamente, sem se levar em conta o fato que os conteste, e de intolerância, ódio irracional ou aversão a outras raças, credos, religiões, etc. *(Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda, "Novo Dicionário da Língua Portuguesa", 2ª edição, 31ª Impressão, Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 1986).* Por sua vez, abuso de direito é o desvio de sua finalidade, cujos contornos são sociais. Definitivamente, não pode a empregadora discriminar a empregada aidética, nem abusar do exercício de determinado direito, como o potestativo de resilição contratual, que também se sujeita às regras da razoabilidade e da ponderação. 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 facho 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. O resto são penhascos de ouro e de silêncio. Muita promessa, pouca realização, num país de muita desigualdade, muitos pobres, desempregados e excluídos (...) Passados quase vinte anos de vigência da Constituição Federal, os cidadãos reclamam mais efetividade, menos debate acadêmico a respeito dela. Aliás, quem realmente precisa da efetividade dos direitos sociais está, normalmente, excluído dos debates científicos e da apreensão técnica de seu sentido, não obstante sejam aqueles que menos necessitam dos seus resultados práticos as pessoas encarregadas da sua interpretação, assim como de sua aplicação. Durante anos, as discussões giraram em torno das funções dos princípios, assim como da efetividade das normas constitucionais. Esgotado esse debate, talvez outras controvérsias surjam e a concretude da Constituição, talvez, continue relegada para segundo plano. O cidadão comum, a empregada e a desempregada brasileira, a pessoa pobre, a excluída, mas também a rica, a empresária, a incluída, digital ou não, todos, sem exceção, todos querem uma Constituição mais *prêt à porter;* menos *alta costura.* Enfim, menos *plumas e paetês, menos brilhos* e mais *luzes,* mais *cortes* e menos recortes, menos *promessas* e mais *realizações.* Sabe-se que os princípios jurídicos são, simultaneamente, *chave* para a abertura do ordenamento jurídico, e *chave* para o fechamento dos

> casos difíceis. Portanto, em certa medida, são também, paradoxalmente, *fim*. Há infinitos pela estrada da Constituição, sem prévia significação de que uma esteja certa e outra equivocada. Compreender o sentido teleológico da norma, interpretá-la e aplicá-la é uma luta diária, constante, interminável e difícil de ser vencida. 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.

Para o desembargador-relator do *acórdão*, a doutrina e a jurisprudência, como fontes de direito e diante da ilusória completude do ordenamento jurídico, argumentam e fundamentam como incabível a dispensa de empregada portadora do vírus HIV, com maior ênfase nos casos em que a empregadora tinha ciência da doença, ainda que não profissional.

A decisão de segundo grau refere-se à interpretação com ponderação entre as hipóteses emergentes e expressas sobre a garantia de emprego, dado que a norma tem um alcance social, principalmente em se tratando de discriminação em face de aidético, pelo fato de ser portador e pela consequente perda do emprego em razão da postura discriminatória do empregador.

O *acórdão* faz alusão ao preconceito negativo que fundamenta a discriminação, revelando a dificuldade em provar o ato discriminatório, o que dá ensejo à necessidade de tratar o assunto nos termos de sua gravidade, combatendo a intolerância individual e coletiva e fazendo valer o preceituado pelo artigo 5º, LXI, CF/88 (sic)[4].

Ademais, acrescenta o relator que hodiernamente, nos termos do Código Civil Brasileiro, Empresa e Estado se agregam para promover o bem-estar e a melhoria das condições de seus empregados, dentre outros, de tal modo que, adotando postura discriminatória, o empregador não observa tal finalidade, prejudicando, inclusive moralmente, a empregada portadora de HIV.

---

[4] Pelo conteúdo do *acórdão*, nos permitimos entender que a referência deve ser ao seguinte preceito constitucional: XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Como o empregador não se desincumbiu do ônus de provar que não houve discriminação negativa, o relator fundamenta pela declaração de nulidade da dispensa ocorrida, determinando a reintegração da recorrente ao emprego e a aplicação dos artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro[5], no que concerne à indenização por danos morais.

c) Breves Considerações Sobre as Decisões

A sentença foi bastante sucinta e teve como fulcro argumentativo a existência ou não do dano, em face do pleito da reclamante por indenização diante dos danos sofridos. O *acórdão*, por sua vez, tem uma argumentação mais profunda, admitindo a existência dos danos sofridos, com sustentação na postura discriminatória e negativamente preconceituosa, com abuso do direito potestativo do empregador, trazendo argumentos esteirados em preceitos constitucionais.

Observa-se, todavia, a par da simples menção de preceitos constitucionais, que não houve uma argumentação de profundidade no que concerne à importância da efetividade dos direitos fundamentais, dos princípios constitucionais fundamentais, que é reveladora de inafastável interesse público, cuja substância está sedimentada na prática social eticamente aceitável.

A par disso, o *acórdão* faz menção aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da ponderação, como importantes mecanismos para a interpretação do problema. Temos a perspectiva preliminar, entretanto, de que sendo a não-discriminação negativa no trabalho um direito e um princípio fundamental, o que será melhor desenvolvido na sequência, não pode ser submetida a ponderações, pois ou há a discriminação negativa ou não há e, em havendo, nenhum outro direito ou princípio pode lhe ser oposto.

Ademais, precisamos confirmar a assertiva de que a temática discriminação no trabalho é assunto de relevante interesse público, dadas as suas características intrínsecas de princípio e direito fundamental, sem a pretensão de demonstrabilidade inequívoca, mas mediante o convencimento argumentativo fundamentado.

---

[5] Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (...); Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Nesse passo, nos cabe afirmar que é importante tratar a matéria em apreço à luz dos direitos fundamentais, dos princípios fundamentais e do interesse público e por essas diretrizes devemos problematizar a questão de modo a verificar a efetividade das decisões judiciais referidas à discriminação no trabalho, porquanto, pelo exemplo anteriormente ilustrado, as decisões divergem em profundidade e, dependendo do conteúdo de cada qual, o combate à discriminação negativa no trabalho será mais ou menos efetivo.

Perguntar é preciso, na medida em que o conhecimento de algo em si, liberto da pré-compreensão arbitrária, tem estrutura de pergunta que deve ser aprofundada em apologia à realização hermenêutica, com abertura para as diversas ponderações limitadas pelo horizonte da pergunta, como assinala Gadamer[6].

O horizonte de nossa pergunta reside no seguinte núcleo: as decisões judiciais sobre a complexa questão jurídica da discriminação negativa no trabalho, devem considerar os parâmetros constitucionais dos princípios fundamentais, dos direitos fundamentais, do interesse público e das premissas de moralidade cravadas na sociedade em que se ancoram tais parâmetros.

Se isso é importante, teremos que circunscrever o assunto a essas temáticas. E, em passadas posteriores, nos obrigamos a responder a tais questionamentos, contextualizando-os aos elementos teóricos predominantes de algumas das teorias interpretativas de referência na Teoria Geral do Direito.

Impende salientar que na apreciação do discurso judicial não devemos desmerecer o método interpretativo que tem sua importância para a racionalidade das decisões, desde que com consistência, coerência e não contradição com os fundamentos do Direito.

O método a ser apropriado deve ter substância, pois a realidade concreta não é tão simples e racional como aparenta ser, cujos problemas possam ser resolvidos por um método qualquer. Tal assertiva se aplica às questões jurídicas como as atinentes à discriminação no trabalho, cujo deslinde interpretativo imprescinde de um arcabouço teórico que justifique a metodologia utilizada, de modo que possamos ir do problema para a norma e não o contrário.

---

[6] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 10.ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis-RJ: Vozes, 2008. pp.473-475.

1.2 Discriminação Negativa e Discriminação Positiva

Para contextualizar o tema Discriminação no Trabalho no catálogo de direitos fundamentais, necessária se faz a precisa identificação do que seja a discriminação negativa que ocorre no âmbito da relação jurídica laboral, espaço jurídico em que se confrontam o poder potestativo do empregador e o estatuto mínimo de proteção de direitos dos trabalhadores, que inclui o direito de não ser negativamente discriminado.

Para a delimitação didática do tema em pauta, se faz importante distinguir conceitualmente a discriminação negativa da discriminação compensatória ou legítima ou positiva. Desde já, entretanto, fica consignado que, ao longo dessa exposição, fazemos várias referências à expressão discriminação negativa ou não-discriminação negativa no trabalho, pois a terminologia não-discriminação pode induzir a erro, tendo em vista que é possível a discriminação positiva ou compensatória no contexto do mundo do trabalho.

Conceituar formalmente o que seja discriminação no trabalho remete, necessariamente, à perquirição, ainda que breve, sobre a evolução do tema discriminação no ordenamento jurídico, pelo viés do reconhecimento formal do direito à não-discriminação negativa.

A afirmação ao longo da história, do direito à não-discriminação negativa, tem como um dos documentos de sobranceira referência a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948, em Assembleia Geral da ONU, a qual trata do direito fundamental à não-discriminação no artigo II, itens 1 e 2, e no artigo VII[7]. No art. II, está formalizada a norma referente à igualdade essencial do ser humano, consideradas as diferenças de ordem biológica e cultural, enquanto que o art. VII trata do princípio da isonomia perante a lei, como decorrência daquele, cujos fundamentos residem na dignidade da pessoa humana, a qual, para Comparato, não pode ser reduzida à condição de puro conceito[8].

---

[7] Artigo II: 1 – Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.; 2 – Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania (...); Artigo VII: Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei.

[8] COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direito Humanos*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.226.

Outro referencial de suma relevância é a Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, cujo conteúdo diz respeito à discriminação em matéria de emprego e profissão, ratificada pelo Brasil, com a aprovação pelo Decreto Legislativo 104/1964 e promulgação pelo Decreto 62.150/1968. O artigo 1º, item 1, letras “a” e “b”, define a discriminação negativa, enquanto o item 2 faz referência à discriminação positiva[9].

O fulcro da não-discriminação negativa, consoante o teor dos preceitos dos documentos supramencionados, reside no princípio da igualdade material ou essencial, que se concretiza pela inclusão socioeconômica, como medida de justiça social e distributiva, ou pelo reconhecimento de identidades, por critérios de gênero, idade, etnia, orientação sexual e outros.

Da análise de tais normativos, devemos concordar com a máxima de que “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza”[10].

No caso trazido a relevo, a trabalhadora portadora do vírus HIV, por tal razão e nos termos do *acórdão* que reformou a sentença de primeiro grau, foi tratada como diferente e inferior com relação aos demais trabalhadores, vitimada pelo preconceito negativo, dissimulado e ardiloso, que no decorrer de uma instrução processual só poderá ser alcançado mediante investigação condizente com princípios e direitos fundamentais, com iniciativa ousada e inovadora do magistrado responsável pela decisão judicial, cujo manejo das ferramentas processuais tradicionais é insuficiente.

A discriminação negativa no trabalho é um caso difícil e complexo, por isso deve ser enfrentada no plano jurisdicional com muita responsabilidade e vagar, para impedir que, através da impunidade, a ofensa ao direito fundamental de não ser negativamente discriminado seja percebida como algo natural, sem repercussão

---

[9] Artigo 1º: 1 – Para fins da presente convenção, o termo "discriminação" compreende: a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados. 2 – As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.

[10] PIOVESAN, Flávia. Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e a Constituição Federal de 1988. In: Tribunal Superior do Trabalho. *Fórum Internacional Sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais – Tribunal Superior do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2004. p.55. citando Boaventura de Sousa Santos.

grave à dignidade da pessoa humana, que deve ser merecedora de consideração e respeito por todos.

Dworkin, em sua Teoria e Prática da Igualdade, traz a seguinte problematização: qual a teoria da igualdade mais apropriada e que reflete a ação dos governos, pela melhor consideração e respeito aos cidadãos? A resposta a essa questão pode ser expressa da seguinte maneira: a teoria da igualdade de recursos é a mais apropriada para a distribuição igualitária de recursos entre as pessoas, desde que nela autorizadas as ações compensatórias para os deficientes e a ação afirmativa para os historicamente vitimados pelo preconceito, respeitadas as liberdades individuais e o aperfeiçoamento dos mecanismos de representatividade e participação da democracia representativa, como pressupostos necessários à construção de instituições justas, que atuem, inclusive, em detrimento de decisões tomadas por maiorias ocasionais, com fulcro em princípios substantivos atinentes a direitos fundamentais, cuja eficácia é imprescindível para a consideração e o respeito à individualidade humana[11].

De acordo com o autor em destaque, a teoria da igualdade de recursos é uma questão de direito individual, posto que esta pressupõe a participação livre e responsável em uma comunidade caracterizada pelo igual respeito e consideração, onde deve prevalecer, outrossim, a ideia das questões insensíveis à escolha, como a liberdade de expressão, a liberdade religiosa, a opção sexual etc.., que são questões de princípio[12].

---

[11] DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade*. Parte I, capítulos 1 a 7, e Parte II, capítulos 11 e 12. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Assinala-se que "(...) a igualdade de recursos autoriza as diferenças, na medida em que as pessoas se responsabilizam pelas escolhas que fazem e pela vida que querem levar, de acordo com os seus esforços e talentos. Todavia, a deficiência de alguns justifica a compensação, para que possam buscar igualdades com outros, assim, como uma redistribuição periódica de recursos deve ser realizada para evitar os efeitos deletérios do *laissez-faire*, o que pode ser feito, por exemplo, pela tributação... A distribuição justa só é possível por meio de instituições justas, mas que não se coadunam com o paternalismo coercitivo que vai de encontro à vontade e a convicções éticas das pessoas, sendo que a justiça entra na ética quando indagamos como os recursos devem figurar na compreensão que as pessoas têm do desafio. Argumenta-se que a justiça da distribuição econômica se finca na distribuição igualitária de recursos, o que caracteriza a igualdade liberal como moralidade política. A justiça limita a ética, essa, por sua vez, limita a justiça, para isso, a teoria política deve ser neutra e tolerante, quando respeita as diversas tradições éticas. A igualdade de recursos transporta a ética e a moralidade para dentro da teoria política, de tal modo que a capacidade e limitações das pessoas são consideradas, mas não toda ou qualquer limitação da capacidade. Pela teoria da igualdade de recursos, as pessoas querem recursos para aperfeiçoar suas capacidades, para aumentar seu poder de fazer o que querem, o importante é que todas estejam em iguais condições de partida, com as devidas compensações em face de deficiências ou discriminação negativa histórica (...)".

[12] DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade*, op.cit., passim.

Essa concepção de Dworkin revela uma racionalidade substancial, que é diferente de uma racionalidade pautada no procedimentalismo[13], que tem por esteio o discurso judicial vocacionado ao entendimento, mediante o agir comunicativo, desde que a sua dinâmica observe regras institucionalizadas pelo ordenamento.

A temática Interpretação da Discriminação no Trabalho, de acordo com o Substancialismo[14], pode ser desenvolvida a partir do modelo de igualdade proposto na obra de Dworkin, visto que o autor, ao tratar da igualdade, perpassa pelo assunto discriminação de modo genérico, ao tratar da ação afirmativa como discriminação compensatória e na compensação de recursos para aquelas pessoas em desvantagem por ocasião do ponto de partida da distribuição igualitária de recursos, além de mencionar que algumas questões insensíveis à escolha não devem compor um leilão hipotético de distribuição de recursos, as denominadas questões de princípio, tal qual o direito de não ser negativamente discriminado na relação jurídica laboral, sob pena de violação da individualidade das pessoas trabalhadoras.

A conjugação do ideário contido na teoria da igualdade de recursos de Ronald Dworkin com a sua construção teórica a respeito da melhor concepção interpretativa do Direito dá azo ao que podemos denominar de substancialismo, por outras palavras, o substancialismo a que nos referimos é sintetizado pela harmonia entre o princípio da igual consideração e respeito e o princípio da integridade do Direito, que é discorrido com percuciência no último capítulo desta tese.

Os fundamentos avocados por Ronald Dworkin, respeitadas as peculiaridades, podem ser aplicados à realidade da sociedade brasileira e ao mundo jurídico pátrio, em que a discriminação negativa e a discriminação positiva estão na pauta do debate social e acadêmico.

---

[13] CITTADINO, Gisele. *Pluralismo: Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pp.203-217. A autora explica a racionalidade procedimental da seguinte maneira: “o direito se aproxima de uma racionalidade procedimental completa, pois as normas e os procedimentos jurídicos estão vinculados a critérios institucionalizados, que são não apenas independentes dos participantes, como possibilitam uma avaliação – que inclui participantes e observadores – acerca da correção da decisão tomada (...) Tais procedimentos encontram sua legitimidade nos procedimentos legislativos democráticos que os institucionalizam”. Nota: Teremos uma compreensão melhor sobre a racionalidade procedimental, com a leitura dos Capítulos restantes.

[14] STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. pp.127-168. Para Lênio Streck, “(...) em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura”.

Embora esse assunto pareça ter características de ancianidade, o que pode servir de justificativa para um discurso conservador e formal a propósito do tema, não tem serventia, entretanto, para a construção de um discurso substancial que possibilite o enfrentamento dos preconceitos negativos.

Um diagnóstico primário referido à jurisprudência sobre os casos de discriminação negativa no trabalho nos permite a ilação de que paira nas ações dos intérpretes e responsáveis pelo combate à discriminação negativa no trabalho uma crise de percepção, que, dita de outra maneira, significa: a discriminação existe e não é percebida, inconsciente ou conscientemente.

Ronald Dworkin pode ser considerado um igualitário liberal, que admite a possibilidade de intervenção estatal, mediante políticas públicas para compensar possíveis diferenças decorrentes de deficiências pessoais e de discriminação negativa, a exemplo da tributação que propõe como possibilidade retificadora do aumento das desigualdades, o que aproxima o conteúdo de sua obra de princípios fundantes do Estado Democrático de Direito.

Essa aproximação com os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito estimula o desafio que ora se enfrenta, que tem por objetivo aplicar os preceitos basilares da teoria da igualdade de recursos de Dworkin – pensada para uma sociedade liberal –, para o Estado Democrático de Direito brasileiro, de forte intervenção estatal, inclusive no cenário das relações de trabalho, pois temos de convir que a nossa Carta Política tem um apreço especial aos direitos fundamentais individuais e coletivos, com destaque para as liberdades fundamentais.

Observa-se na obra de Dworkin uma preocupação constante com a incolumidade do direito individual à intimidade, às liberdades fundamentais e às convicções éticas, o que parece se amoldar àquilo que no ordenamento pátrio pode ser concebido como o núcleo dos direitos fundamentais, agasalhado constitucionalmente como a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana está formatada no ordenamento constitucional brasileiro como mandamento nuclear, não só dos direitos individuais, como também dos direitos sociais, como o direito ao trabalho, o que remete à premissa de que devemos objetar a discriminação que obste o acesso a tal direito ou que haja o cerceamento do mesmo no curso de uma relação laboral.

Para melhor esclarecer a aproximação da teoria de Dworkin aos preceitos basilares do Estado Democrático de Direito brasileiro, temos que, no contexto dos

princípios fundamentais, destaca-se a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o valor social do trabalho (art. 1º, IV), que estão axiologicamente (art. 3º, CF/88) atrelados aos direitos sociais formalizados pelo art. 6º, dentre os quais o trabalho, que é considerado primado da ordem social (art. 193, CF/88), fundamento da ordem econômica, que deve valorizar o trabalho humano (art. 170, CF/88) e, como princípio, buscar o pleno emprego (art. 170, VIII).

O Princípio da não-discriminação negativa – que será tratado com maior detença em outro tópico – é categorizado, também, pelo texto constitucional, como Princípio Fundamental, disciplinado pelo artigo 3º, inciso IV, que, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, destaca o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

De forma mais específica, o Capítulo II da Constituição Federal, que trata dos direitos sociais, nos incisos XXX e XXXI, remete a outras formas de discriminação, ao proibir diferenças de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e ao proibir qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência, respectivamente.

A Carta Magna, desse modo, objeta a discriminação negativa derivada de preconceito ou não, que implique em exclusão da pessoa, com lesão aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, assim como ao direito individual de ser o que é ou de ser livre para fazer as escolhas de acordo com as convicções éticas, moralmente aceitas por uma comunidade historicamente personificada[15].

Nas pegadas de Dworkin, os referidos mandamentos constitucionais podem ser concebidos como uma questão de princípio, insensíveis à escolha pelos cidadãos, pois todas as pessoas devem ser respeitadas e consideradas, independentemente de sua cor, de sua origem, de suas opções sexuais, de suas convicções éticas. Desse modo, o princípio da não-discriminação jamais deve

---

[15] DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade*, op. cit., *passim.* Sobre a concepção moral que adotamos ao longo deste trabalho, temos a esclarecer que compartilhamos do posicionamento de Ronald Dworkin de que o comportamento ético de cada um e o comportamento moral da sociedade devem ter, por supedâneo, o princípio igualitário abstrato da igual consideração e respeito por todos, de tal modo que a ética geral deve considerar e respeitar o indivíduo e aqueles que compõem a comunidade política, sendo que tal alicerce ético é a procura da integridade normativa residente na moralidade política. O assunto é melhor desenvolvido no Capítulo IV.

compor o leilão das escolhas de natureza política. É uma cláusula pétrea por excelência.

Ademais, de acordo com a concepção de discriminação compensatória de Dworkin, podemos assinalar que não só a discriminação positiva, vazada por ações afirmativas, como, também, a efetividade do princípio da não-discriminação, compõem um cenário mais abrangente de política social, que objetiva a igualdade material ou política que deve prevalecer sobre a igualdade formal ou de direito, de modo que a sociedade como um todo seja mais justa e, que no futuro, possamos ter profissionais e líderes que historicamente foram concebidos como vítimas suspeitas, maculadas pelo preconceito e pela exclusão.

Na distribuição igualitária de recursos, deve permear um ambiente ético em que a individualidade há de ser respeitada, para tanto, a concretização do princípio da tolerância liberal é indispensável, de modo a impedir que condutas morais preconceituosas prevaleçam sobre uma ética geral que deve considerar e respeitar o indivíduo e aqueles que compõem a comunidade.

O posicionamento supracitado se aplica à nossa realidade laboral. O trabalhador deve ter a sua individualidade respeitada, quer seja negro, quer seja índio, homossexual, muçulmano, judeu, portador de deficiência, solteiro, casado etc. Devemos ser tolerantes com as diferenças, em apologia à dignidade da pessoa humana, que no cenário das relações laborais não deve ser afrontada de modo a impedir o acesso ao direito ao trabalho ou cercear tal direito no curso da relação. Não devemos ser tolerantes com a discriminação negativa.

Em uma distribuição igualitária de recursos, como bens e serviços, tais situações devem ser consideradas para que sejam possíveis medidas compensatórias, visando diminuir as desigualdades sociais, o que guarda relação de pertinência com a necessidade de instituições justas.

Tratando-se de combate à discriminação no trabalho, a distribuição de recursos deve contemplar, por exemplo, o exercício do poder de polícia, competências para a atuação de órgãos públicos no plano judicial, instrumentos processuais que facilitem e não compliquem a produção de provas nos litígios envolvendo discriminação laboral.

No mundo do trabalho, como consignado alhures, a discriminação negativa pode acontecer em fase anterior à concretização da relação de trabalho, obstando-se o acesso de pessoas em razão de posturas preconceituosas por parte

de empregadores; a discriminação negativa pode ocorrer, também, no curso da relação de trabalho, quando há a descontinuidade por motivos discriminatórios derivados de preconceito ou não, mas de qualquer modo, excludentes.

Consoante Dworkin, a distribuição justa de recursos deve se sustentar em instituições justas, que, no caso vertente, podem ser traduzidas por ações voltadas para combater a discriminação negativa e afirmar a discriminação positiva ou compensatória ou inversa. E, certamente, uma instituição que deve se revestir de maior justeza para o combate à discriminação negativa no trabalho é o órgão responsável pela entrega da tutela jurisdicional qualificada.

Nesse contexto, vale ressaltar que a sociedade brasileira tem características marcantes do liberalismo igualitário, embora estejamos sob as ações políticas de um Estado Democrático de Direito, com foco nos direitos sociais e na dignidade da pessoa humana.

Essa característica reside, por exemplo, na consideração e no respeito pelas liberdades fundamentais, pela dignidade da pessoa humana, entre outros valores que dizem respeito à individualidade humana, traduzidos em postulados e princípios pela Carta Política de 1988. Esse argumento reforça a ideia de que é possível a aplicação, desde que com a devida cautela, da teoria sobre a igualdade construída pelo Direito norte-americano, pelas letras de Dworkin, como de outro modo foi expresso alhures.

Esmiuçando a assertiva exposta, não devemos ignorar que a doutrina liberal igualitária tem uma preocupação profunda com a efetividade dos direitos fundamentais pertinentes ao núcleo da individualidade das pessoas, como a liberdade de expressão, liberdade religiosa, opção sexual, liberdade de associação, a partir da premissa de que a igualdade é uma virtude soberana que deve ser incessantemente perseguida pelos governantes, pois todos são merecedores de igual consideração e respeito.

Essa inquietude com a consideração e o respeito à individualidade humana é ressaltada no ordenamento brasileiro, em que o postulado normativo da igualdade[16] tem guarida na Constituição Federal de 1988[17] e funciona com

---

[16] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. pp.152 e ss. O autor denomina o princípio da igualdade de postulado da igualdade.

[17] Art. 3º: Constituem Objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil: I – (...); IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras

sustentáculo para a distribuição equitativa de direitos, de modo a consagrar a justiça e revestir de concretude a dignidade da pessoa humana.

Essa dignidade diz respeito à individualidade singular de cada ser humano, destinatário de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, mas que imprescinde de um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra qualquer ato de cunho degradante e desumano, assim como venham a lhe garantir as condições existenciais para uma vida saudável e participativa[18].

Além das normas constitucionais, outras mais específicas ao mundo do trabalho podem ser referidas no que concerne ao reconhecimento formal da discriminação, como a Convenção da OIT – 111, anteriormente mencionada, o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Organização dos Estados Americanos em 17 de novembro de 1988 e ratificado pelo Brasil em 21 de agosto de 1996, conhecido como Protocolo de San Salvador[19], por preceitos agasalhados na Consolidação das Leis do Trabalho, como o art. 373-A, inciso I[20] e o artigo 3º, parágrafo único[21], assim como a lei 9.029/95, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.

Particularmente, no que diz respeito às pessoas com deficiência, nomenclatura utilizada pelo Conselho Nacional das Pessoas Portadoras de Deficiência, podemos mencionar a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes – ONU, 1975, que tem por direitos reconhecidos: respeito pela dignidade humana; direito de desfrutar de uma vida decente, tão normal e plena quanto possível; direito

---

formas de discriminação. Art.5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...) I – (...); XLI: a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

[18] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.62.

[19] Segundo o disposto no art. 3º (obrigação de não-discriminação), os Estados Partes do Protocolo comprometem-se a garantir o exercício dos direitos nele enunciados, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Entre os direitos enunciados no Protocolo, encontram-se o direito ao trabalho (art. 6º), condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho (art. 7º), direitos sindicais (art. 8º).

[20] Proíbe "publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir".

[21] Art. 3º: (...): parágrafo único, CLT: "não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico ou manual".

à segurança econômica e social e a um nível de vida decente e, de acordo com suas capacidades, a obter e manter um emprego ou desenvolver atividades úteis, produtivas e remuneradas e a participar dos sindicatos etc...

Recentemente, ainda com relação às pessoas com deficiência, o Brasil ratificou através de promulgação do Senado Federal em 09 de julho de 2008, a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

A Convenção nº 159 da OIT também trata da questão da deficiência no cenário laboral, especificamente sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes, de 1983, ratificada em 1991.

A Constituição da República Federativa do Brasil agasalha diversas normas sobre as pessoas com deficiência: proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critério de admissão do trabalhador com deficiência – art. 7º, XXXI; atribui às pessoas jurídicas de direito público interno o dever de cuidar da proteção e garantia das pessoas com deficiência – art. 23, II; determina a competência concorrente da União, dos Estados e Municípios em matéria de proteção e integração social das pessoas com deficiência – art. 24, XIV; assegura, por lei, a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência – art. 37, VII; além desses, mencionamos os seguintes artigos: 203, IV, 203, V, 208, III, 224, 227, §1º.

Por sua vez, a lei 8.213/1991, que tem por escopo o Plano de Benefícios da Previdência Social, reserva, em empresas com 100 ou mais empregados, entre 2% e 5% de vagas, para pessoas com deficiência (habilitadas) ou acidentados de trabalho beneficiários da Previdência Social (reabilitados)[22].

Em reforço formal ao combate às práticas discriminatórias contra trabalhadores portadores de HIV/AIDS, temos a Recomendação sobre HIV e AIDS e o Mundo do Trabalho, aprovada pela OIT em junho de 2010, que se reporta à confidencialidade dos dados referentes aos trabalhadores portadores.

Merece menção, a Lei 12.288, de 20 de julho de 2010, denominada de Estatuto da Igualdade Racial, o qual, no Capítulo V, arts. 38 e ss., que trata do direito fundamental ao trabalho que deve ser assegurado à população negra, mediante ações estratégicas derivadas de políticas públicas estatais.

---

[22] A proporção é a seguinte: de 100 a 200 funcionários (2%); de 201 a 500 funcionários (3%); de 501 a 1000 funcionários (4%); de 1001 ou mais funcionários (5%).

O conteúdo dos preceitos sobre discriminação com repercussão na relação de trabalho aponta diversas hipóteses, que podem ser acrescidas de outras de qualquer natureza, conforme expresso pela Carta Constitucional, porquanto as posturas discriminatórias se efetivam por diversas vertentes, que ultrapassam aquelas reconhecidas formalmente pelo Direito positivo.

Como retrodito, as hipóteses de ocorrência de discriminação negativa na relação de trabalho são inúmeras, que se manifestam de forma direta, com agressão direta e induvidosa ao postulado normativo da igualdade e à dignidade da pessoa humana e às normas protetoras; ou de modo indireto, quando há uma simulação de cumprimento da igualdade, que não acontece de fato.

Tais situações dissimuladas podem se manifestar em momento anterior, como no ato da entrevista de um candidato a um emprego, se forem utilizadas perguntas invasivas da vida privada e da intimidade do candidato, referentes a tendências políticas, convicções religiosas, orientação sexual, origens étnicas, atividades sindicais, proposituras de reclamações trabalhistas etc.[23]; a discriminação pode ser classificada, também, como concomitante ou posterior ao contrato de trabalho[24].

Dentre as inúmeras especificações da discriminação no trabalho, faz-se referência à discriminação oculta, surgida no Direito francês, que se caracteriza pela intencionalidade, inexistente na indireta.

A intenção discriminatória é disfarçada pelo emprego de um instrumento aparentemente neutro, aferido diante dos fatos evidenciados pela conduta do empregador. Na discriminação oculta, o motivo proibido e não confessado é realmente o determinante, embora disfarçado sob a capa de uma outra causa[25].

Em um escorço exemplificativo, poderíamos dizer que, em um processo seletivo, um trabalhador negro, muçulmano, homossexual, de origem nordestina, tenha sido aprovado em primeiro lugar, dentre centenas de candidatos, a um cargo importante em uma empresa multinacional, mas a direção empresarial resolve cancelar o processo seletivo sob a alegativa de contenção de custos ou algo do

---

[23] SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e Ações Coletivas*: *Acesso à Justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2008. p.124.
[24] BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Discriminação no Trabalho.* São Paulo: LTr, 2002. pp.11 e ss.
[25] ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2007. p.172.

gênero, quando o verdadeiro motivo é não admitir o fato de que o primeiro colocado não se enquadre no padrão pré-estabelecido pela empresa.

Em razão da dissimulação das posturas negativamente discriminatórias, que acontecem na relação jurídica laboral, e da negativa daqueles que discriminam com relação ao fato de terem discriminado, a investigação processual sobre tal temática deve ser zelosa, em consideração e respeito ao direito fundamental de não ser negativamente discriminado, o que não tem correspondência com o procedimento processual adotado ordinariamente no plano jurisdicional.

Os intérpretes devem ousar no sentido de enfrentar com profundidade a matéria, de modo a propiciar um deslinde que renda observância aos princípios e direitos fundamentais correlatos à discriminação no trabalho, formalizados na Constituição da República Federativa do Brasil, em convenções e em tratados.

Expresso de outra forma, o princípio da igual consideração e respeito, vazado em nossa Carta Politica pela dignidade da pessoa humana e pelo postulado da igualdade, deve ser o parâmetro direcionador para a interpretação sobre a discriminação negativa no trabalho, de modo a consagrar o direito fundamental de não ser negativamente discriminado, o que exige uma racionalidade processual submissa e complementar a uma racionalidade substancial.

1.3 Direito Fundamental à Não-Discriminação Negativa no Trabalho

O tópico em epígrafe pode parecer despropositado diante do que já foi exposto anteriormente a respeito da distinção entre discriminação negativa e discriminação compensatória, legítima ou positiva, quando se historiou o reconhecimento formal de tais direitos.

É preciso consignar, entretanto, com maior fundamentação, para que não paire rastilho de dúvidas, a natureza jurídica de direito fundamental da não-discriminação negativa no trabalho, com o desiderato de fazer tessitura de maior envergadura quanto à interpretação do problema e aplicação das normas que tratam do assunto.

Para Bockenforde, as disposições sobre os direitos fundamentais são fórmulas lapidares e preceitos de princípios, possuindo um sentido material, cuja

aplicabilidade requer uma proteção legal, através de uma interpretação explicativa e reveladora, que possibilite a concretização de tais direitos[26].

O autor assinala que essa interpretação deriva de uma teoria dos direitos fundamentais, entendendo-se por tal teoria uma concepção sistematicamente orientada acerca do caráter geral, finalidade normativa e o alcance material dos direitos fundamentais. Essa teoria tem como seu ponto de referência uma determinada concepção de Estado e/ou uma determinada teoria da Constituição.

Por esse prisma, temos que a interpretação de um complexo problema sobre a Discriminação no Trabalho deve ter por referência jurídica a concepção de Estado Democrático de Direito que constitui a República Federativa do Brasil, cuja Constituição manifesta profunda consideração e respeito por princípios fundamentais como a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a proibição da discriminação negativa e outros relacionados.

Essa ilação não tem o significado de rejeitar por inteiro, por exemplo, teorias da igualdade advindas de um Estado Liberal, máxime o que se denomina de igualitário, na versão de Dworkin, pois, ainda que possamos nos identificar como um Estado Democrático de Direito, o catálogo de liberdades é fundamental para que sejamos iguais. Quando se discrimina negativamente, na verdade está se cerceando o direito de ser como se é.

Acrescemos a isso o posicionamento de que a concretização dos direitos e princípios fundamentais não deve ser ignorada em razão da inexistência de regras protetivas, o que nos levaria a dessumir o entendimento equivocado de que tais direitos e princípios, embora formalizados, não têm eficácia, pelo fato de o ordenamento não contemplar atos concretos para tanto.

O direito à não-discriminação negativa tem base fincada no postulado normativo da igualdade, nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, o que, de acordo com uma interpretação que confira força normativa aos direitos fundamentais, dispensaria até a formalização do mesmo, até porque muitos direitos fundamentais têm agasalho formal nas Constituições, todavia são concretamente negados no cotidiano, com a agravante de

---

[26] BOCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos Sobre Derechos Fundamentales*. Trad. Juan Luiz Requejo Pagés e Ignácio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellsschaft, 1993. pp.45-82.

que o fato de que ser discriminado negativamente obstaculiza a possibilidade de acesso a direitos sociais.

Deve-se assinalar que doutrinariamente se faz distinção entre direitos fundamentais formalmente constitucionais e direitos materialmente fundamentais, orientando que a tendência de princípio é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de diretos formalmente fundamentais[27], como sói pode acontecer na teia de complexidade das relações sociais, máxime a relação jurídica laboral no que se refere especificamente à discriminação no trabalho.

Sarlet refere-se à fundamentalidade material como decorrência de serem os direitos fundamentais, constitutivos da Constituição material e por isso contêm decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Ainda que não ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do art. 5º, § 2º da Carta Política brasileira que a fundamentalidade material permite a abertura a outros direitos fundamentais não constantes no seu texto, revela o autor citado[28].

Em se tratando de relação de trabalho, a postura discriminatória pode ser ofensiva aos direitos sociais trabalhistas, como óbice ao acesso ao trabalho ou às liberdades fundamentais, como a liberdade de associação, da qual deriva a liberdade sindical, assim como à esfera íntima do trabalhador, em afronta a sua intimidade, como a opção sexual, ou a sua vida privada, no caso, por exemplo, da empregada discriminada por ter diversos filhos ou ser portadora de vírus HIV.

O ato discriminatório, além de ofensivo à esfera íntima, pode projetar-se objetivamente, também, para a sociedade. De qualquer modo, a ofensa ao direito fundamental de não ser negativamente discriminado não se confunde com o assédio moral e a injúria qualificada, que tal qual a discriminação podem ensejar dano moral. A distinção é prudente, para se evitar a precarização conceitual, com o superfaturamento sobre o que seja discriminação negativa no trabalho.

Afirmar que a não-discriminação negativa é um direito fundamental é reconhecê-la como tal a partir de critérios rigorosos, embora possa parecer óbvia tal

---

[27] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002. p.403.

[28] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.82-83.

constatação. Destarte, comporta fazer breve digressão sobre o rigor formal da assertiva em causa.

O reconhecimento dos direitos do homem, na medida em que a sociedade contemporânea reveste-se de maior complexidade, em decorrência da pluralidade de interesses existentes, a cada momento vem ganhando destacada importância com o surgimento formal de direitos fundamentais[29], decorrentes das contradições inerentes aos sistemas produtivos e, particularmente, do capital *versus* trabalho, cuja síntese e salto qualitativo resultam na afirmação de direitos sociais trabalhistas.

Apesar desse reconhecimento em decorrência da formalização dos direitos fundamentais, necessitamos ir mais além, por entendermos ser importante perquirir sobre o fundamento do Direito, que é uma questão que suscita célebres reflexões, as quais apontam para o inquietante estudo sobre o que é o Direito, que, por sua vez, remete a pesquisas sobre o que são os direitos do homem e sobre o significado de direitos fundamentais.

Tais questões não devem ser desprestigiadas por terem um cunho filosófico, mas se deve assinalar que as respostas às mesmas não se exaurem no ordenamento jurídico, porquanto podemos conceber que o Direito pode estar além da positivação legislativa, como, por exemplo, no resultado da interpretação dos juristas sobre a norma vigente em face de um caso concreto, que pode repousar em princípios de moralidade que permeiam na sociedade, onde podem existir direitos considerados fundamentais à existência humana, embora não estejam formalizados.

Não devemos olvidar que o preconceito negativo é um fato social e não deve ser tolerado por uma comunidade historicamente identificada. Nesse diapasão, a Constituição da República Federativa do Brasil, através de seus princípios fundamentais proíbe a discriminação decorrente de preconceito, cuja existência em uma relação laboral, a título de ilustração, deve ser constatada não no ordenamento positivo, mas na prática social especializada pela relação entre empregador e empregado.

O ordenamento positivo não diz o que é, como é e quando ocorre o preconceito e nem deve fazê-lo, pois em uma questão judicial complexa envolvendo a discriminação negativa no trabalho deve ser realizada uma investigação que

---

[29] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos.* Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.15-49.

permita a fluidez argumentativa sobre a existência ou não da postura discriminatória derivada do preconceito.

Importante frisar que o preconceito revela uma pré-compreensão a respeito de algo, que pode ser positivamente confirmado após a análise crítica e minudente do objeto em estudo.

Quando estamos a nos referir ao preconceito negativo, devemos objetá-lo, pois depreciativo da dignidade da pessoa humana e excludente, como ocorre com a discriminação negativa na relação laboral, com o impedimento à inclusão no mercado de trabalho ou com o afastamento do trabalhador desse mercado, em ato atentatório aos direitos fundamentais.

A análise depreendida do *acórdão* alhures ilustrado revela o atentado aos direitos fundamentais, o que foi ignorado pela sentença de primeiro grau, sendo que não podemos desprezar que tanto o magistrado de primeiro grau quanto o magistrado de segundo grau são pessoas portadoras de preconceitos, que, muito mais que os juízos de valor, constituem a realidade histórica dos indivíduos[30].

No caso exemplificado, a trabalhadora portadora de HIV, de acordo com o *acórdão*, foi dispensada de forma arbitrária e discriminatória, dada a pré-compreensão de que não seria salutar para o ambiente de trabalho a sua permanência, por ser uma pessoa diferente e inferior às demais. Eis um preconceito negativo que não deve ser confirmado em uma decisão judicial em atropelo à efetividade do direito fundamental de não ser negativamente discriminado.

Para evitar a confusão conceitual e o argumento de que estamos incorrendo em petição de princípio ao fazer referência ao direito fundamental de não ser negativamente discriminado, antes de aprofundar a pergunta sobre o significado de direitos fundamentais, entendemos ser pertinente tratar o tema referenciando-o à terminologia direitos humanos.

Direitos Humanos e Direitos Fundamentais não são sinônimos para o mundo jurídico, apesar de ser sustentável que todos os Direitos Humanos, por serem inerentes à vida de toda a humanidade, poderiam ser concebidos como fundamentais.

A compreensão que permeia no espaço do estudo jurídico a respeito de tais direitos é a de que, para uns, os direitos fundamentais são aqueles que almejam

---

[30] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*, op. cit., p.368.

uma vida na liberdade e na dignidade humana, enquanto, em sentido mais estrito, outros defendem que os direitos fundamentais são aqueles direitos que o Direito vigente qualifica como tais, aos quais se deve imprimir a maior efetividade. A par disso, sustenta-se que os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam, se concretizam[31].

Uma concepção circunstanciada pelo rigor didático assevera que os direitos do homem devem ser usados no sentido de direitos naturais não ou ainda não positivados; os direitos fundamentais seriam os reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo Direito constitucional interno de cada Estado; os direitos humanos são os positivados na esfera do direito internacional[32]. A adoção de tal concepção não tem o condão de olvidar a distinção entre direitos formalmente fundamentais e direitos materialmente fundamentais.

De qualquer modo, os direitos fundamentais são o porto de partida e de chegada do princípio da dignidade da pessoa humana, pois, sem a efetividade daqueles, não há como se especular a respeito da concreticidade deste e de uma vida em liberdade com igualdade material, independentemente do acolhimento formal dos mesmos, apesar de posições mais conservadoras, defensoras da tese de que a eficácia dos direitos fundamentais seja referida apenas aqueles que, perante dado sistema jurídico, sejam tidos como tais, o que remete inevitavelmente ao exame do sistema jurídico singular, que revelará a concepção sobre o que são os direitos fundamentais. “De tal modo que tais ou quais direitos serão fundamentais dentro do sistema considerado, ao passo que, no contexto de ordenamento diverso, poderão não o ser”[33].

Ainda que possam parecer contraditórias as afirmações no sentido de que os direitos fundamentais são aqueles formalmente agasalhados no texto constitucional, não há como escapar da vinculação de tais direitos à dignidade da pessoa humana, às garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça[34], ao que acrescentamos o valor social do trabalho e a efetividade dos direitos sociais.

---

[31] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 13.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p.560. p.592.
[32] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.34.
[33] ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*, op. cit., p.18.
[34] Idem, p.19.

No que se refere ao direito fundamental de não ser negativamente discriminado na relação laboral, compartilhamos da compreensão de que o mesmo deve se revelar eficaz com caráter de universalidade, para sermos coerentes com a concepção de moral que adotamos, baseada no princípio liberal-igualitário da igual consideração e respeito por todos, como exposto por Ronald Dworkin.

Pensar de outra maneira, admitindo a possibilidade de discriminação negativa no trabalho em outros ordenamentos, seria capitular com a estranha concepção de que alguns merecem respeito e consideração e outros não, uns são essencialmente pessoas, outros não, o que tornaria aceitável, por exemplo, a segregação racial, o escravagismo, em outros lugares, não em nosso País.

Por esse diapasão, assumimos sem dubiedade e temor a reações céticas, de que alguns direitos são fundamentais por serem universais, tal qual o direito de não ser negativamente discriminado.

O direito a não ser negativamente discriminado deriva do postulado da igualdade, cuja aplicação, com repercussão na seara trabalhista, está reconhecida formalmente na Constituição Federal, por exemplo: art. 5º, incisos I, VI, VIII, XLI e XLII[35]; art. 7º, incisos XXX e XXI[36]; art. 12, § 2º[37]; art. 170, incisos VII e VIII[38] ; art. 227, § 6º[39].

Referidos dispositivos constitucionais interpretados de modo sistemático autorizam a assertiva de que a não-discriminação negativa insere-se no rol dos

---

[35] Art. 5º: caput: Inciso I: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...); Inciso VI: é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias; (...); Inciso VIII: ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recursar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; (...); Inciso XLI: a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;inciso XLII: a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

[36] Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I (...); XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão, por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

[37] Art. 12: caput: (...); parágrafo 2º: a lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.

[38] Art. 170: *caput:* A ordem econômica, fundada na valorização social do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: Inciso I: (...) Inciso VII: redução das desigualdades regionais e sociais; inciso VIII: busca do pleno emprego.

[39] Art. 227: *caput:* (...) parágrafo 6º: os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

direitos fundamentais, enquanto a discriminação negativa se constitui em atentado a tal direito, para a satisfação do pensamento formal.

No universo da relação de trabalho, há um conjunto de direitos que podem ser considerados fundamentais, sob o aspecto formal, porque são indisponíveis e irradiantes para a concretização da dignidade da pessoa humana, os quais, por possuírem tal característica, devem ter mecanismos assecuratórios de eficácia plena, inclusive no plano jurisdicional.

Esses mecanismos de eficácia plena se referem menos a um elenco exaustivo de regras e mais a uma teoria interpretativa focada nos fundamentos do Direito que possa dar suporte a um método que valorize o problema e irradie a influência dos princípios e direitos fundamentais para todo o ordenamento.

Devemos acolher o entendimento de que o poder diretivo do empregador deve ser exercitado com o indispensável respeito à dignidade do trabalhador e, por causa ou por efeito, o respeito aos direitos fundamentais individuais do trabalhador, os quais se revelam formalmente, por exemplo, na forma de inviolabilidade da vida privada, a recusa de prestação de serviços contrários aos bons costumes (CLT, art. 483, a), a manutenção, pela empresa, de locais reservados para as empregadas amamentarem seus filhos (CLT, arts. 389, § 1º, e 396), dentre outros.

A este elenco, cabe acrescentar os dispositivos da Lei n. 9.029, de 13.4.1995, que vedam a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou sua manutenção (art. 1º) e tipificam o crime de exigência de teste, atestado etc..., relativo à esterilização ou a estado de gravidez (art. 2º)[40].

Além desses direitos, outros formalmente acolhidos podem ser invocados, como o direito à sindicalização, à negociação coletiva, à greve, à representação dos trabalhadores dos sindicatos na empresa, proteção contra a despedida injustificada, direito a repouso, saúde e segurança do trabalho e meio ambiente do trabalho[41].

Diversos textos de abrangência internacional agasalham formalmente os direitos fundamentais vinculados ao homem trabalhador e que têm relação com o direito fundamental de não ser negativamente discriminado, dentre os quais podem

---

[40] Para ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*, Ibidem, p.154.
[41] Ibidem, pp.179-191.

ser destacados: Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigos XXIII e XXIV)[42]; Convenções 87 e 98 da OIT (liberdade sindical); Convenções 27 e 105 da OIT (proibição do trabalho forçado); Convenção 138 da OIT (proibição de trabalho abaixo de uma idade mínima; e Convenções 100 e 111 da OIT (proibição de discriminação); Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova York, em 19 de dezembro de 1966, e, após ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, vigente em nosso país desde 24 de abril do mesmo ano (artigos 6º, 7º, 8º e 9º)[43].

Considerados os direitos fundamentais para o trabalhador, conforme catalogados pelos documentos mencionados, não há como olvidar a importância singular dos mesmos para a construção material de uma vida com liberdade e igualdade, o que torna razoável afirmar que qualquer ato interpretativo que os envolva deve primar pela efetividade dos mesmos, o que não ocorrerá se a questão discriminação negativa no trabalho não for interpretada de forma substancial, pois, negando-se o direito fundamental de não ser negativamente discriminado se estará negando outros direitos.

Ressaltamos que não se deve banalizar o conceito de discriminação negativa, que decorre de preconceito e exclusão, especialmente, por motivos de raça, sexo, cor, origem, naturalidade, nacionalidade, dentre outras formas, a título de exemplo: se, dentre 10 (dez) trabalhadores, 2 (dois) receberam os seus salários com atrasos, devido a problema de caixa, haverá discriminação se a decisão se pautou em preconceito com relação aos 02 (dois) vitimados. Mas, se houve problema de caixa e se adotou um critério baseado em número de faltas, disciplina etc., não haverá discriminação.

No direito positivo pátrio, existem diversas normas protetivas ao direito de não ser discriminado negativamente na relação de trabalho, mas ainda há muita dificuldade para se debater o assunto no Judiciário Trabalhista, por razões diversas,

---

[42] Art. XXIII – 1. Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.
Art. XXIV – Todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

[43] Para melhor analisar os documentos mencionados, no que se refere aos direitos do homem trabalhador, consultar: BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Discriminação no Trabalho*. Op. cit., tópico 1.2 – Direitos do Homem Trabalhador.

dentre as quais o fato de ser a discriminação bastante dissimulada, sob o manto do poder potestativo do empregador e haver uma crise de percepção sobre o assunto na sociedade, que convive sem muita indignação com as posturas discriminatórias, embora com elas não concorde a partir do ponto de vista conceitual, o que é diferente da concepção praticada no cotidiano.

A dissimulação do processo discriminatório e preconceituoso revela hercúlea dificuldade em se discutir com profundidade o tema discriminação no trabalho e pode desfavorecer o vitimado pelo preconceito no momento de arregimentação de provas em um processo referente a essa complexa questão, daí serem apontadas alternativas existentes no Direito comparado, particularmente o Código de Trabalho Português, traduzidas por regras como[44]:

> a) "cabe a quem alegar discriminação fundamentá-la, indicando o trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se consideram discriminados";
> b): "Cabe ao empregador provar que as diferenças de condições de trabalho não assentam em nenhum dos fatores indicados na regra anterior".

Ou seja, é impostergável que se inverta o ônus da prova para melhor proteção e eficácia do direito fundamental à não-discriminação negativa, visto que quem discrimina, certamente, jamais afirmará que discriminou, e quem foi vitimado pela discriminação, em razão da vulnerabilidade e hipossuficiência, terá obstáculos poderosos para constituir provas da discriminação, o que reforça o entendimento de que o modelo tradicional de regras processuais precisa passar por uma releitura que possibilite a aplicação do Direito com substancialismo.

Concebemos que a exposição acima é importante para a compreensão sobre a dimensão do direito fundamental da não-discriminação negativa no trabalho, que se traduz em pressuposto indispensável para enfrentar as situações fáticas submetidas à tutela jurisdicional do Estado, de modo que se possa aprofundar a interpretação que resulte em decisão judicial sobre a temática em causa, a qual pode ser substanciada com o acolhimento da tese de que a discriminação no trabalho é um assunto de relevante interesse público, cuja digressão é doravante expendida.

---

[44] MALLET, Estevão**.** Discriminação no Direito do Trabalho: soluções e perspectivas. In: *Tribunal Superior do Trabalho. Fórum Internacional Sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais*. Op. cit., p.56.

1.4 O Interesse Público e o Direito Fundamental à Não-Discriminação Negativa no Trabalho

O tópico a ser aprofundado para melhor compreensão do direito fundamental à não-discriminação negativa, de modo a substanciar a interpretação e a aplicação em face de um caso concreto envolvendo essa complexa questão, se circunscreve ao contexto daquilo que se denomina de interesse público ou, por outras palavras: sendo um direito fundamental há um interesse público em conferir-lhe efetividade.

A hipótese de contextualização mencionada revela e importância de se entender o significado de interesse público e se existe interesse privado em que há a concorrência do interesse público, de tal modo que a tentativa de compartimentar o interesse parece assemelhar-se ao esforço tradicional doutrinário de departamentalizar o Direito em público e privado.

Os interesses que serão tratados neste passo são aqueles que devem ser assegurados de forma direta ou indireta por prestações estatais, entre as quais a tutela jurisdicional, de modo a repreender a discriminação negativa no trabalho, na forma do ordenamento jurídico vigente. Consistem nas razões da sociedade, cuja síntese consensual compõe a Carta Política da nação, as quais, não raras vezes, não coincidem com as razões dos governantes, que gerenciam a coisa pública com viés patrimonialista e visão individualista.

A considerar que respeitável doutrina concebe o Direito como um sistema aberto, podemos acolher a tese de um sistema aberto de interesse – incompleto e provisório –, de tal maneira que o que foi privado no passado pode ter dimensão pública no presente, com uma possível relação entre a transformação da esfera privada para a pública, com a evolução dimensional dos direitos fundamentais.

A provisoriedade da distinção entre público e privado é ínsita à conformação das fronteiras que tentam delimitar o espaço de cada qual, na medida em que as mesmas são móveis e instáveis. Ademais, costuma-se associar o público à esfera dos interesses gerais da coletividade e o privado à individualidade, distanciada da comunidade[45].

---

[45] SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos vs. Privados*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. pp.23-116.

Todavia, o respeito e a consideração à individualidade é uma questão de interesse público, também, e, no que concerne ao combate ao preconceito pela proibição da discriminação negativa no trabalho, estamos diante de uma questão de moralidade política, insensível à escolha, ou seja, simplesmente devemos repugnar com veemência as posturas preconceituosas.

Ousamos afirmar que há interesse público em conferir efetividade ao direito fundamental à não-discriminação no trabalho, pois de outro modo desconsideraremos os princípios de moralidade política objetivados constitucionalmente, o catálogo de direitos fundamentais, os fundamentos, princípios e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, erigidos pelas razões da sociedade no momento da feitura da Carta Política.

O signo de público pode ser traduzido pelas seguintes premissas: tudo o que vem a público pode ser visto e ouvido por todos e tem a maior divulgação possível; em segundo lugar, o termo público significa o que é comum a todos nós, tem a ver com o artefato humano, com os negócios realizados entre os que, juntos, habitam o mundo feito pelo homem[46].

Concebendo o direito fundamental de não ser negativamente discriminado, podemos inferir que os seus destinatários podem ser considerados seus autores, na medida em que compartilham ética e moralmente do entendimento de que a discriminação negativa deve ser proibida.

Isso resulta na pressuposição mútua entre autonomia pública e autonomia privada, que revelam interesse público e interesse privado, respectivamente, na medida em que não há direito algum sem a autonomia privada de pessoas de Direito, como, por exemplo, sem igualdade e liberdade de participação política, torna-se mais difícil assegurar os direitos fundamentais[47].

Cabe acrescentar, entretanto, que interesse privado e interesse público, autonomia privada e autonomia pública, não devem ser vislumbrados de forma compartimentada, a não ser para fins de racionalidade pedagógica, jamais para fins de argumentação jurídica atinente ao discurso judicial nas diversas instâncias jurisdicionais.

---

[46] ARENDT, Hannah. *A Condição Humana.* 10.ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p.59-62.

[47] HABERMAS, Jurgen. *A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política.* Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe (UFPR), Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p.301.

Em se tratando da complexidade do tema discriminação no trabalho, o interesse público com conteúdo moral de que a discriminação negativa no trabalho deve ser objetada se revela às escâncaras na sociedade civil e em iniciativas formais e materiais do Estado, ainda que a postura discriminatória seja ofensiva a uma única individualidade. Por conseguinte, não há como tratar de modo departamentalizado o interesse público e o interesse privado na questão em apreço.

As considerações acima verbalizadas ensejam razões de sobranceira relevância para a sustentação de que o assunto discriminação no trabalho caracteriza-se pela transindivualidade, em que os interesses projetam-se para além da individualidade humana, para repousarem em novos sujeitos de direito, a coletividade[48].

Esteirado em tais premissas, podemos discorrer que qualquer notícia respeitante à discriminação negativa no trabalho deve vir ao espaço público e ter a maior divulgação possível, pois, eticamente, deve prevalecer, no âmbito da sociedade, o princípio da tolerância, da consideração e do respeito pelas individualidades, em apologia à igualdade e à dignidade da pessoa humana, em contraponto à moralidade utilitarista e funcionalista, no sentido de excluir pessoas em razão de diferenças pautadas em raça, sexo, cor, origem, idade, dentre outras formas discriminatórias.

O interesse público em tela se projeta para a esfera estatal, cujas diretrizes governamentais devem assegurá-lo, com implementação de medidas repressivas, sancionatórias, educativas e afirmativas, visando a efetividade do direito fundamental à não-discriminação negativa no trabalho, pela via da execução de ações estratégicas de políticas públicas ou por intermédio da tutela jurisdicional, com atuação do Ministério Público do Trabalho, das entidades sindicais ou de um trabalhador individualmente considerado.

Esse é o papel do Estado Democrático de Direito, cujas características não se coadunam com elementos do organicismo e do utilitarismo como bases teóricas para fundamentar o princípio da supremacia do interesse público, pois o que se deve é assegurar a relevância dos direitos fundamentais, ainda que esse Estado

---

[48] BOBBIO. Op. cit., p.62. Ao processo de movimentação dos interesses do homem abstrato e singular para novos sujeitos de direitos, o autor denomina de especificação do homem “abstrato” para figuras concretas. Não se quer com isso afirmar a concordância com o posicionamento de Bobbio sobre a luta inglória de se buscar a fundamentação do direito, o que contrariaria toda a tese esposada nesse trabalho com fulcro na teoria da integridade de Dworkin.

Democrático de Direito possa ser caracterizado como um Estado de ponderação, que se legitima pelo reconhecimento da necessidade de proteger e promover, ponderada e razoavelmente, tanto os interesses particulares dos indivíduos quanto os interesses gerais da coletividade[49].

Apesar dessa característica da ponderação do Estado Democrático de Direito, entendemos que sempre haverá supremacia do interesse público em se afirmar o direito fundamental de não ser negativamente discriminado, insubmisso que é a ponderação em face de outros direitos ou princípios.

Ao Estado Democrático de Direito cabe implementar políticas públicas e demais ações estratégicas que priorizem o fortalecimento das instituições no âmbito do Poder Executivo com competências para tratar do tema discriminação no trabalho e, através do Poder Legislativo, rever preceitos processuais que emperram o processo investigatório mais acurado sobre as lides trabalhistas que têm por mérito a discriminação negativa do obreiro.

Nesse contexto se insere a atuação do Poder Judiciário Trabalhista que, se desapegando do paradigma formalista-positivista, pode decidir de forma mais fundamentada e justificada, sob o manto protetor dos direitos fundamentais e do interesse público, de acordo com uma teoria interpretativa que arraste uma metodologia que possibilite a interpretação do Direito sob a melhor luz.

1.5 O Princípio Fundamental da Não-Discriminação Negativa no Trabalho

Nas linhas pretéritas sustentou-se com fundamentos formais e doutrinários que a não-discriminação negativa no trabalho é um direito fundamental, ao qual se deve assegurar plena efetividade, assim como fez-se a assertiva de que a discriminação no trabalho revela um profundo interesse público. No tópico presente, reafirma-se tal assertiva, acrescendo que, também, trata-se de um princípio fundamental.

Em sede constitucional, o título dos princípios fundamentais, além da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), destaca o valor social do trabalho (art. 1º, IV), que estão atrelados aos direitos sociais formalizados pelo art. 6º, dentre os quais o trabalho, que é considerado primado da ordem social (art. 193, CF/88),

---

[49] BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*: *Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp.81-124.

fundamento da ordem econômica, que deve valorizar o trabalho humano (art. 170, CF/88) e, como princípio, buscar o pleno emprego (art. 170, VIII).

Tais normas devem ser consideradas e respeitadas na interpretação e na valoração de um caso concreto levado às raias do Poder Judiciário, que verse sobre a discriminação no trabalho, o que permite a inferência de que o deslinde de qualquer questão jurídica pertinente imprescinde do pensamento jurídico que sistematize a situação fática no ordenamento, pelas diretrizes principiológicas antes referidas, que estão fundadas nos padrões de moralidade política da sociedade.

Demais disso, a igualdade e, acoplada a esta, a não-discriminação negativa são tratadas em sede de Constituição da República Federativa do Brasil, como princípios fundamentais e direitos e garantias fundamentais. E, por serem princípios, possuem função ordenadora e integradora, entre outras funcionalidades. Ordenadora no sentido de funcionarem como diretrizes para o ato interpretativo, devendo ser priorizados no processo de fundamentação jurídica, pois expressam valores morais objetivados na Carta Política. E essa função ordenadora compõe os princípios explícitos e os princípios implícitos, dada a abertura constitucional para isso.Tal característica não é sinonímia de mandato de otimização de regras.

A função integradora nos autoriza a inferir que a interpretação com substância em argumentos de princípios afasta o dogma das lacunas do ordenamento positivo, que leva a decisões discricionárias no sentido de não observarem a importância de cume dos princípios para a interpretação jurídica.

No ato de interpretar e aplicar o Direito, devemos valorar o caso concreto envolvendo a discriminação negativa no trabalho, com fulcro nos princípios, direitos e garantias fundamentais, nos termos alinhavados anteriormente, de modo a assegurar o máximo de coerência, não contradição e unidade não só ao sistema jurídico, como deste com a moralidade política que permeia a sociedade, pois interpretação diversa não contribui para a racionalização sistemática do ordenamento jurídico, ao contrário, legitima o caos com aplicação equivocada das normas.

Tal racionalidade jurídica não significa que devemos nos apear no logicismo formal, mas conceber que qualquer interpretação é inacabada e pode ser superada. Todavia, deve existir uma melhor interpretação, à luz dos princípios de moralidade política, dos direitos e princípios fundamentais e do interesse público.

A efetividade no mundo do trabalho da não-discriminação negativa explicita o postulado normativo da igualdade e confere concretude à dignidade da pessoa humana, destarte, a análise sistemática dos litígios envolvendo a temática em apreço, requer o conhecimento prévio sobre a importância dos princípios para a interpretação e aplicação do Direito.

De forma bastante simplória, o princípio indica por onde se deve começar. Aplicando-se tal máxima, temos que a interpretação e a consequente aplicação de uma regra jurídica diante de um caso concreto devem estar abalizadas e ser direcionadas por algum princípio, por se tratar de elemento fundante da construção do discurso judicial.

Como referências doutrinárias de nomeada no mundo jurídico, temos as concepções de Ronald Dworkin e Roberto Alexy a respeito de princípios e regras, que são importantes de serem referidas neste trabalho, tendo em vista que, como se esmiuça mais adiante, o fundamento do Direito e a legitimidade das decisões judiciais diferem entre esses autores, consoante as teorias da integridade do Direito e do modelo legitimado pelo procedimento, respectivamente.

Dworkin faz a distinção entre política, princípios e regras. A política é um tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado no campo econômico, político ou social da comunidade. Os princípios, por sua vez, dizem respeito a um padrão que deve ser observado como exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade e estão relacionados direitos fundamentais individuais[50].

Para o autor, a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica, uma vez que as regras são aplicadas ao modo do tudo-ou-nada, enquanto que os princípios enunciam uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas, ainda assim, necessita de uma decisão particular.

Os argumentos de princípios possuem a dimensão do peso e da importância, de onde se dessume, que no cruzamento entre argumentos de princípios relativos a direitos individuais fundamentais, deve ser considerada a força relativa de cada um, com a nossa ressalva de que o direito fundamental de não ser negativamente discriminado não deve ser relativizado em face de outros direitos fundamentais individuais. Por outro lado, se duas regras entram em conflito, uma

---

[50] Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp.35 e ss.

delas não pode ser válida, sendo superada por critérios utilizados para ultrapassar as antinomias jurídicas. O argumento de princípio não aplicado resiste; a regra não aplicada, dela desiste-se.

Para Alexy, tanto os princípios como as regras são normas, porque ambos possuem uma carga deôntica pemissiva, proibitiva ou obrigatória, são razões para juízos concretos de dever ser, ainda que essas razões sejam diferentes[51].

O ponto decisivo, em Alexy, para a distinção entre regras e princípios é que estes são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes; são mandatos de otimização. As possibilidades jurídicas são determinadas por princípios opostos e regras de concretização. As regras, por seu turno, são normas que só podem ser cumpridas ou não, pois, se uma regra é válida, ela contém determinação no âmbito do fático e possível juridicamente.

O autor faz referência à força relativa de cada princípio, quando há a colisão de princípios, que deve ser superada com o auxílio da regra da ponderação. Subsistindo no ordenamento, o princípio de menor peso para o caso em que um outro princípio prevalece.

Ressalvados os substratos materiais da reflexão de Dworkin e Alexy, que para aquele é o direito fundado no *common-law*, em uma sociedade liberal que preza de modo radical os direitos individuais e, para o segundo, o Direito alemão, de tradição continental, em que não só apenas a dimensão individual dos direitos é considerada e respeitada, mas há uma preocupação demasiada com a racionalidade do sistema jurídico e uma tendência acentuada de prevalência dos bens coletivos em face dos direitos individuais.

Os dois autores buscam uma otimização da aplicação do direito pelo ínterprete no plano jurisdicional, sendo que Alexy tem foco na argumentação e Dworkin na interpretação do Direito.

Concordam os autores no que concerne à ponderação como critério para enfrentar importância de dois ou mais princípios no curso de uma interpretação jurídica, ainda que de forma diferente, pois, para Alexy, a ponderação implica a incidência da proporcionalidade propriamente dita, enquanto que, para Dworkin, o princípio diz respeito a argumentos reveladores de direitos individuais oriundos da

---

[51] Cf. ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2002. pp.86 e ss.

moralidade política construída pela prática social historicamente considerada. Nesse diapasão, reside o diferencial entre os dois autores, como melhor se arguirá adiante sobre o discurso judicial procedimentalista e o discurso judicial substancialista.

A não-discriminação negativa no trabalho, como direito fundamental inerente à individualidade humana e como princípio otimizador do sistema jurídico, jamais deve ser cotejada com normas processuais lacunosas, como se regra fosse e pudesse receber o tratamento de ser aplicada ou não. Afirmamos isso, pois na lide processual trabalhista que verse sobre a discriminação no trabalho, não é suficiente o empregador ou seu preposto negar que houve discriminação e, com isso, o processo ser encerrado.

Sobremais, no Estado Democrático de Direito é uma questão de princípio – acolhida a tese de Dworkin – a busca pela máxima efetividade das normas de direitos fundamentais relativa ao tema discriminação no trabalho, por serem fundamentais para a incolumidade da individualidade humana e para a coletividade, pois, do ponto de vista da moralidade, a sociedade não tolera a discriminação negativa, pelo menos conceitualmente.

Ainda no que se refere aos princípios e sem se distanciar de Alexy e Dworkin, temos o magistério de Genaro Carrió, sustentando que na linguagem ordinária o conceito de princípio se vincula, pelo menos, a sete focos de significação[52], os quais desdobraremos no contexto da temática Discriminação no Trabalho:

> 1) com as ideias de parte ou ingrediente importante de algo; propriedade fundamental; núcleo básico; característica central.

Esse seria o caso dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a proibição da discriminação negativa, que são partes importantes, básicas e centrais da Carta Política de 1988 e que, em se tratando de relação jurídica laboral, guardam estreita vinculação com os direitos sociais.

---

[52] CARRIÓ, Genaro R. *Notas Sobre Derecho y Lenguage.* 4.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006. pp.209-212.

> 2) com a ideia de regra, guia, orientação e indicação geral.

Por esse prisma, devemos compreender que os princípios fundamentais constitucionais são fontes de orientação e indicação geral no ato de interpretar questões complexas que envolvem direitos fundamentais individuais e sociais.

> 3) com a ideia de fonte geradora, causa e origem**.**

Essa fonte geradora, em se tratando do princípio fundamental da não-discriminação negativa no trabalho, pode estar historicamente residente na prática consuetudinária social, que projeta os seus reflexos para a Constituição Federal. Na verdade, o princípio, também pode ser considerado um fim a ser realizado pelo ato de interpretar o Direito.

> 4) com a ideia de finalidade, objetivo, propósito, meta.

A sociedade civil e o Estado Brasileiro, mediante os diversos poderes e, particularmente, o Poder Judiciário devem ter por finalidade o combate veemente a todas as práticas discriminatórias. No plano jurisdicional, o ato de interpretar deve vislumbrar esse teor finalístico.

É preocupante, entretanto, quando se empresta ao princípio o significado de meta, que, de acordo com Dworkin, não está associado a direitos individuais fundamentais, mas a objetivos políticos, o que pode distorcer o ato interpretativo na direção do contextualismo, do consequencialismo ou as práticas utilitárias quantitativas, como atender metas de órgão de controle para julgamento de processos, o que pode prejudicar a qualidade da prestação jurisdicional.

> 5) com a ideia de premissa, inalterável ponto de partida para a racionalidade; axioma, verdade teórica postulada como evidente; essência; propriedade definitiva.

A interpretação principiológica, por assim sê-la, não se traduz pela abstração, pois a complexa generalidade a ser interpretada pode ser racionalizada pelos princípios de molde a se chegar a uma particularidade concreta que resulte,

por exemplo, na efetividade do direito fundamental de não ser negativamente discriminado no trabalho, diante de um específico e individualizado caso concreto.

> 6) com as ideias de regra prática de conteúdo evidente; verdade ética inquestionável.

Compartilhamos do entendimento de que tudo pode ser questionável e de que os paradigmas existem para serem superados, mas nos impomos a assinalar que, em determinada circunstância histórica, determinada comunidade comunga de uma postura ética que norteia a sua prática. Podemos asseverar que a sociedade brasileira rejeita a prática da discriminação negativa no trabalho, por não ser moral, tampouco ética, o que para nós é uma verdade ética inquestionável.

> 7) com as ideias de máxima, aforismo, provérbio, parte de sabedoria prática que vem do passado e que traz consigo o valor da experiência acumulada e o prestígio da tradição.

Na verdade, a tradição tem o seu prestígio abalado quando paradigmas passados são superados pela experiência acumulada. Houve uma época em nosso País que discriminar negros, mulheres, homossexuais etc..., especialmente no mundo do trabalho, era perfeitamente natural. Todavia, a historicidade de uma comunidade é dinâmica e provoca, de forma contínua e paulatina, mudanças de concepções que dão origem a outros paradigmas, de tal modo que o que importa é a tradição atual e não a superada.

Objeta-se, por ser despiciendo, a digressão alongada sobre outros diversos conceitos doutrinários, características e funções dos princípios, para acrescentar a opção de sintetizar que os princípios positivados são de eficácia plena, vinculam o Poder Judiciário e sendo constitucionais legitimam o sistema[53].

Na esteira dessa síntese, o mandamento vazado pelo artigo 3º da Constituição Federal, que trata da igualdade e da não-discriminação negativa, agasalhados como princípios fundamentais, deve ter eficácia plena, pois lei alguma

---

[53] GOÉS, Gisele dos Santos Fernandes. *Princípio da Proporcionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004**.** p.28. a) os princípios são normas positivas de eficácia plena ou imediatamente preceptivas e não programáticas; b) vinculam os membros do Poder Judiciário; c) são preeminentes, principalmente quando se trata de princípios constitucionais; d) nem todos os princípios constitucionais são princípios gerais do direito; e) os princípios podem ser explícitos ou implícitos.

pode limitar ou conter a concretização dos mesmos, afinal, seria um contrassenso afirmar que não deve haver discriminação negativa, salvo nos casos previstos em lei. Tampouco, a ausência de regras expressas deve servir de óbice à efetividade dos mesmos.

Ademais, tais princípios são mecanismos de unificação e coerência do sistema jurídico. Por conseguinte, qualquer decisão só será legitimada se perpassar pela digressão de tais normas, que espelham o fundamento do Direito.

A argumentação invocada é reforçada com a assertiva de que os princípios substantivos podem ser revestidos de maior eficácia, através do ato interpretativo, com a convergência, inclusive, do postulado da proporcionalidade com seus elementos característicos: adequação, necessidade e proporcionalidade propriamente dita.

Impende frisar, entretanto, que o direito fundamental de não ser negativamente discriminado é arredio à ponderação diante de possíveis princípios ou direitos fundamentais opostos. Assim, se a máxima ou postulado normativo da proporcionalidade for manejado, deve sê-lo com relação ao rito processual e não ao Direito material.

Explicamos: Deve haver uma racionalidade processual mais adequada para a efetividade do direito fundamental de não ser negativamente discriminado, a partir da problematização da questão. Essa racionalidade é necessária para extrair a melhor concepção interpretativa do Direito, pautada em argumentos substantivos de princípios. A essa racionalidade processual pode ser justificada a aplicação da proporcionalidade *stricto sensu*.

A proporcionalidade no sentido amplo pode ser tratada como um postulado normativo, estruturante para a aplicação das normas jurídicas para a promoção de determinado fim, que opera num âmbito a partir do qual o núcleo essencial do princípio fundamental restringido está preservado[54], desde que esse princípio fundamental não seja o da não discriminação negativa no trabalho. Talvez, um de índole processual, de modo a favorecer a efetividade do direito fundamental de não ser negativamente discriminado.

Fazendo translado desse ensinamento doutrinário para um caso de discriminação negativa no trabalho, asseguramos ser adequado que se analisem

---

[54] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, op. cit., pp. 79 e ss.

todas as possibilidades para a realização da finalidade fundamental de obstá-la; certamente a decisão judicial desprovida de fundamentação e carente de aprofundado viés investigativo depõe contra o elemento da necessidade, pois poderá estar restringindo o direito fundamental à não-discriminação negativa no trabalho; ademais, quanto mais exato o processo para o jurisdicionado, maior a valoração e a vantagem da finalidade pública diante de qualquer restrição.

Cumpre salientar, todavia, que, pelo nível de abstração do postulado da igualdade e do princípio da não-discriminação, conforme positivados na Carta Magna, imperiosa se faz a existência de mecanismos prestacionais por parte do Estado Democrático de Direito, para que se trilhe o caminho da generalidade abstrata para a particularidade concreta.

Em havendo óbice para que o trabalhador tenha acesso ao trabalho por posturas preconceituosas e excludentes, ou, ainda, que seja excluído da relação laboral por tais razões, deve ser feita a investigação pertinente, quer no âmbito do Poder Judiciário, quer no contexto do modelo repressor do Poder Executivo.

Sendo as regras jurídicas processuais vigentes insuficientes para o deslinde do assunto, isso se traduz em motivo de monta para que, além da integração sistemática pelos princípios jurídicos, como mecanismo de interpretação, se busquem outras alternativas para a precisão qualificada da prestação jurisdicional, inclusive no cenário da transdisciplinaridade ou da interdisciplinaridade.

Esse esforço sistemático, dada a transversalidade do tema discriminação no trabalho, só reafirma a característica do Direito como um sistema aberto às práticas sociais lastreadas em princípios de moralidade política, dentre os quais o direito de não ser negativamente discriminado por uma questão de princípio, tratada no cenário do liberalismo igualitário como uma questão insensível à escolha e no Estado Democrático de Direito como um direito fundamental, um princípio e uma relevante questão de interesse público.

II – RACIONALIDADE JURÍDICA[55]

Tratamos, no presente capítulo, de alguns significados emprestados ao termo racionalidade, com o desiderato de destacar a racionalidade procedimental e racionalidade substancial, que constituem os paradigmas interpretativos que serão analisados, para que ao final possamos optar pela alternativa que consideramos mais apropriada como concepção de Direito, quando do enfrentamento da temática discriminação negativa no trabalho no plano jurisdicional.

No processo de racionalização jurídica, não devemos ignorar o papel da linguagem para a argumentação e a interpretação jurídica, buscando a associação de tal tópico com a questão do método, com prioridade às referências ao método cartesiano e sua vertente racional-positivista e ao que denominamos método tópico-sistemático.

Entendemos oportuno estabelecer um esclarecimento inicial atinente à terminologia Tópico-Sistemático, que pode parecer algo inovador, mas seus fundamentos remontam há uma temporalidade considerável, conforme a nossa discussão sobre tal matéria em tópicos posteriores. Ademais, destacamos da tópica o aspecto problematizador, que de modo inevitável nos remete a um sistema.

Comumente denominamos a racionalidade jurídica por método racional, ou seja, uma objetividade necessária para se chegar ao conhecimento, uma trajetória a ser adotada para a compreensão de um fenômeno, para a resolução de um problema. Tal termo também é adequado à denominação método tópico-sistemático, apesar das críticas pautadas em argumentos de que a tópica não se submete à sistematização, o que pode ser repelido, pois não há nenhum impedimento para que possamos problematizar sobre determinada questão jurídica complexa e buscar a sua desproblematização mediante a sistematização jurídica tendo por parâmetros os princípios e direitos fundamentais.

Por outras palavras, a tópica problematizadora permite um aprofundamento investigativo e fluência das argumentações sem submissão a filtros

---

[55] **Racional**: 1 – Conter, possuir, caracterizar-se pela razão. 2 – Capaz de funcionar de acordo com a razão, de participar numa procura ou de argumentar conforme as regras da razão. 3 – Capaz de ser entendido. 4 – Conforme a razão. Razoável. Inteligível. 5 – Inferir qualidades do pensamento, tais como a consistência, a coerência, a simplicidade, a abstração, a completude, a ordem, a estrutura lógica. 6 – Uma explanação dos princípios básicos em que uma ideia, hipótese, opinião, teoria etc. se apoia. 7 – Os próprios princípios básicos do raciocínio. GILES, Thomas Ranson. *Dicionário de Filosofia*: *Termos e Filósofos*. São Paulo: EPU, 1993. p.131.

procedimentais, enquanto o pensamento sistemático autoriza a melhor fundamentação derivada da argumentação problematizadora da tópica.

A partir das inferências sobre a questão metodológica, acompanhadas das devidas críticas, exteriorizamos o nosso posicionamento no que se refere à interpretação a respeito da discriminação no trabalho, que, a princípio, trata-se de um caso complexo, dado o relevante interesse público que paira sobre o assunto, dado o principio da não-discriminação negativa no trabalho e do direito fundamental de não ser negativamente discriminado, conforme argumentado anteriormente.

2.1 Linguagem e Racionalidade

A aplicação de um método auxiliar à interpretação e sustentado por uma teoria interpretativa pressupõe um discurso jurídico, em que a linguagem ocupa um papel de extrema relevância, não no sentido semântico, mas semiótico, porquanto é a linguagem jurídica impregnada de signos das experiências vividas, os quais se projetam para o deslinde judicial de um caso complexo.

O termo semiótico aqui utilizado faz referência ao movimento sistemático do Direito, por meio dos discursos macrossemióticos e microssemióticos, conforme denomina Bittar, isto é: a dinâmica dos signos que surgem no fenômeno relacional entre o sistema jurídico e outros sistemas e, propriamente, no sistema jurídico em si, em que é de suma relevância a unidade constituída pelo intérprete significante e objeto significado, no conjunto indissociável entre homem, pensamento, sociedade, valores e discurso[56].

O ato de argumentar e interpretar tem influência dos signos linguísticos, não no sentido semântico, mas derivados da experiência histórica do intérprete no plano jurisdicional, com relação aos temas por si apreciados, sobre os quais tem posições pré-concebidas.

Para um melhor entendimento: a pré-concepção pode ser de que não existe discriminação negativa no trabalho, e qualquer atitude que a isso se assemelhe é perfeitamente natural, ou existe na sociedade o preconceito negativo que se projeta para a relação laboral.

---

[56] Sobre a linguagem jurídica e teorias semióticas, queira consultar: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Linguagem Jurídica*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp.57-75.

Para Bittar, os signos são também fatos culturais, dado que a realidade é pluridiscursiva e polissêmica, de tal modo que a culturalidade será supedâneo para a compreensão do fenômeno jurídico.

Nesse passo, cumpre-nos assinalar que a culturalidade acima referida como plurissignificativa, que pressupõe uma heterogeneidade valorativa, não deve ser confundida com um padrão de moralidade compartilhado e aceito como correto por uma sociedade, tal qual o conceito de que todos devemos objetar a discriminação negativa pelo fato das pessoas serem merecedoras de consideração e respeito.

A sociedade não deve ter como um fato cultural de determinada comunidade a discriminação negativa em razão da cor, do sexo, da naturalidade, da orientação sexual etc. Isso não deve se sobrepor a uma ética geral considerada correta. Não devemos ser céticos quanto a isso, ao argumento de que o pluralismo moral é uma realidade e, por conseguinte, a moral deve ser relativizada.

Feita essa ressalva, não devemos ignorar, entretanto, que a linguagem é banhada na forma e no conteúdo por valores praticados culturalmente por uma comunidade histórica, o que autoriza a afirmativa de que a linguagem, seja através da fala, seja da escrita, dos gestuais, traz em si pré-concepções de vida, conforme a circunstancialidade histórica de cada, em que intérprete e objeto se pertencem em um ir e vir hermenêutico, como veremos em Gadamer a seguir.

Esse modo de ser no mundo não é caracterizado pela imutabilidade, de tal modo que pode haver mudanças na perspectiva inicial do intérprete, posto que pré-concepções podem ser relidas e revisitadas, resultando em mudança de perspectiva sobre a visão anteriormente esposada.

Habermas estabelece distinção entre razão prática e razão comunicativa, para a qual o *médium* linguístico é condição de possibilidade, pois através da linguagem as interações se interligam e as formas de vida se estruturam, resultando em um consenso ilocucionário intersubjetivo, em que os destinatários devem ser verazes e autônomos consigo mesmos e com os outros[57].

Compreendemos a importância da linguagem orientada não só ao entendimento como ao dissenso, pois temos que estar atentos para o fato de que o uso da linguagem pressupõe uma carga axiológica que provoca dissensos em torno

---

[57] HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* – vol.1. Trad. Flávio Beno Siebeneneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. pp.20 e ss.

da uma questão judicial complexa, de tal modo que cada intérprete tem a sua postura que considera veraz e a sua autonomia é dependente de suas pré-concepções derivadas de sua existencialidade histórica.

Ainda assim, as pré-concepções submetem-se a um processo de revisão e podem ser modificadas, desde que se permita a fluidez dos argumentos, especialmente aqueles de natureza moral.

Devemos esclarecer que, ao fazer menção ao termo existencialidade histórica[58], não estamos nos vinculando à escola histórica do Direito, mas nos posicionando no sentido de que uma sociedade personificada historicamente compartilha de padrões de moralidade, dentre os quais alguns têm característica de universalidade, tal qual o respeito a direitos personalíssimos, como a honra, a intimidade, o direito de ser o que se é sem a afronta do preconceito negativo em razão de cor, de raça, de sexo, entre outras formas de discriminação.

Por esse viés, não compartilhamos do pessimismo ou ceticismo com relação aos novos paradigmas, pois estes existem para serem superados, o que se aplica ao plano da interpretação jurisdicional, especialmente quando nos defrontamos com questões de fulcro moral, sobre as quais se deve extrair a melhor concepção do Direito cravada na moralidade política da sociedade.

Prossegue Habermas, ressaltando que pela razão comunicativa se busca a racionalização das sociedades modernas que são pressionadas pelos imperativos sistêmicos, sendo as formas de comunicação importantes para a formação política da vontade do Estado de Direito, tendo as forças ilocucionárias da linguagem orientadas ao entendimento a função importante da coordenação da ação.

Certamente, através da linguagem se pode construir um consenso inicial em torno de um procedimento a ser adotado para se discutir o mérito de uma questão complexa, o que já se trata de uma hercúlea tarefa, pois a discussão inerente ao viés procedimental também é impregnada por valorações. E, ainda que tal consenso seja possibilitado pela força ilocucionária da linguagem, não restará como consequência evidente de que haverá consenso meritório.

---

[58] São premissas da escola histórica do Direito (Cf. Savigny): a) *Individualidade e variabilidade do homem*; b) *Irracionalidade das forças históricas*: c) *Pessimismo antropológico*; d) *Amor pelo passado*; e) *Sentido da tradição*. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*; compiladas por Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. pp.51-52.

O exemplo que trouxemos a lume demonstra isso, em parte, tanto com relação ao procedimento adotado para se verificar a existência ou não de discriminação no trabalho em face da trabalhadora portadora do vírus HIV, quanto ao mérito de tal questão, visto que a sentença judicial é profundamente dissonante do *acórdão* proferido.

Para Habermas, os membros de uma determinada comunidade de linguagem têm de supor que falantes e ouvintes podem compreender de forma idêntica uma expressão gramatical, mediante uma aceitabilidade racional, pois a idealidade da generalidade do conceito e do significado é acessível a uma análise pragmática da linguagem utilizada para o entendimento.

Esse pragmatismo linguístico prima pela importância semântica dos termos, que, na interpretação de casos jurídicos difíceis de estatura moral, pode levar a decisões pautadas na discricionariedade judicial, ao argumento de que se está diante de um conceito jurídico indeterminado com baixa densidade semântica, ou coisa semelhante, sem atentar que questões de fundo moral devem ser resolvidas por argumentos morais e não por argumentos semânticos que se distanciem do fundamento do Direito, expressado pela moralidade política da sociedade.

O conceito “agir comunicativo”, desenvolvido por Habermas, leva em conta o entendimento linguístico como mecanismo de coordenação da ação, de tal modo que a tensão entre facticidade e validade, embutida na linguagem e no uso da linguagem, retorna no modo de indivíduos integrados e socializados.

Pela tese que acolhemos, a integração e a socialização dos indivíduos devem acontecer pela prática social da moralidade da sociedade, e a linguagem deve ser reveladora disso e não funcionar como o filtro aos argumentos que manifestem tal prática. Para exemplificar: em se tratando de discriminação negativa, toda a linguagem deve ser referida ao consenso moral de que tal prática deve ser objetada, proibida e reprimida.

A coordenação da ação que Habermas apregoa passa através da influência recíproca dos participantes que atuam uns sobre os outros de modo funcional, em que a linguagem, além de transmitir informações, caracteriza-se como fonte primária da integração social, dada a pretensa validade das falas dos participantes, considerados os dissensos, no processo de construção do entendimento racional.

Na realidade, nem sempre isso acontece, pois o uso da linguagem por pessoas com valorações morais e políticas diferentes pode levar a um aprofundamento do dissenso em desfavor do processo integrativo a que se refere Habermas. Devemos ter como diretriz o fato de que existe uma moral correta, respeitosa à individualidade humana e aos seus direitos fundamentais.

Segundo Guastini, no âmbito da análise da linguagem são distintos os enunciados analíticos e empíricos; há distinção entre problemas empíricos (que versam sobre os fatos) e problemas conceituais (que versam sobre o significado das palavras). Enquanto os problemas empíricos não podem resolver-se sem se observar a realidade, os problemas conceituais dependem dos diversos usos das palavras. Por outro lado, prossegue o autor, a análise da linguagem consiste em distinguir cuidadosamente entre os enunciados do discurso descritivo e os enunciados do discurso prescritivo ou valorativo, que levam a controvérsias relativas a fatos e a valores, respectivamente, sendo que as primeiras podem ser resolvidas a princípio, enquanto as segundas dependem de argumentação e persuasão[59].

No contexto da interpretação de uma questão jurídica complexa como a discriminação no trabalho, no plano jurisdicional, vislumbramos as controvérsias relativas aos discursos descritivo e valorativo, no que concerne à necessidade de se tratar com zelo e presteza a instrução probatória e se valorizar os princípios e direitos fundamentais objetivados na Carta Política.

Adiciona-se, a isso, o fato de que o curso de uma instrução probatória sobre a discriminação negativa no trabalho pode demonstrar a influência de juízos de valores pré-concebidos com relação ao mérito da questão, o que permite a ilação de que a arregimentação e a apreciação das provas poderão depender da valoração sobre o assunto discriminação no trabalho, de tal modo que a argumentação terá sua construção condicionada ao viés axiológico.

Essas valorações pré-concebidas, entretanto, podem ser objeto de revisitação moral, através de argumentos morais, o que pode resultar em uma trajetória substancialista ao procedimento processual a ser adotado. De outro modo, a interpretação orientada pela crise de percepção em face do preconceito negativo e apoiada em procedimentos pragmáticos e utilitaristas, cuja preocupação é com o

---

[59] GUASTINI**,** Ricardo. *Distinguendo*. Barcelona: Gedisa, 1999. p.15-41.

quantitativo de processos a julgar e não com a qualidade das decisões a serem tomadas, que expressem a melhor concepção do Direito.

É a linguagem um instrumento importante do trabalho do jurista, que tem de estabelecer não só a ponte entre o objeto e a linguagem, mas, também, tem que constituir a relação entre textos diferentes, dos quais uns, proposições de dever-ser normativas e dogmáticas, são mais abstratos, outros, as descrições apresentadas nos casos e nos fatos, são mais concretos, consoante a visão de Frijot Haft[60].

Percebe-se na colocação de Frijot Haft a importância do raciocínio jurídico relacional, ainda que na ambiência do sistema jurídico, que deve pautar pelo ir e vir entre o abstrato e o concreto, cuja trilha deve ser intermediada por questionamentos problematizadores, visando à otimização racional de um caso difícil.

O que caracteriza o aplicador do Direito, segundo Frijot Haft, é uma constante mudança de código linguístico da conceitualidade abstrata das leis e dos dogmas para as descrições mais ou menos concretas das situações factuais dos casos jurídicos e vice-versa.

Tal assertiva apenas confirma o ir e vir entre o intérprete com suas pré-concepções e o objeto conjugado pelas normas e pelos fatos. Por essa pegada, podemos sustentar que a desproblematização da temática discriminação no trabalho no âmbito do discurso judicial nos tribunais do trabalho, deve remeter o intérprete e aplicador do Direito ao trajeto entre as suas concepções prévias e o controle das mesmas, atuando com a devida acuidade e cautela, de modo não só a fundamentar as suas decisões, mas justificá-las sob aquilo que se entende ser a melhor concepção do Direito.

Para Gadamer, a linguagem pode ser entendida como um instrumento possibilitador de acordo entre interlocutores, a respeito de um objeto em questão, funcionando como *médium* e uma condição prévia para o processo hermenêutico, sendo que somente pelo intérprete os signos escritos se reconvertem a um sentido, pois “todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no *medium* de uma linguagem que pretende falar o objeto, sendo, ao mesmo tempo, a própria linguagem do intérprete”[61].

Em adendo a isso, assinalamos que essa possibilidade de acordo tem seu fluxo migratório de uma realidade de interesses convergentes ou divergentes,

---

[60] HAFT, Frijot. Direito e Linguagem, op.cit., pp.303-304.
[61] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*, op. cit., pp.497-503.

manifestada em um discurso judicial, que substancialmente deve expressar uma única resposta certa que tenha sustentação em princípios de moralidade política como adiante se exporá ao se analisar a teoria da integridade de Ronald Dworkin.

No que concerne à linguagem jurídica, consoante o que foi explanado acima é possível a assertiva de que a mesma está impregnada de signos que se relacionam entre si, os quais para traduzirem uma unidade, necessitam de um processo interpretativo, de modo a compatibilizá-los com o dado concreto sobre o qual a interpretação será aplicada. No entanto, não quer isso dizer que no ato de interpretar se deve se apegar à semântica. Ao contrário, a substância, o fundamento do Direito expresso pelo signo da linguagem deve ser buscado.

A menção ao fundamento do Direito remete à questão da legitimidade do poder, o que possibilita a inclusão particular da legitimidade das decisões judiciais, através do manejo politicamente condicionado das palavras, o que ressalta a existência das pré-concepções levadas pelos sujeitos do discurso judicial para desproblematização de um caso complexo.

Podemos inferir a partir de Gadamer e dos outros autores mencionados que as escolhas no momento de proferir uma decisão judicial estão condicionadas por valores pré-concebidos, os quais são representados por signos da linguagem, de tal modo que o discurso construído em uma ação interpretativa revela a visão sobre as práticas sociais, das quais o Direito é uma espécie historicamente construída, indissociável da ideologia, da moral e da política.

É possível controlar isso, mas as regras procedimentais são insuficientes para o controle, cuja eficácia deve ser resgatada da afirmação dos princípios e direitos fundamentais constitucionalizados, que funcionam como paradigma formal a ser observado, respeitado o paradigma substancial dos princípios de moralidade que permeiam a comunidade historicamente personificada.

A afirmação supracitada é condimentada pela circunstância de que o ato interpretativo sobre questões morais, que tem como sujeitos os membros do Poder Judiciário, estará circunstanciado pela postura crítica a respeito da função constitucional na sociedade, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais, o que já reflete uma tese fundamental, a de que, as questões constitucionais não são jurídicas, mas sim políticas, na medida em que entre a

norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar[62].

A função constitucional, em um Estado Democrático de Direito, por seu turno, revela valores, princípios e regras derivados da historicidade da sociedade, que contextualiza, por exemplo, a proibição da discriminação negativa no trabalho , questão de princípio sobre a qual, conceitualmente, estamos todos de acordo, embora com concepções diferenciadas quando temos de operar a sua interpretação.

Assim, a partir de um caso concreto sobre a discriminação no trabalho, como o apontado alhures, deve o intérprete partir para a totalidade constitucional e dela retornar, em um constante movimento de ir e vir hermenêutico, com a cautela de controlar as concepções prévias, que podem se transmudar em decisões arbitrárias, o que se pode impedir quando se volve para a questão problemática em si, como tarefa primeira, constante e última, porquanto a tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa em questão[63].

Nas passadas de Gadamer, a regra hermenêutica fundamental consiste em compreender o todo a partir do individual e o individual a partir do todo, em um movimento de compreensão com fluência constante[64].

O escólio em destaque nos permite argumentar que na interpretação de uma questão jurídica complexa ou um caso difícil, tal qual a discriminação no trabalho, a racionalidade deve se pautar pela unidade sistemática, que, em se tratando do paradigma do Estado Democrático de Direito, há de privilegiar os princípios fundamentais e direitos fundamentais constitucionalizados, em que se contextualiza o óbice de modo a obstar no plano jurisdicional a discriminação negativa no trabalho.

A racionalidade acima referida não é sinonímia de que o objeto é totalmente destacado do intérprete, ao contrário, há a pertença deste àquele, com todos os preconceitos individuais que constituem o ser no espaço e no tempo, alguns legítimos, outros não, e por isso devem ser controlados em face do arbítrio das apreciações prévias[65], oriundas de nossas pré-concepções mundanas, construídas pela dinâmica historicidade de nossas vidas.

---

[62] HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição.* Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p.09.
[63] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*, op. cit., p.355.
[64] Idem, pp.385-386.
[65] Ibidem, pp.353-368.

O caráter da interpretação deve ser sempre produtivo, no sentido de compreender o conteúdo da norma através da realidade retratada pelo modo-de-ser-no-mundo, sintetizado pela relação intérprete *versus* texto, como se constituíssem uma unidade, na medida em que o texto, também, revela um modo-de-ser-no-mundo, como assevera Lênio Streck, na forma que Heidegger, seguido por Gadamer, propugnou[66].

Quer isso dizer que o exercício da interpretação é condicionado pelas experiências vividas que constroem as preferências valorativas, políticas, religiosas, culturais e ideológicas, que interferirão no processo hermenêutico, de tal maneira que esse se reduz ao ir e vir entre a norma, o intérprete e o caso concreto.

Desse modo, qualquer método interpretativo estará sujeito às influências valorativas do intérprete. Ainda assim, o ato interpretativo pode ter substância técnica, quando observados alguns critérios rigorosos, como as funções dos princípios e dos direitos fundamentais para a coerência, unidade e não contradição do sistema jurídico com a prática social moralmente constituída, o que revela a importância do tracejamento de pontos a respeito do pensamento tópico-sistemático, que, não sendo exaustivo para a melhor interpretação do Direito, é um método que pode auxiliar o intérprete.

Ademais, a argumentação assentada nos tópicos anteriores firmou o posicionamento fundamentado de que a não-discriminação negativa no trabalho é um direito fundamental, um princípio fundamental formalizado pela Carta Política de 1988 e, em razão disso, uma questão de interesse público, de tal modo que a ocorrência da discriminação negativa importa em lesão ao direito e ao princípio supra aludidos, cuja correção se traduz, outrossim, em uma questão de interesse público, a qual, uma vez apreciada no plano jurisdicional, reclama uma interpretação substancialista.

2.2 A Questão do Método

Destacada a importância da linguagem como reveladora de apreciações prévias que precisam ser consideradas no contexto da racionalidade jurídica, temos que um dos mecanismos de controle das pré-concepções negativas na construção

---

[66] STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.169.

do discurso judicial tem seus pilares fincados na metodologia tópico-sistemática de cunho substancial, como veremos com mais vagar em linhas futuras.

Revelar a racionalidade tópico-sistemática requer a apreciação sobre a importância do método como auxiliar no ato de argumentar e interpretar um caso difícil. Contudo, cumpre assinalar que a desenvoltura deste tópico não vislumbra a obsessão para a descoberta de um método que seja a fonte de resoluções dos casos difíceis levados à apreciação do poder judiciário, pois, muito mais que um método, precisamos de uma teoria que o sustente.

Por outro prisma, a assertiva acima não é sinonímia de desprezo ao método, que entendemos ser importante para racionalização fundamentada e justificada das decisões judiciais nos casos complexos.

Tal racionalização, entretanto, não deve ser confundida com o racionalismo cartesiano, com o pensamento linear, que caracterizam o posicionamento daqueles que advogam o sistema jurídico fechado, pronto e acabado para responder a todos os problemas, com a adequação destes às normas, de tal modo que se não existir norma não haverá problema.

Para não ser qualificado como arbitrário na colocação do que seja o método cartesiano, trazemos a lume, com a análise pertinente, as suas principais características[67]:

> a) a primeira regra – da evidência: não aceitar nada como verdadeiro se não me fosse apresentado com evidência, clareza e distinção;

No ato de interpretar o Direito, devido à plurivocidade axiológica que impera na realidade concreta dos fatos, decisões de diversas matizes podem ser tomadas, se não incidirem mecanismos de controle sobre as apreciações prévias, algumas dessas podendo ser confirmadas e outras não, de tal modo que uma verdade evidente e cristalina é uma tarefa profundamente e complexamente hercúlea, para não dizermos impossível.

Demais disso, a verdade que estamos a nos referir não é aquela verdade acoplada aos fatos em si, tampuco, a verdade impregnada de forma valorativa no intérprete, mas a verdade que pertence à unidade indissociável entre

---

[67] DESCARTES, René. *Discurso Sobre o Método*. Petrópolis-RJ: Vozes, 2008. (Coleção Textos Filosóficos)

intérprete e questão jurídica objeto de interpretação, não se podendo falar em sujeito e objeto de forma compartimentada.

No caso ilustrado nos introitos passos deste trabalho, a verdade ou juízo de probabilidade certamente não está nos termos da sentença judicial, que firmou a convicção pela inexistência de discriminação em face da trabalhadora portadora do vírus HIV, sem aprofundamento da questão jurídica. Por sua vez, o *acórdão* judicial que aprofundou a questão e decidiu pela existência da discriminação negativa, balizou-se em princípios constitucionais, apontando para uma trilha decisória mais adequada àquilo que podemos denominar de resposta certa.

> b) a segunda regra – da análise: dividir cada uma das dificuldades nas suas partes mais simples, de modo a facilitar a sua resolução;

A fragmentação do processo de conhecimento em um ato interpretativo, não é a maneira mais apropriada para o enfrentamento jurisdicional de uma questão complexa da estatura da discriminação negativa no trabalho. De modo inverso, a priorização da análise holística com visão de totalidade se mostra mais adequada para a interpretação.

Respondemos com a assertiva de que os casos difíceis devem ter tratamento jurídico que observe todas as implicações possíveis no âmbito do ordenamento positivo e, se necessário, com diversas outras disciplinas, quando a questão complexa revela transversalidade, tal qual a discriminação negativa no trabalho.

Interpretar de forma fragmentada a discriminação negativa no trabalho, que possui a estatura de um caso difícil, significa fazer recortes normativos infra-constitucionais e fáticos, sem o aprofundamento acurado do processo investigativo, o que prejudica a importância constitucional do assunto, a importância da matéria para a sociedade e oculta a exposição da forma dissimulada como acontece o ato negativamente discriminatório.

> c) a terceira regra – da síntese ou da ordem: conduzir o raciocínio por ordem, indo sempre do mais simples ao mais complexo;

Vivemos e convivemos em uma teia global, onde o manejo de uma variável provoca consequências previsíveis e não previsíveis em diversas outras variáveis, que consiste em uma generalização aplicável ao Direito, pois quando manejamos uma norma jurídica diante de uma questão jurídica complexa, tal qual em um processo sobre discriminação no trabalho, estamos a tratar de repercussões importantes na vida de inúmeras pessoas, inclusive no que respeita a questões de tolerância, consideração, respeito e outras implicações morais, para não ir mais adiante.

No caso pertinente à interpretação da temática discriminação negativa no trabalho, não há como simplificar para complicar, pois cada passo é um ato complexo, embora pareça simples, resultando na constatação de que caminhamos do complexo para o complexo, mediante a aplicação de uma racionalidade complexa com simplicidade voltada para o fundo moral da questão.

Podemos dizer que a complexidade faz parte de nossas vivências e convivências e devemos encará-la com simplicidade crítica, objetivando a superação de paradigmas entrópicos, sem a preocupação de que isso possa nos desestabilizar, retirando-nos de uma perspectiva inicial confortável.

O enfrentamento de tal complexidade no mundo jurídico deve ocorrer de modo coerente com as questões principiológicas arraigadas eticamente na sociedade e jamais se pautar por um processo seletivo baseado na premissa de que, dada a complexidade da matéria em discussão, o sistema jurídico, não tendo condições de enfrentá-la e ao argumento de reduzir a complexidade, responde com um discurso judicial simplório de que se não há norma não há problema, ou seja, se inexistem regras jurídicas expressas que possibilitem o enfrentamento com acuidade da questão jurídica, o problema não terá funcionalidade para o ordenamento jurídico, que deverá rejeitá-lo de algum modo, para garantir a sua estabilidade diante da complexidade apresentada[68].

> d) a quarta regra – da enumeração: fazer enumerações tão completas e gerais a ponto de nada ficar por mencionar.

---

[68] LUKMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. 2.ed. Aulas Publicadas por Javier Torres Nafarrate. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petropólis-RJ: Vozes, 2010. pp.178 e ss. Para Niklas Luhmann, “complexidade e racionalidade se pertencem mutuamente. O meio de um sistema é sempre mais complexo do que o próprio sistema e oferece mais possibilidades do que aquelas que o sistema pode aceitar, processar ou legitimar, o que leva à seletividade de uma ordem. O conceito de complexidade se define mediante os termos elemento e relação”.

Extraem-se do exposto pelas regras cartesianas as características da busca da certeza, da verdade, o pensamento analítico fragmentado, o raciocínio linear, a pretensão de exaustividade das enumerações.

Tais aspectos aparentam ter dificuldades para a aplicabilidade em uma realidade permeada por juízos de probabilidades e verossimilhanças ou verdade que se obtém, cada vez mais complexa e apeada pelas relações holísticas entre os diversos ramos do conhecimento que imprescindem da visão de totalidade, em que o simples pode ser complexo, e o complexo pode ser simplificado sem deixar de ser complexo, de tal modo que nada é perfeito e acabado. Ao contrário, o que permanece é a fluidez e a transformação do conhecimento, afinal os paradigmas existem para serem superados.

Temos a convicção de que existe uma resposta certa para uma decisão judicial interpretada sob a melhor luz do Direito. Desse assunto, tratamos com mais detença em momento posterior.

Repelindo, também, a utilização arbitrária dos termos racional, racionalização, racionalidade, nos é imposto o dever de indicar alguns significados do vernáculo racionalidade, para melhor compreensão do desenvolvimento do tópico em apreço.

De acordo com Richard Rorty, temos a racionalidade derivada da “razão técnica”, que consiste na habilidade superior dos seres humanos, usuários da linguagem, por dominarem tecnologia moderna e reagirem de modo complexo e delicado aos estímulos do meio ambiente.

Em outro sentido, a racionalidade é distinta, uma vez que fixa metas e não se reduz em garantir a mera sobrevivência; estabelece uma hierarquia avaliativa em vez de simplesmente um ajustamento de meios aos fins aceitos.

Em um terceiro sentido, é sinônimo de tolerância, que sugere desejo de mudar os próprios hábitos, e confiança na persuasão. Segundo o autor, para liberais que também são pragmatistas, as questões de racionalidade se resumem ao primeiro e ao terceiro sentidos[69].

Observa-se, pelo ensinamento de Rorty, que linguagem, tolerância e persuasão argumentativa são fundamentais para a racionalização, isto é, o método imprescinde de tais elementos para enfrentar a complexidade das relações que

---

[69] RORTY, Richard. *Pragmatismo e Política*. Trad. Paulo Ghiraldelli Jr. São Paulo: Martins, 2005. pp.77-99. (Coleção Dialética)

ocorrem na teia global, em que estão inseridos o sistema jurídico e outros sistemas. Com isso, se há de concordar, embora não tenhamos autoridade substancial para afirmar que perfilhamos a cartilha liberal-pragmatista, com o adendo de que, por uma perspectiva inicial, não acolhemos, de regra, a tese consequencialista que apóia decisões judiciais voltadas para a importância de determinado contexto, como apregoa o pragmatismo jurídico. Tampouco, concebemos o entendimento de que a racionalidade técnica deve predominar em face da superioridade dos seres humanos.

Com relação ao tema discriminação no trabalho, compartilhamos da premissa de que há uma crise de percepção com relação ao tema, a qual deriva do fato de se estar tentando aplicar os conceitos de uma visão do mundo obsoleta, a exemplo do que ocorre com a visão cartesiana-newtoniana da ciência, a uma realidade que precisa de outro paradigma de análise, diferentemente do modelo fragmentado, linear, concentrado e analítico, que caracteriza o método racional[70].

Boaventura, referindo-se ao método racional como paradigma dominante, sustenta ser o mesmo totalitário, por não admitir conhecimento que não seja por suas regras metodológicas, tal qual a premissa cartesiana para o conhecimento, vazada nos termos seguintes: "(...) dividir cada uma das dificuldades (...) em tantas parcelas quanto for possível e requerido para melhor as resolver"[71].

Bobbio nos traz a notícia de que o método racional foi uma característica marcante e predominante entre os jusnaturalistas, que buscavam uma teoria racional do Estado ou uma teoria do Estado racional, em oposição ao método histórico aristotélico, de cunho tópico e dialético, que sustentava um conhecimento provável[72].

Para Max Weber, citado por Habermas, o termo racional tem três significados: como um conceito amplo de técnica; como racionalidade de fins, em razão dos valores dados preliminarmente; e como resultado do trabalho de intelectuais e especialistas. Habermas acresce que tais termos dizem respeito à

---

[70] CAPRA**,** Fritjof. *Ponto de Mutação.* Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2006. pp.19-46.
[71] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um Discurso Sobre as Ciências*. São Paulo: Cortez, 2003. pp.20-28.
[72] BOBBIO, Norberto**.** O Modelo Jusnaturalista*.* In: BOBBIO, Norberto e BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986. pp.13-100.

racionalidade da regra, a racionalidade da escolha e à racionalidade científica, que são qualidades formais do Direito num sentido moralmente neutro[73].

Ao criticar Max Weber, Habermas refere-se à racionalidade procedimental com teor moral, da qual se extrai a legalidade e daí se extrai a sua legitimidade, isto é, a legitimidade pelo procedimento que compõe o discurso racional vocacionado para o entendimento[74].

Pelo método racional tradicional, buscava-se reduzir o Direito, a Ética, a Política a uma ciência demonstrativa, com fito de universalizar princípios de conduta humana, através do estudo da natureza humana, que não deixou de contribuir para uma tentativa de sistematização do Direito, tido como o grande mérito da escola do Direito natural.

Contemporaneamente, o método racional tradicional ainda é objeto de especulação na Filosofia do Direito e na Teoria do Direito, o que lhe outorga uma importância ímpar para a compreensão do fenômeno jurídico, especialmente quanto à sistematização do Direito e da universalização dos direitos.

A crise desse paradigma dominante, aliás, de acordo com Boaventura[75], decorre do grande avanço no conhecimento que ele propiciou, o que abalou os seus pilares estruturais, tornando o método insuficiente para tratar das questões complexas que se vinculam a outras questões complexas, pelo viés da totalidade sistemática, que conceba a relação sujeito e objeto como um *continuum*.

A própria pesquisa no âmbito do Direito, ainda que não se apegue ao método racional tradicional para o seu desenvolvimento, deve objetivar a contribuição para a melhor compreensão do Direito com a devida racionalização de aspectos polêmicos que permeiam o discurso jurídico, ou seja, o propósito é assegurar maior consistência e coerência ao sistema jurídico e, de modo consequente, proporcionar maior eficácia à aplicação da norma jurídica.

À guisa de ilustração, se nos preocupamos com a eficácia das normas que versam sobre a discriminação no trabalho, a pesquisa sobre o assunto deve diagnosticar os problemas da ineficácia do Direito de não ser negativamente

---

[73] HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* – vol. 2, pp.194 e ss. Afirma o autor: “a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental".

[74] Essa é a ideia fulcral do que denominamos de paradigma ou teoria procedimentalista.

[75] SANTOS**,** Boaventura de Sousa. *Um Discurso Sobre as Ciências*, op. cit., p.41-45.

discriminado e partir daí apontar alternativas no plano interno do ordenamento jurídico, para que se aperfeiçoe o combate intransigente à discriminação negativa na relação de trabalho.

Com postura crítica sobre o método jurídico dominante, Kaufmann, refletindo sobre o estatuto epistemológico da prática jurídica, sustenta a tese de que, embora o positivismo se ancore na eficácia do método que lhe é peculiar, a prática jurídica demonstra que o método racional não atende às exigências de cientificidade[76].

Kaufmann argumenta que, na jurisprudência, por um longo tempo, predominou o pensamento de dedução de sistemas fechados, o que era considerado científico. Exemplo disso são as codificações com pretensões de serem acabadas, completas, sem necessidade de interpretação, respondendo a todas e possíveis questões jurídicas.

No caso da discriminação no trabalho, retira-se do teor de várias sentenças judiciais e *acórdãos* judiciais a prevalência das fórmulas processuais para decidir sem aprofundamento substancial sobre essa complexa questão, o que denota um esforço interpretativo simplório e precário, que precisa ser revisto no sentido de tornar o modelo repressor à discriminação negativa no trabalho mais efetivo.

Para Kaufmann, muitos juristas veem o caráter incompleto da lei como um defeito, o que provoca uma inflação legiferante, em contraponto àqueles que buscam argumentar considerando o sistema jurídico como um sistema aberto.

Por ocasião da explanação sobre a taxionomia da discriminação no trabalho, fizemos referência a inúmeros diplomas jurídicos de fontes de produção internacional, constitucional e infraconstitucional.

Há legislação suficiente para enfrentar com acuidade o tema discriminação no trabalho no plano jurisdicional. Todavia, algumas decisões, e não são poucas e raras, ignoram o caráter transversal do tema, que demanda o sistema jurídico como um sistema aberto.

Prossegue Kaufmann afirmando que algumas sentenças, cujos conteúdos primam por justificar o Direito positivo, são fundamentadas por discursos que insistem em se afastar de juízos valorativos, o que não é possível, pois o juiz não é

---

[76] KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. Cap. 5 – *Reflexões sobre o estatuto epistemológico da prática jurídica.* pp.81-100.

um ser desprovido de vontade, ao contrário, a pré-compreensão ou o pré-juízo, também, se fazem presentes em algumas decisões, assim como fundamentos consequencialistas, ocultos e ilusórios. E o método que se apóia em tais assertivas não satisfaz as exigências científicas, arremata Kaufmann.

Uma outra crítica que se faz à racionalidade do método jurídico diz respeito à fundamentação das decisões judiciais com base na "opinião dominante", que retratariam o consenso e a convergência. Todavia, é possível que a minoria tenha razão. Opinião é opinião, não é conhecimento, diz Kauffmann.

Uma "opinião dominante" nas decisões judiciais sobre a discriminação no trabalho é carimbada pela seguinte máxima: "*O ônus da prova cabe a quem alega"*. Por outros vernáculos: não havendo como comprovar a discriminação, pelas dificuldades de arregimentação probatória, o vitimado pela discriminação negativa no trabalho carregará o fardo moral de ter sido discriminado, por toda a vida, em apologia a que alguns denominam de segurança jurídica.

A segurança jurídica deve estar acompanhada da decisão mais justa do ponto de vista da ética e da moralidade política construída pela prática social. Existem decisões, entretanto, que, ao argumento de que se prevaleça a segurança jurídica, primam pela ausência de justificação moral e política, que deita suas raízes no subsolo fértil das relações morais da sociedade. Essa visão avessa da segurança jurídica contribui para que se perdure e prolongue o injusto.

Em um caso de discriminação negativa no trabalho, uma decisão judicial que a ignore por completo em face de preceitos processuais e materiais de natureza infraconstitucional reforça a prática preconceituosa e discriminatória, em lesão a preceitos fundamentais da Carta Política, reafirmadores dos valores políticos e morais de uma comunidade que prima pelo postulado da igualdade.

A segurança jurídica deve estar acompanhada da decisão mais justa, que a princípio exige a concepção de um sistema jurídico relacional e uma interpretação dos casos difíceis em que se valorizem os princípios e direitos fundamentais substantivados no texto constitucional.

Atienza defende que a teoria da argumentação jurídica deve dar conta dos raciocínios produzidos na elaboração da dogmática jurídica, na interpretação e aplicação do Direito, assim como na produção do Direito, tendo por consequência o surgimento de várias racionalidades: legislativa, linguística, jurídico-formal, pragmática, teleológica e ética no sentido de que a lei pressupõe valores a serem

justificados sob o ponto de vista da ética, o que deve predominar sobre as demais instâncias de racionalidade[77].

Segundo Atienza, no plano da aplicação do Direito, a teoria da argumentação jurídica deve chegar a uma racionalidade prática, com a combinação da racionalidade discursiva com a racionalidade estratégica, o que permitiria a aproximação da argumentação legislativa.

Atienza não esclarece sobre o que seja racionalidade discursiva, tampouco a racionalidade estratégica e a aproximação com a racionalidade legislativa.

Entendemos que o caminho mais simplificado, sem banalizações, em busca de uma racionalidade argumentativa se escora naquilo que o autor denominou de racionalidade ética[78], que está na base de todas as racionalidades por ele nominadas.

Por outras palavras, podemos simplificar a aparente complexidade do rol de racionalidades elencadas por Atienza, incorporando a tese de que a lei pressupõe valores com justificativa ética, especialmente em se tratando de questões jurídicas com acentuadas implicações morais.

O arcabouço legiferante deve traduzir princípios de moralidade, de tal modo que a linguagem utilizada na argumentação jurídica deve proporcionar o ir e vir hermenêutico a que nos referimos anteriormente, com o devido controle das apreciações prévias de cunho moral, especialmente se negativas.

A racionalidade legislativa referente à discriminação no trabalho no ordenamento jurídico brasileiro se manifesta com vigor através dos princípios fundamentais constitucionais como a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a proibição da discriminação negativa, que estão em sintonia

---

[77] ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*: *Teorias da Argumentação Jurídica (Perelman, Toulmin, Maccormick, Alexy e outros)*. 2.ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002. pp.313 e ss.

[78] **Ética** (Kant) – Fundamenta-se no dever moral, o que significa um ato motivado somente por obrigação moral. O mérito moral não decorre de ações que se realizam motivadas pelo instinto ou pelas inclinações e tampouco pelo desejo. São titulares do mérito moral somente aquelas ações que se realizam motivadas pelo senso do dever, ditadas pela razão. Vale somente a boa vontade, ou seja, o agir sempre motivado pelo senso do dever. Este último consiste na consciência da lei moral e na submissão a ela, e opõe-se à inclinação. Expressa-se sob a forma do Imperativo Categórico: “Aja como se a máxima da sua conduta pudesse erigir-se em lei universal da ação”. A lei moral aplica-se a todos, em todos os lugares e a todos os momentos. Ela constitui-se em conceito *a priori* da ação. Também formula-se: “Proceda de tal maneira que trata a humanidade, tanto na sua pessoa como na pessoa de todos os outros, sempre e ao mesmo tempo como fim e nunca como puro meio”. GILES, Thomas Ranson. *Dicionário de Filosofia*, op. cit., p.51.

com os direitos fundamentais individuais e sociais, mais estreitamente vinculados ao mundo do trabalho.

Alguma racionalidade moral há de se alcançar, desde que seja responsiva à complexidade de casos judiciais difíceis, que não podem ser interpretados de forma linear e fragmentada com desconsideração ao supedâneo político e moral do Direito, que introduz profunda carga axiológica no sistema jurídico, escancarando-o aos intercâmbios com diversos outros sistemas.

Volvendo à Habermas, temos a alusão à racionalidade da Jurisprudência, analisada sob o enfoque da tensão entre os princípios da segurança jurídica e da pretensão das decisões corretas ou, por outras palavras, decisões que devem estar comportadas no plano do ordenamento jurídico vigente, mas que devem estar fundamentadas racionalmente com pretensão de validade à luz de regras e princípios vigentes[79].

Revela-se, pela leitura do cenário de tensão entre segurança jurídica e decisão correta, que qualquer decisão jurídica que possa ser classificada como justa deve acontecer mediante um discurso judicial que observe as regras institucionalizadas, que ao nosso entender devem ser geridas por uma interpretação substancial derivada de princípios e direitos fundamentais, explícitos e implícitos, que objetivam a moralidade política da sociedade.

Colhemos a compreensão de que, em um caso difícil como a discriminação no trabalho, os princípios da segurança jurídica e da correção poderão caminhar harmoniosamente – ainda que sempre reste determinada tensão –, ao se problematizar a questão a partir da pré-compreensão de que estamos diante de um tema com estatura de direito e princípio fundamental, fincado, pelo menos conceitualmente, no princípio de moralidade política de que todos devem ser tratados com igual consideração e respeito. A essa premissa, o procedimento deve se adequar, ainda que precise ser construído por um método sustentado por uma teoria que dignifique a substância do Direito.

Priorizar o método com a pré-compreensão de que o discurso judicial não comporta juízos valorativos, por ser o Direito um fenômeno arredio aos princípios de

---

[79] HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*, op. cit., pp.241 e ss. Segundo o autor em pauta, “o problema da racionalidade da jurisprudência consiste em garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção, a essa questão central da teoria do direito, três alternativas podem ser objeto de reflexão: hermenêutica jurídica, realismo jurídico, positivismo jurídico”.

moralidade, soa como uma agressão inominável à melhor interpretação do Direito, sob a melhor luz e, particularmente, para a repressão judicial eficaz da discriminação negativa no trabalho.

As normas jurídicas, especialmente a de estatura constitucional, são produto cultural dos homens que vivem em uma sociedade de interesses conflituosos e de princípios morais em competição, que é diferente de princípios constitucionais em colisão.

Para melhor explicar: no caso judicial ilustrado no momento vestibular dessa pesquisa, de um lado se poderiam invocar os direitos fundamentais ao trabalho e à saúde em favor da tese da trabalhadora portadora de HIV, de outra banda e, hipoteticamente, poderia o empregador arregimentar a sua argúcia a partir do valor social do trabalho, da livre iniciativa, como reforços ao seu poder potestativo de dispensar sem justa causa. Aparentemente estaríamos diante de uma colisão de princípios, que poderia ser resolvida com razoabilidade e proporcionalidade.

Em se tratando de princípios morais em competição, a questão fundamental é saber se aqueles que estão em desvantagem por motivos de preconceitos negativos devem ser protegidos ou não. Certamente, muitos responderão que deve haver tal proteção constitucional, e isso deve prevalecer como moralmente correto, direcionando as respostas certas que procuramos para a interpretação dos casos difíceis.

A competição moral se dá no plano da prática social, e a moral correta deve ser o padrão. Para nós, são ética e moralmente corretas a proibição e a repressão da discriminação negativa no trabalho, pois postura adversa significa desrespeito e desconsideração a direitos individuais fundamentais.

Ademais estaríamos incorrendo em circularidade perpétua ao propor a hipótese de que a moral deve justificar a moral, em um processo infinito. Definitivamente, a moral de que estamos a tratar diz respeito ao fato de que rejeitamos, de forma universal, a discriminação negativa no trabalho.

As decisões judiciais que se importem com a efetividade dos princípios e direitos fundamentais ou com as questões insensíveis à escolha política, tal qual o princípio da não-discriminação negativa no trabalho e o direito fundamental de não ser negativamente discriminado, poderão assegurar segurança jurídica com justiça, contrariando, inclusive, convicções morais de grupos preconceituosos, que não devem sobrepor-se àquilo que consideramos moralmente correto, enquanto

comunidade personificada por uma prática social compartilhada e aceita como respeitosa aos direitos fundamentais inerentes à individualidade humana.

O discurso judicial deve priorizar uma racionalidade substancial como seu ponto de partida para a desproblematização dos casos difíceis com extensa verticalidade moral, sem desdenhar de uma racionalidade procedimental, pois ambas se complementam, na medida em que qualquer discussão de cunho substancial requer um procedimento adequado, que deve funcionar como caixa de ressonância dos propósitos morais da sociedade, objetivados como princípios e direitos fundamentais, explícitos ou implícitos, na Carta Constitucional.

A racionalidade procedimental a qual nos referimos não deve traçar a sua trajetória no sentido da norma para o problema, do procedimento processual para a questão meritória, das regras existentes para os princípios e direitos fundamentais explícitos e desses para os princípios de moralidade política. O caminho substancial deve ser o inverso.

O direito positivado está a passos de cágados das serelepes passadas das complexas implicações relacionais que permeiam a prática social, cuja continuidade histórica com superações de paradigmas e absorção de novos conhecimentos são variáveis a serem constantemente consideradas. Daí a necessidade de se buscar um método adequado, que deve estar apoiado por uma teoria que reflita os paradigmas de moralidade da sociedade.

Nos casos difíceis como a discriminação no trabalho, o apego às normas do direito positivado infraconstitucional, sem buscar a sistematização constitucional e a pertinente problematização da temática, significa um atraso na prestação jurisdicional qualificada e, não raras vezes, ocorre de forma equivocada com relação ao paradigma constitucional dos princípios e direitos fundamentais.

As decisões judiciais, muitas vezes, são construídas com a preocupação nuclear de se encontrar uma norma expressa do ponto de vista semântico para se aplicar a um caso complexo, quando poderia se inverter o raciocínio, priorizando a problematização do caso com posterior fundamentação justificada eticamente, o que requer um método e uma teoria apropriados.

Para sermos repetitivos, uma decisão sobre discriminação no trabalho que se fundamenta unicamente na premissa processual de que "*o ônus da prova cabe a quem alega*", de uma forma lógico-dedutiva deplorável, prima pela falta de respeito e consideração aos ditames constitucionais fundamentais, à virtude

soberana da igualdade, e exacerba as tensões existentes no mundo do trabalho, ao referendar a postura discriminatória.

Diante da hodierna e complexa plêiade de relações e influências recíprocas entre os diversos ramos do conhecimento, a departamentalização do Direito parece não ter sentido, embora suas peculiaridades devam ser consideradas em um determinado contexto, acrescendo-se a essa assertiva a circunstância de que o sistema jurídico tem o seu equilíbrio determinado pela sua constante instabilidade, que precisa ser enfrentada com a consideração fática da transversalidade e interdisciplinaridade de alguns fenômenos jurídicos.

Particularmente, com relação ao tema discriminação no trabalho, temos que considerar o seu caráter transversal, posto que pode receber tratamento técnico e doutrináro por outros ramos do conhecimento, como a antropologia, a psicologia, a sociologia, a economia do trabalho, a ética etc... Trata-se de uma matéria que não pode ser enclausurada às pretensiosas e peculiares codificações do denominado mecanismo equilibrado ou subsistema jurídico, como se isso levasse a uma certa neutralidade proporcionada pelos códigos jurídicos.

O Estado Democrático de Direito não deve ser neutro em face da afirmação material das normas de princípios e direitos fundamentais, sendo inconcebível a existência de normas jurídicas e discursos judiciais que as tornem apeadas, pois, se peias jurídicas devem ser feitas, o objeto das mesmas são as apreciações prévias derivadas de atitudes negativamente preconceituosas. Para isso, temos uma Carta Política com princípios e direitos fundamentais, em que se inclui a questão insensível à escolha política de não haver discriminação negativa no trabalho.

Precisamos de peias substanciais com racionalidade ética e não de regras procedimentais que afrontem a estrutura principiológica do Estado Democrático de Direito. Esse é o dever de todos que têm como convicção moral o respeito e a consideração aos outros, sem discriminação negativa.

O dever pelo qual devemos nos conduzir deve estar de acordo com princípios de moralidade praticados e aceitos pela comunidade a que pertencemos, a partir de uma visão de participante interno. Não temos o dever moral de discriminar negativamente no trabalho, tampouco as posturas discriminatórias devem prevalecer mediante uma decisão judicial fragmentada, linear, sem

sistematização, como aconteceu na sentença judicial trazida a lume, reformada que foi pelo *acórdão* judicial relatado ao norte.

O magistrado tem o dever de decidir de forma fundamentada com respeito a princípios de sobranceira do ordenamento constitucional e de forma eticamente justificável. Trata-se de um dever pelo qual o magistrado deve estar dominado, transformando a legalidade em força ética, que difere do discurso de autoridade.

O discurso de autoridade considera como direito válido aquele proveniente de uma autoridade com competência para legislar e decidir nos estritos termos daquilo que está positivado, embora os signos linguísticos, encharcados de apreciações valorativas, possam possibilitar interpretações de acordo com a discricionariedade do discurso judicial, o que requer interpretação. E, sobre isso, afirmamos que existe uma melhor teoria interpretativa e um método mais apropriado, para desvendar o Direito sob a melhor luz.

Ademais, no âmbito do Poder Judiciário, o magistrado deve identificar o seu poder de prestar a tutela jurisdicional com o dever ético de observar os princípios e direitos fundamentais, moralmente justificáveis, premissa essa que se aplica com precisão ao tema discriminação no trabalho.

Para nós, os valores justos são aqueles que derivam da prática social que tem por sujeito uma comunidade historicamente personificada por princípios de moralidade aceitos como questões insensíveis à escolha política por ocasião da distribuição igualitária de recursos, os quais são retratados na Carta Constitucional, a exemplo do princípio da não-discriminação negativa no trabalho.

A prestação da tutela jurisdicional competente, diligente, sistemática e fincada em princípios de moralidade contribui para reprimir a prática negativamente discriminatória, com consequente sanção por danos morais. A sanção pode ser inibitória de um comportamento ético reprovável, ainda que , a sanção não seja suficiente para a revisitação de pré-concepções oriundas da existencialidade histórica de cada um e transformar o não-ético em ético.

A sanção é necessária como uma forma de reprimir a conduta eticamente reprovável, podendo atingir valores considerados importantes pelo sancionado, como entender que pode ser anti-ético por ser diferente e superior aos demais, por ser empreendedor e não merecer um desfalque financeiro decorrente de uma multa ou indenização aplicada em seu detrimento.

Princípios morais são incorporados às nossas vidas mediante um longo e duradouro processo educativo experimentado na família, na escola, nos cultos religiosos, nas ações políticas, no cenário de tolerância e respeito às diferenças.

Feitas essas observações, podemos complementar que o Direito deve ser concebido como um sistema aberto, com um ponto de partida e um ponto de chegada, pois seria inimaginável a possibilidade de se trabalhar as ferramentas jurídicas de um ponto infinito para um outro ponto infinito.

A compreensão do sistema jurídico na forma acima assinalada aponta que essa visão sistemática do Direito não descarta a racionalidade, que, no entanto, não deve ser entendida como um caminho exauriente para um Direito pronto e acabado, de acordo com uma visão positivista mais exacerbada.

A decisão jurídica em maior ou menor grau de influência é circunstanciada, também, por fenômenos políticos, sociais e econômicos, de onde se dessume que a utilização de recursos hermenêuticos deve estar vinculada a uma leitura crítica do mundo circundante[80]. Desse raciocínio, entretanto, não deve resultar uma decisão consequencialista, antifundacionalista e focada com prioridade em um contexto econômico e político, na interpretação de questões com extensa profundidade moral, pois desse modo estarão se desprezando os fundamentos do Direito, cuja morada é a prática da moralidade na sociedade, com fulcro na igual consideração e no respeito por todos, como apregoa Dworkin.

O aspecto argumentativo da decisão judicial se robustece, na medida em que surge a necessidade de preenchimento das lacunas e superação das antinomias[81] do Direito positivado, contexto no qual os princípios e direitos fundamentais expressos constitucionalmente ou não têm papel fundamental, pois o ordenamento jurídico positivado não pode ser considerado um sistema lógico[82].

A insuficiência do positivismo legislado nos remete ao fato de que as normas jurídicas devem ser interpretadas, de onde se destaca o dilema: o intérprete cria ou encontra o Direito. Afirmando-se a primeira hipótese, estamos diante da assertiva que o Direito não é objeto da interpretação, mas resultado da mesma, ou seja, nos deparamos com o realismo jurídico, segundo o qual o Direito é o produto

---

[80] Para aprofundamento do assunto, consultar: STAMFORD, Artur. *Decisão Judicial: Dogmatismo e Empirismo*. Curitiba: Juruá Editora, 2000. pp.90 e ss.

[81] Antinomias: situação de normas incompatíveis entre si. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10.ed. Trad. Maria Celeste Leite dos Santos. Brasília: Editora UNB, 1999. p 81.

[82] Sobre o assunto, queira consultar: COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de Lógica Jurídica*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. pp.47 e ss.

da interpretação dos juízes. Mas, convenhamos, o Direito é pré-existente no que concerne, principalmente, aos seus fundamentos. A discriminação negativa é um fato e moralmente deve ser combatida.

Ademais, muitos termos jurídicos são caracterizados por parte da doutrina pela vagueza, indeterminação, plasticidade formal, baixa densidade semântica ou outra denominação similar. Essa natureza plurívoca resulta em compreensões diferentes a respeito do fenômeno jurídico, especialmente quando são acompanhadas de pré-compreensão, de juízos *a priori*, o que é perfeitamente natural, porquanto os intérpretes são impactados por suas valorações ideológicas, políticas, religiosas etc. Mas existe um ponto em que se encontra a moral correta.

Contudo, ainda que as características do ordenamento ressaltem a possibilidade de decisões discricionárias, devemos conceber que princípios de moralidade existem bem antes dos preceitos jurídicos, que traduzem aqueles princípios, portanto, podemos afirmar, de forma preliminara, que haverá uma resposta certa para o controle da discricionariedade.

O ato de interpretar se caracteriza por um ir e vir, de índole dedutiva-indutiva-dialética, que pode ser considerado no plano do pensamento sistemático do Direito, com abertura para novas argumentações. Nesse passo, a assertiva a ser postada e desenvolvida e de que o método mais apropriado para fundamentar o tema discriminação no trabalho no plano jurisdicional, é o método tópico-sistemático.

2.3 O Método Tópico-Sistemático

Destacaremos doravante a possibilidade da congruência no discurso judicial do aspecto problematizador da tópica com o pensamento sistemático direcionado pelos princípios e direitos fundamentais, diante de um caso de estatura moral como a discriminação no trabalho, como metodologia adequada para a interpretação com apoio em uma concepção teórica mais condizente com a efetividade de tais princípios e direitos, ainda que possam haver argumentos contrários à terminologia, sob o fundamento de que não é possível sistematizar a tópica.

Priorizamos o viés problematizador da tópica e entendemos que todo problema remete a um processo de sistematização. O pensamento contrário nos parece revelar uma postura compartimentada do Direito, que deve ser vislumbrado

como uma totalidade. Podemos problematizar uma questão jurídica difícil e buscar as diversas alternativas para a melhor interpretação com a sistematização referenciada a princípios e direitos fundamentais.

A menção à expressão pensamento sistemático, necessariamente, nos remete à perquirição sobre a noção de sistema, restringida inicialmente ao campo jurídico, com possibilidade de ampliação, dada a transversalidade de alguns temas, como a discriminação negativa em razão da raça, da cor, da origem, da orientação sexual, dentre outras formas, que perpassa por outros ramos do conhecimento, como a antropologia, as ciências sociais, a psicologia etc.

O sistema pressupõe uma relação ordenada de elementos. Em se tratando de sistema jurídico, esse relacionamento deve ser entre as normas, consideradas essas como regras e princípios, com relevo para os direitos e princípios fundamentais, que supomos justificados moralmente.

As normas jurídicas, segundo Karl Larenz, não estão desligadas umas das outras, mas estão numa conexão multímoda umas com as outras, de tal modo que toda a interpretação de uma norma tem de tomar em consideração a cadeia de significado, o contexto e a sede sistemática da norma, a sua função no contexto da regulamentação em causa, pois o sistema jurídico está em grande parte subordinado a determinadas ideias jurídicas diretivas, princípios ou pautas gerais de valoração, alguns derivados do Direito constitucional[83].

Fazendo coro com Larenz, temos de assinalar que o tema discriminação no trabalho tem raiz constitucional, com estatura de direito e princípio fundamental, de tal modo que todas as outras normas infraconstitucionais se subordinam a esses parâmetros, pelo menos quando estamos a nos referir ao pensamento sistemático no plano jurídico.

A função sistemática é justificar, subordinando-as à ideia de Direito, as decisões de valor que subjazem às normas, unificá-las e, deste modo, excluir na medida do possível as contradições de valoração. Larenz considera a construção dessa ideia de sistema como uma das tarefas mais importantes da jurisprudência (entendida como ciência do Direito) [84].

---

[83] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3.ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Lacouste Gulbenkian, 1991. pp.621 e ss.
[84] Idem, pp.622 e ss.

Esse conceito da função sistemática é importante para efetuar o relacionamento entre princípios, direitos e regras. Mas, dependendo da complexidade da questão jurídica, não deve ater-se ao que está expresso no ordenamento jurídico, diante da forte possibilidade de isso ser insuficiente para a melhor justificativa da decisão judicial, pois, em questões morais, os argumentos morais devem ser inevitáveis, de tal maneira que a justificativa fundamentada possa imprescindir de princípios e direitos implícitos, que deitam suas raízes na prática social da moralidade política.

A relação normativa não deve residir no espaço caótico, o qual deve ser continuamente racionalizado, de modo a conferir unidade sistemática, mediante uma adequação valorativa, tendo por escopo o valor justiça, no sentido de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença.

Por esse viés, o sistema jurídico pode ser concebido como axiológico e teleológico, em que a unidade interna é construída por princípios gerais do Direito[85], sem perder a referência constitucional derivada da prática social fundada em princípios de moralidade.

O intérprete e o aplicador da norma devem compreender a importância dos princípios fundamentais, assim como dos direitos fundamentais para o sistema jurídico, visando à efetividade sistemática, concebendo-os como vinculantes e que devem ser considerados no hercúleo exercício da circularidade hermenêutica dialética[86] – o ir e vir interpretativo –, traduzida nos moldes seguintes: dada a notícia discriminatória na relação de trabalho, indaga-se sobre a existência e a espécie da mesma (problematização), o que não se observou na sentença judicial retrodita e vislumbrou-se no *acórdão* que a reformou; questiona-se sobre as decisões já existentes a respeito da matéria e propõem-se outras (tópicos). Nesse passo, é pertinente a questão: a proibição da discriminação negativa no trabalho trata-se de um *topois*?

Na sentença judicial, restou evidente um tópico bastante conservador em face da complexidade do assunto levado à apreciação do Judiciário Trabalhista: a de

---

[85] CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.* Lisboa: Calouste Gulberian, 1989. pp.68 e ss. Sobre o desenvolvimento do conceito de sistema a partir das ideias de adequação valorativa e da unidade interior da ordem jurídica.

[86] FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. pp.146-181.

que a reparação pelos danos sofridos prescinde da conjugação de três elementos: o fato ilícito, o dano e o nexo causal, com base em laudo pericial, totalmente distante da questão se houve ou não preconceito negativo.

Na propositura dos tópicos, deve-se analisar a questão da discriminação sob a diretriz dos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da efetividade dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, o que em razoável medida foi construído pelo *acórdão*.

Busca-se, se necessário, o conhecimento interdisciplinar ou transdisciplinar para o processo, porquanto o tema discriminação é caracterizado pela transversalidade (sistematização). No *acórdão,* observou-se a tentativa sistematizadora do caso da discriminação no trabalho em face do preconceito contra os aidéticos, quando há menção à nova roupagem do Código Civil Brasileiro, à necessidade da efetividade constitucional e à realidade da prática social do preconceito em face do aidético e/ou portador de HIV.

Se os princípios são diretrizes irradiantes, a hierarquia axiológica deve iluminar a dinâmica do processo, para que a entrega jurisdicional seja qualificada pela observância do argumento de princípio derivado do conceito aceito pela sociedade de que a discriminação negativa no trabalho deve ser proibida e reprimida, por ser essa atitude a que assimila o valor moral escorreito, a despeito das posturas negativamente preconceituosas existentes na sociedade.

Na casuística referida ao norte, se faz inescapável o enfrentamento da questão se houve abuso do direito potestativo do empregador, com dispensa discriminatória decorrente do preconceito em face de aidético, o que deve ser aferido à luz do valor social do trabalho, da dignidade da pessoa humana, da afirmativa dos direitos sociais, do postulado normativo da igualdade, o que, certamente, é moralmente dominante na sociedade, pois não devemos ser pluralistas no sentido moral, a ponto de acolher que a discriminação negativa possa dignificar e valorizar socialmente o homem.

É necessário assinalar que precisa ficar bem caracterizado o significado prático de discriminação negativa, investigando se determinada conduta é preconceituosa e de característica excludente com relação à raça, ao sexo, à cor, à idade e a outras formas de discriminação, acrescendo-se a isso a comprovação da ocorrência do fato discriminatório, pois a questão em relevo não deve ser depreciada

pela banalização, tampouco deixar de ser caracterizada em face da ausência de percuciência na investigação do fato.

O processo deve ser o mais exato possível, pois a prestação da tutela jurisdicional se qualifica em casos de considerada complexidade, em que há necessidade de se investigar com acuidade, ainda que onere o custo desse processo[87]. É o que deve ocorrer em casos de discriminação negativa no trabalho oriunda de posturas preconceituosas, que requerem compromisso com a qualidade do acervo probatório para se confirmar a ação discriminatória negativa.

Todos os que se indignam e se inquietam com a ineficácia da repressão jurisdicional às atitudes negativamente discriminatórias têm o dever ético de exigir que os jurisdicionados tenham uma prestação jurisdicional qualificada na medida da melhor exatidão possível e permitida pelo Direito. E, em se tratando de discriminação negativa no trabalho, existe a possibilidade interpretativo com o permissivo constitucional consignado pelos princípios e direitos fundamentais.

Concordamos que a dinâmica processual deve ser orientada pelos princípios da igualdade e da equidade, com a ressalva de que as minorias não podem ser discriminadas substantivamente e processualmente, de modo negativo, pois, se assim ocorrer, não temos como falar em igualdade e, tampouco, equidade como desdobramento daquele princípio[88].

Quando fazemos alusão à exatidão processual na medida em que o Direito permite, temos de considerar que a interpretação de casos difíceis deve observar como questão metodológica a trasversalidade do tema em discussão, de modo a extrair a concepção mais condizente com a efetividade dos princípios e direitos fundamentais, explícitos ou implícitos, porque não podemos objetar que o sistema jurídico por si só é incompleto e necessita de abertura para a sua evolução qualitativa, que é diferente de evolução quantitativa pautada na incorporação de infinidade de regras jurídicas.

O intérprete há de conceber o sistema jurídico como um sistema aberto em dois sentidos: da incompletude e provisoriedade do conhecimento científico;

---

[87] Para aprofundamento do tema: DWORKIN, Ronald. Princípio, política, processo. In: DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. pp.105-152.

[88] Idem, passim.

historicidade dinâmica do próprio sistema jurídico[89], o que está sob o manto da assertiva de que o objeto do conhecimento é incognoscível, o que se aplica ao Direito, aberto que é aos demais ramos do conhecimento e que deve ser coerente com a prática social da moralidade.

Para melhor assinalar o sentido da abertura sistemática, no âmbito da discriminação no trabalho, a convergência do conhecimento interdisciplinar é salutar, pois os sujeitos discriminadores e os vitimados pelas posturas preconceituosas e excludentes têm um perfil diferenciado dos atores normais de uma lide trabalhista, que pode ser explicado por diversas disciplinas ancoradas na antropologia, na psicologia, na sociologia etc.

O pensamento sistemático é incrementado com o auxílio do método tópico[90], cuja aplicação, diante de uma situação problema, enseja o viés investigativo volvido para resolver o problema material objeto de tutela jurisdicional, ou, especificamente, em nosso caso, com foco na desproblematização da questão discriminação no trabalho. Essa opção metodológica no ato de interpretar é diferente da iniciativa que se apega à norma processual que deve ser aplicada ao problema ou simplesmente reduzi-lo a possibilidade ou não de reparação, desde que presentes o fato ilícito, o nexo causal e o dano[91].

Inexistindo tal norma, o problema estará formalmente resolvido, a exemplo do que comumente se dá nas lides processuais trabalhistas sobre discriminação no trabalho, quando se aplica esta máxima: "*O ônus da prova cabe a quem alega: ao autor quanto aos fatos constitutivos de seu direito"*, quando deveria haver uma investigação verticalizada para a raíz do problema suscitado e não tratá-lo como uma aporia, no sentido de questão colocada que não se esclarece, ignorando o preconceito existente por parte de alguns em face de outros.

---

[89] CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, op. cit., pp. 106-109.

[90] VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência.* Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2007. pp.33-46. De acordo com o raciocínio central expendido pelo texto em referência, "a tópica é uma técnica de pensamento orientada para o problema, como ponderação dos contrários revelados pela situação problemática, mediante o encontro da indução e da dedução, que se manifesta entre o pensar sistematicamente e o pensar problematicamente, a partir de uma pré-compreensão do problema, com apoio em um repertório de pontos de vista já disponíveis, sobre os quais converge o procedimento (*tópica de segundo grau*). Assim, temos: Problema, topoi, discussão do problema. Quando não há catálogo de topoi, utiliza-se do pensamento dedutivo sistemático, desde que coerente, consistente e não contraditório. A dialética é um bom método para se buscar novas compreensões".

[91] Temos o dever de esclarecer que de forma aparente a noção de problema se contrapõe em Wiekweg à de sistema, o que levaria à distinção entre o modo de pensar sistemático e o modo de pensar aporético. Contudo, para Atienza, toda disciplina surge a partir de problemas e dá lugar a algum tipo de sistema. ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*, op. cit., p.67.

Devemos frisar, entretanto, que a acolhida do método tópico e do pensamento sistemático não está imune a críticas, principalmente o pensamento tópico, ainda que de tais críticas se possam extrair aspectos positivos da tópica, cujas premissas devem ser constantemente objeto de reflexão no sentido do aperfeiçoamento ou superação, pois, como tudo na vida e na história da humanidade, o aperfeiçoamento e a superação acumulada das experiências cognitivas, em qualquer ramo de conhecimento, são variáveis submetidas à constante racionalidade.

Para alguns, a tópica seria uma tentativa de revitalizar a dimensão jusnaturalista da dogmática jurídica, com fundamento na conexão entre o pensamento argumentativo, a dogmática jurídica e os processos de interpretação da lei, com a característica de prestar culto ao método, sendo incerta, contraditória e vacilante, posto que faz referência ao cartesianismo como fundamento da ciência, de tal maneira que o método tópico é insuficiente por desconsiderar as condições políticas que condicionam a resposta da questão problematizada, com priorização essencial ao manejo da linguagem, com metáforas e crenças derivadas do senso comum[92].

Apesar de tal crítica, comungamos da ideia de que a tópica, ao priorizar a problematização em torno de um caso jurídico, tendo por consequência diversas premissas para o equacionamento do problema, não está reverenciando de modo preliminar o método lógico-dedutivo, que em algum momento do discurso judicial poderá se fazer presente, o que não significa que seja algo objetável pelo ato de interpretar o Direito, desde que se apóie em uma teoria interpretativa construtiva, consistente e consentânea com os princípios de moralidade de uma comunidade personificada historicamente, traduzidos de algum modo pela Carta Política.

Ao fazermos reverência ao pensar problemático com o auxílio da técnica metodológica tópico-sistemática, devemos, por imposição ética, fazer referência ao momento crítico de Canaris em face da tópica, para o qual a definição da tópica como “a técnica do pensamento problemático não acrescentou muito à ciência do Direito, na medida em que todo pensamento científico é em geral problemático – pois um problema nada mais é do que uma questão cuja resposta não é, de antemão, clara”, admitindo, entretanto, o método tópico como auxiliar para “cuja

---

[92] WARAT, Luis Alberto. *O Direito e Sua Linguagem.* Colaboração de Leonel Severo Rocha. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

interpretação o direito positivo não compreenda valorações", nos casos legalmente lacunosos[93].

Apesar das críticas apontadas para o pensamento tópico, Atienza destaca aspectos positivos do método, o qual aproveita para a construção de sua proposta a respeito de uma teoria sobre a argumentação jurídica. O autor afirma que a tópica permite explicar certos aspectos do raciocínio jurídico que passam despercebidos quando há uma abordagem por uma vertente exclusivamente lógica, permitindo raciocinar onde não cabem fundamentações conclusivas e explorar no raciocínio jurídico os aspectos que permanecem ocultos se examinados de uma perspectiva exclusivamente lógica[94].

Para Atienza a obra de Viehweg contém algo importante, conforme suprarretratado. Ademais, devemos considerar que o elemento problematizador da tópica não exclui qualquer possibilidade de racionalidade jurídica – motivo de crítica de Atienza –, que poderá ser consequência de caráter indutivo, ou dedutivo ou dialético, com justificativa de teor moral.

2.4 Considerações Críticas Sobre a Racionalidade Jurídica e a Discriminação no Trabalho

Incorporamos a tese de que o método tópico atua como auxiliar no processo interpretativo e permite pensar, refletir, questionar problematicamente sobre uma situação fática controvertida, levada à apreciação da tutela jurisdicional do Estado, cuja decisão deverá ser mais correta do ponto de vista da racionalidade.

Ademais, perfilhamos o entendimento de que a concepção que está na base da argumentação jurídica é de cunho político e moral, em que se vislumbra uma teoria interpretativa, a qual arrasta o método mais apropriado para a interpretação do Direito sob a melhor luz. Verberando de outro modo: o método tópico-sistemático terá melhor sustentação teórica a partir de uma racionalidade

---

[93] CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, op. cit., p.246-270.

[94] ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*, op. cit., p.72. De acordo com o autor em comento, há um exagero na contraposição entre pensamento tópico e pensamento sistemático, na medida em que a noção de sistema axiomático ou de dedução é mais estreita que as utilizadas pelos lógicos e que estes não parecem ter inconveniente em reconhecer a importância da tópica no raciocínio, mas sem que isso signifique prescindir da lógica.

substantiva de cunho moral, o que deve ser verificado na prática social da sociedade, ainda que não haja procedimento institucionalizador de tal prática.

O pensar problemático nos permite a tempestade cerebral que dinamiza o ato interpretativo com o devido enquadramento da norma ao problema e não do problema à norma; por outras palavras: ao invés de perguntar qual a norma que ampara a questão, pergunta-se: quais as implicações, as particularidades do problema posto e as alternativas que se apresentam para resolvê-los e que teoria interpretativa pode sustentar tal método de deslinde de casos judiciais complexos?

A utilização do método tópico, de modo algum, descarta o raciocínio indutivo, tampouco o dedutivo ou premissas da lógica formal, que não devemos ter receio em afirmar que utilizamos no cotidiano, pois alguma racionalidade é necessária, de outro modo seríamos céticos a ponto de desprezar o Direito fundamentado pela logicidade racional tradicional, desde que tenhamos a convicção de que a racionalidade a ser priorizada seja substantivamente apoiada em uma teoria interpretativa de conteúdo moral e político.

Apesar disso, não se deve considerar a prevalência do método como instrumento apto a domar a fluida irracionalidade da realidade concreta, mas considerar a interpretação mais acertada sobre as questões problemáticas reais, de modo a que isso resulte em decisões fundamentadas com substancialidade, com o encontro do intérprete ao modo de ser do fenômeno jurídico[95].

É necessário estar atento para os diversos tentáculos que se estendem de um caso concreto pensado problematicamente em face de sua complexidade e de sua abertura sistemática. Esse é o caso da discriminação no trabalho, que se trata de uma matéria complexa, a qual se espraia para o vasto campo do sistema jurídico e outros sistemas, dada a sua característica transdisciplinar[96]. Com a metodologia tópico-sistemática se permite adequar a norma ao problema posto para ser interpretado e não o inverso.

---

[95] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*, op. cit., p.153.

[96] Conforme o pensamento de Zabala, em argumentos dispersos ao longo de seu livro, três formas de relações disciplinares podem ser trabalhadas: multidisciplinaridade, interdisciplinaridade e transdisciplinaridade. Pela multidisciplinaridade, a organização dos conteúdos é apresentada por matérias independentes uma da outra; na interdisciplinaridade, há interação entre duas ou mais disciplinas, com integração recíproca de conceitos, metodologia, teoria do conhecimento etc...; e, na transdiciplinaridade, busca-se o grau máximo de relações entre as disciplinas, de forma globalmente integrada, no contexto de um ambiente totalizador. ZABALA, Antoni. *A Prática Educativa: Como Ensinar*. Trad. Ernani. F. da Rosa. Porto Alegre: Artmed, 1998, pp. 143 e ss.

Embora se possa conferir importância à afirmativa de que a questão central da metodologia jurídica é a racionalidade da decisão judicial, com que se há de concordar com a devida ressalva, não devemos ignorar que o processo decisório deve ter substância, de tal modo que o procedimento a ser utilizado seja o mais adequado para conferir efetividade aos princípios e direitos fundamentais, como o direito de não ser negativamente discriminado, que deriva do princípio de moralidade política de que todos devem ser tratados com consideração e respeito.

Para melhor ilustrar o raciocínio expendido, volvemos para a sentença judicial exarada em face do pleito da reclamante por indenização por danos sofridos em face da dispensa por ser portadora do vírus HIV. Consoante a decisão judicial da Vara de Trabalho, a reclamante aidética só faria jus ao pleito indenizatório se estivessem presentes três elementos conjugados: o fato ilítico, o dano e o nexo causal.

A partir dessa premissa, certamente se poderá construir uma decisão pautada na racionalidade jurídica, mediante um raciocínio dedutivo de enquadramento do problema controvertido aos lindes da lei. Mas, essa pode não ser a melhor racionalidade jurídica que justifique o fundamento do Direito.

O magistrado decidiu pautando-se nas provas produzidas, máxime o laudo pericial que constatou a existência do vírus HIV, afirmando a possibilidade de controle da doença e a capacidade laborativa da reclamante.

As provas devem ser consideradas, não há qualquer dúvida quanto a isso, a questão reside na valoração das mesmas, que deve considerar que a discriminação negativa tem fulcro moral, razão pela qual os argumentos morais não podem ser desprestigiados.

O pensar problemático do magistrado, tendo por pressuposto a norma existente sobre reparação do dano, primou pela pesquisa em torno da existência conjugada do fato ilícito, do dano e do nexo causal, capazes de ensejar a reparação.Em contraponto a isso, a racionalidade da decisão judicial poderia ser construída a partir da problematização sobre a melhor forma de se apurar com acuidade, tendo por baliza os princípios e direitos fundamentais, a dispensa discriminatória. Certamente, a apuração deve passar pela fluência dos argumentos de princípios com base na moralidade sem a preocupação com filtros procedimentais de algumas regras processuais.

O raciocínio dedutivo, em resposta à questão levantada pelo magistrado de primeira instância, seria de que, tendo um laudo pericial, que é uma prova técnica processualmente robusta, atestando que não houve dano que possa ser imputado ao empregador, não há fato ilícito, logo, não há que se falar em reparação, pois assim determina expressamente a regra jurídica. Logo, por essa percepção dogmático-racional, não houve e jamais haverá discriminação no trabalho. Realmente, há uma crise de percepção.

Diferentemente, o *acórdão* partiu da premissa de que há preconceito com relação ao aidético pelo indivíduo, pelo grupo e pela sociedade, de tal modo que o portador de HIV é detentor implícito da garantia de emprego, o que caracteriza a sua dispensa, ainda que sem justa causa, como de natureza discriminatória, o que confere direito à reparação pelos danos sofridos.

A melhor aferição da postura discriminatória deveria envolver profissionais especialistas de diversas áreas do conhecimento, pois, no laudo pericial que serviu de lastro à decisão de primeira instância, não se faz referência aos danos psicológicos sofridos, só para exemplificar, ou seja, é possível que houvesse alguma pré-compreensão sobre isso por parte do magistrado, que, como um ser humano, é portador de valores construídos pelas experiências vividas, impeditivas do pensar tópico-sistemático, que deve ser sustentado por uma teoria da interpretação jurídica de natureza substantiva. Mas, para confirmarmos essa afirmação, precisamos perpassar de forma crítica pelo discurso judicial pautado na racionalidade legitimada pelo procedimento.

III – RACIONALIDADE PROCEDIMENTAL NA VISÃO DE ROBERT ALEXY

No capítulo anterior, argumentamos que o pensar problemático com o auxílio do método tópico-sistemático é de relevante importância para a interpretação de casos jurídicos complexos, nos quais está esquadrinhado o tema discriminação no trabalho, categorizado como um caso difícil, uma questão complexa, da estatura de direito fundamental, princípio fundamental e de interesse público.

Fizemos menção ao método interpretativo tópico-sistemático, cujo aspecto problematizador já remonta há séculos, embora em condições históricas totalmente díspares da atualidade, que se caracteriza por uma realidade de elevada complexidade, em que se sobressai a transversalidade de alguns temas como a discriminação no trabalho.

No presente capítulo, tratamos do modelo legitimado pelo procedimento, elegendo como principal autor Robert Alexy. Para esse intento, iniciamos o nosso escorço intelectual com considerações sobre a crítica desse autor à tópica e ao pensamento sistemático.

Em passo seguinte, mas no contexto da discussão suprarreferida, abordamos criticamente a postura de Alexy em face da tópica, de modo a melhor situar o presente capítulo no conjunto geral da obra até aqui trabalhada.

Feitos tais prolegômenos, adentramos nas características relevantes do modelo teórico proposto por Robert Alexy, analisando criticamente as concepções básicas de um Estado Democrático de Direito, que reclamam a máxima de proporcionalidade e ponderação de valores e princípios constitucionais.

Discorremos sobre a importância dos princípios de acordo com a teoria de argumentação e interpretação jurídica de Alexy, para a estruturação de uma decisão judicial com racionalidade procedimental.

Destacamos ainda a questão do procedimento como metodologia adotada por Alexy para suprir as lacunas das regras jurídicas e indeterminação dos princípios, que, segundo sua teoria, asseguraria uma razão prática.

Ao final do capítulo em relevo, nos propomos a analisar criticamente o modelo legitimado pelo procedimento, de acordo com a proposta de Robert Alexy, no que concerne à aplicação na desproblematização de um caso complexo ou difícil como a discriminação no trabalho.

3.1 Crítica de Alexy ao Método Tópico e ao Pensamento Sistemático

Gianbattista Vico, se opondo criticamente à razão cartesiana, afirmava que tal racionalidade se contrapunha ao engenho inventivo da retórica tópica de pensar problematicamente, com a congruência dos pensamentos tópicos e sistemáticos, para encontrar o verossímil e o novo em contraponto à garantia falível da verdade apregoada pela certeza do método cartesiano[97].

Aristóteles já propunha o raciocínio sobre problemas a partir de opiniões dominantes, priorizando o processo indutivo e dialético em face do intercâmbio constante entre o geralmente aceito e as premissas universalizadas diante das atualizações necessárias[98].

Tais considerações demonstram a ancestralidade do método referente ao pensamento tópico-problemático. Doravante, importa desenvolvermos a argumentação sobre o discurso judicial mais adequado para se tratar do tema discriminação negativa no trabalho, que extraia a sua melhor concepção interpertativa.

Para atender a esse desiderato, tratamos de elementos teóricos relativos ao discurso racional procedimental, inerentes ao modelo de argumentação jurídica construída por Robert Alexy, um dos procedimentalistas mais comentados pela doutrina hodierna.

Para melhor qualificar a análise do discurso racional apregoado por Alexy, entendemos ser oportuno e conveniente resumir a análise crítica que este autor faz com relação à tópica e ao pensamento sistemático[99], dada a nossa posição anteriormente esposada pelo entendimento de que o método tópico-sistemático, mediante o pensar problemático, é uma alternativa procedimental adequada para o enfrentamento de um caso difícil como a discriminação no trabalho.

Essa alternativa procedimental a que fizemos menção não significa que entendemos ser suficiente a adoção de regras procedimentais para o ponto culminante do ato interpretativo, sob a melhor luz do Direito, dos casos difíceis como a discriminação no trabalho.

---

[97] VICO, Giambattista. *Princípios de (uma) ciência nova: acerca da natureza comum das nações*. 3.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p.XI. (Coleção Os Pensadores)

[98] ARISTÓTELES. *Tópicos; Dos argumentos sofísticos*. São Paulo: Abril, 1978. p.5 e ss. (Coleção Os Pensadores)

[99] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. pp.30-36.

Ao contrário, somos pela compreensão de que qualquer método procedimental a ser adotado, e, para nós, é o método tópico-sistemático, deve estar sustentado por uma teoria interpretativa que reflita os fundamentos do direito, levando uma decisão judicial a sua melhor justificativa.

De acordo com Alexy, com apoio em Karl Larenz, a lógica de aplicação da lei se dá, também, sob conceitos superiores abstratamente formulados, em razão dos seguintes motivos: a) a imprecisão da linguagem do Direito; b) a possibilidade de conflitos entre as normas; c) é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente; d) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto[100].

O autor destaca a imprecisão do Direito, que provoca resultados judiciais incompatíveis, de acordo com o ponto de vista do intérprete, ressaltando, assim, a fraqueza dos cânones de interpretação, que são insuficientes para a justificação de julgamentos jurídicos.

Podemos assegurar que, nos termos da assertiva acima, há uma preocupação em justificar os julgamentos, dada a característica imprecisa do Direito, e, como veremos, para Alexy, a melhor justificação se dará por um modelo procedimental denominado de regras/modelos/procedimento.

Diferentemente de Alexy, temos a teoria da integridade de Ronald Dworkin que abordamos adiante com a percuciência apropriada , que sustenta ser a melhor justificativa das decisões aquela baseada em princípios de moralidade política, aos quais a interpretação de casos difíceis deve guardar coerência, de maneira que, em se tratando de direitos individuais categorizados como questões de princípios insensíveis à escolha política, reste consagrado o princípio de que todos devem ser tratados com consideração e respeito, como revelado nos primórdios dessa empreitada jurídica.

Para Alexy, não existem critérios rigorosos que indiquem como os princípios em um sistema, conforme concebido por Canaris, podem ser estabelecidos, pois não seguem logicamente normas pressupostas, trazendo problemas para a justificação de julgamentos jurídicos[101].

---

[100] Idem.p.17 .
[101] Ibidem, p. 19 .

Prossegue o autor, afirmando que o sistema axiológico-teleológico em si não permite decisão única sobre o peso e o equilíbrio dos princípios jurídicos em dado caso ou sobre a quais valores particulares deve ser dada prioridade em qualquer situação particular.

Todavia, acrescenta Alexy, não se pode descartar a possibilidade de se basear os argumentos em um sistema axiológico-teleológico, considerando que os julgamentos de valor se tratam de uma tese muito fraca de que eles são moralmente relevantes, ainda que a tomada de decisão deva ser orientada por julgamentos de valor moralmente correto, sob o ponto de vista jurídico.

Verifica-se que o autor em tela não se afasta totalmente do pensamento sistemático formatado por Canaris, tampouco desconsidera a aproximação entre Moral e Direito, embora não revele um posicionamento firme de que os valores dizem respeito à moralidade de uma comunidade historicamente personificada, tal qual apregoa Dworkin ao discorrer sobre a integridade do Direito, assunto a ser tratado com minudência no capítulo seguinte.

Para melhor explicar a relação suscitada entre princípio, valor e moral podemos ilustrar que há um consenso conceitual de que a não-discriminação negativa no trabalho é um princípio fundamental e não ser negativamente discriminado é um direito fundamental, sendo que a esse princípio e direito fundamental está associado o valor justiça no sentido de combater, repelir, objetar o preconceito negativo discriminatório, por ser essa a postura moral correta, de tal modo que deve haver uma concepção do Direito que se apresenta com mais coerência e ajuste aos princípios fundamentais, aos direitos fundamentais e aos princípios de moralidade.

A aproximação de Alexy ao pensamento sistemático, apesar das críticas, reforça a tese até então sustentada, da relevância desse modo de pensar o Direito em conjunto com o pensamento tópico, como método para o equacionamento fundamentado de temas complexos como a discriminação no trabalho, desde que com a devida justificação, que em nossa compreensão não se afasta de motivações políticas e morais, que de alguma maneira são traduzidas em valores, princípios e direitos fundamentais em nossa Carta Política.

Feitas as considerações voltadas especialmente para o pensamento sistemático e para melhor fundamentar a sua construção jurídica a respeito do discurso racional mais apropriado para a justificação das decisões judiciais, Alexy,

inicialmente, apresenta de modo sintético a tópica, qualificando-a como uma teoria, da seguinte maneira: 1) técnica de buscar premissas para um argumento; 2) teoria quanto à natureza das premissas; 3) teoria sobre a aplicação das premissas nos argumentos justificativos da lei[102]-[103].

Alexy ressalta a importância do que denomina de teoria dos tópicos como teoria da natureza das premissas, em face da característica de que as proposições de que se parte não são verdades provadas, tampouco arbitrárias, mas proposições plausíveis, razoáveis, geralmente aceitas ou prováveis.

Apesar de ressaltar esse aspecto positivo da tópica, o autor, no entanto, a considera generalizada demais porque não diferencia entre as várias premissas necessárias para o processo de justificação jurídica das decisões e, além disso, questiona o que seria foro de controle, quando Viehweg diz que "a discussão aparentemente permanece o único foro de controle"[104].

Para Alexy, a tópica precisa de regras que sejam seguidas, de modo a configurar um cunho racional à discussão, sem subestimar a importância da lei, da dogmática e dos precedentes.

Observa-se na referência crítica de Alexy à tópica um ressalto relevante para que haja uma complementação à tópica, por ele qualificada de teoria, mediante o estabelecimento de regras que minimizem a sua generalidade, visto que o processo de justificação jurídica reivindica maior precisão e, por outros termos, maior racionalidade procedimental, o que é sinalizado por Alexy quando questiona sobre o que seja foro de controle discursivo, revelado pela teoria tópica, conforme sua denominação.

---

[102] Ibidem, p. 31

[103] No capítulo II, ao tratar da Racionalidade Jurídica, com destaque para o método tópico-sistemático, tratamos a tópica como método e não como teoria, pois entendemos que a sua aplicação no que concerne à problematização requer uma teoria que o sustente, a qual deve estar fincada em bases de moralidade política. Por oportuno, trazemos a lume uma distinção entre metodologia e teoria. **Metodologia**: 1 – O estudo dos métodos (procedimentos) ou princípios utilizados em determinada disciplina organizada para ordená-las; 2 – Os próprios princípios de um sistema organizado; 3 – O ramo da lógica que formula ou analisa os princípios envolvidos em se chegar a inferências lógicas e em formar conceitos; 4 – Os procedimentos utilizados numa disciplina através da qual se consegue o conhecimento. **Teoria**: 1 – A apreensão das coisas nas suas relações universais e ideais umas com as outras; 2 – Um princípio abstrato ou geral que faz parte de um corpo de conhecimentos. Estas apresentam uma visão clara e sistemática do assunto. Por exemplo: uma teoria da arte ou a teoria atômica; 3 – Um princípio geral, abstrato, idealizado ou natural; 4 – Uma hipótese, suposição ou construção, pressuposta como verdadeira, sob cujas bases fenômenos podem ser previstos ou explicados e a partir das quais mais conhecimentos podem ser deduzidos. GILES, Thomas Ranson. *Dicionário de Filosofia*, op. cit.

[104] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica,* op. cit., p.32.

Percebemos na brevíssima crítica de Alexy à tópica um certo apreço pelos juízos de probabilidade ou verossimilidade, resultante da aplicação do pensar problemático tópico, o que reforça o nosso entendimento de que, em casos judiciais como a discriminação no trabalho, pensar problematicamente sobre o mesmo com a devida sistematização ao ordenamento constitucional e apoio, conforme a complexidade da matéria, em conhecimentos transversais, traduz-se em método apropriado para o melhor deslinde da questão, desde que justificada por uma teoria interpretativa substancial.

Impende assinalar que a racionalidade a ser buscada de modo a concretizar uma decisão mais correta, fundamentada em princípios e direitos fundamentais justificados por princípios de moralidade política, resultará em uma resposta que é a verdade que se obtém ou a resposta certa sob o ponto de vista do padrão moral escorreito.

Nas suas considerações introdutórias, Alexy se apóia nas premissas de Karl Larenz, especialmente a respeito da imprecisão da linguagem jurídica, do conflito entre normas, inexistência de norma jurídica para um dado caso jurídico e decisões contrárias aos textos jurídicos. Karl Larenz, por sua vez, demonstra certo apreço à tópica, como se passa a expor[105]:

> (...) é missão dos tribunais decidir de modo justo os conflitos trazidos perante si e, se a aplicação das leis, por via do procedimento de subsunção, não oferecer garantias de uma tal decisão, é natural que se busque um processo que permita a solução de problemas jurídicos a partir dos dados materiais desses mesmos problemas, mesmo sem apoio numa norma legal. Esse processo apresentar-se-á como um tratamento circular, que aborde o problema a partir dos mais diversos ângulos e que traga à colação todos os pontos de vista – tanto os obtidos a partir da lei como os de natureza extrajurídica – que possam ter algum relevo para a solução ordenada da justiça, com o objetivo de estabelecer um consenso entre os intervenientes. Como modelo histórico de um tal procedimento, recomendou Viehweg a tópica, no seu escrito sobre a jurisprudência dado pela primeira vez à estampa em 1953.

Vislumbra-se em Larenz a possibilidade de as lacunas do direito positivado serem superadas pela problematização da questão jurídica complexa levada à apreciação jurisdicional. No entanto, para Alexy, há necessidade de regras

[105] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, op. cit., pp.201-202.

procedimentais corretivas do discurso judicial, embora tenha partido de Larenz para tracejar a sua análise crítica à tópica.

Perfilhamos o entendimento de Larenz, somente no aspecto referente ao pensar problemático-tópico; afinal, se a questão é complexa, como restou argumentado ser o tema discriminação no trabalho, devemos enfrentá-la com a problematização devida, de modo a garantir o direito substancial de não ser negativamente discriminado.

O que não se pode é apelar para normas de índole processual e/ou infraconstitucional com o objetivo de pôr termo à lide processual, sem a apreciação meritória diligente, sob a melhor luz interpretativa do Direito, considerado como um sistema aberto ao conhecimento transversal, inclusive, em apologia a melhor exatidão processual, ainda que isso se apresente de forma aparente como um óbice intransponível para o exercício da magistratura, a contar, entre outras coisas, com a estrutura existente e a assoberbada quantidade de processos a julgar, em que o tema discriminação é um item sem muita importância nos autos.

3.2 O Ponto de Partida de Alexy

Ao contrário do que muitos possam de forma açodada supor, Alexy demonstra apreço crítico aos postulados teóricos de Habermas, assim como é explícito em salientar a importância dos princípios kantianos da universalidade e da autonomia[106].

Pelo princípio da universalidade, todos os homens têm determinados direitos, como, por exemplo, o direito de não ser negativamente discriminado no trabalho, de tal modo que essa premissa não possa ser objeto de invalidação em qualquer contexto. Veremos que a universalidade referida por Alexy diz respeito à aplicabilidade de regras procedimentais.

A autonomia privada trata da escolha individual de cada um e da realização da concepção pessoal do bem, acrescentando, de acordo com a nossa concepção moral, desde que tal escolha não se baseie em critérios negativamente

---

[106] Sobre a defesa da posição fundamental kantiana por Alexy, consultar: ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito*. Trad. Luis Afonso Hack. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000. pp.101-102.

preconceituosos, enquanto que, na autonomia pública, direitos do homem e democracia estão necessariamente unidos.

Esses princípios kantianos invocados por Alexy também podem ser encontrados no formato teórico interpretativo de Ronald Dworkin, em razão da universalidade do princípio do tratamento com igual consideração e respeito, que requer a tolerância devida com as diversidades, especialmente aquelas que se referem aos mais vulneráveis, de tal modo que, a princípio, podemos afirmar que a eficácia de direitos individuais pressupõe o caminhar inseparável da igualdade com a liberdade.

Cumpre-nos elucidar, entretanto, que a universalidade encontrada em Dworkin diz respeito a princípios substanciais, enquanto que, em Alexy, refere-se a princípios procedimentais. Aliás, não é raro, no ambiente doutrinário do Direito, opor de forma diametral as posições de Ronald Dworkin e de Robert Alexy, classificando o primeiro de universalista e não-positivista, e o segundo, de positivista. O nosso trabalho não tem a pretensão de discutir universalismo e multiculturalismo, tampouco, aprofundar a distinção entre Direito natural e Direito positivo, assunto que pode ser verificado, por exemplo, em Bobbio[107].

Para nós, os direitos humanos são melhor assegurados pela concepção derivada da democracia substancial ou material, em que o catálogo de direitos fundamentais formalizados está aberto para recepcionar outros direitos também fundamentais, ainda que não inscritos no texto constitucional.

Em se tratando de direitos relativos à individualidade humana, que em nossa carta política tem forte representação pelos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da não-discriminação negativa, essa abertura se dá com maior veemência.

Na defesa da posição fundamental kantiana em prol dos princípios acima referidos, Alexy assevera que o desenvolvimento pleno das autonomias só é

---

[107] Remetemos a leitura à obra BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Compiladas por Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. pp.22-23. Bobbio destaca seis critérios de distinção entre direito natural e direito positivo, dentre os quais: a) o primeiro se baseia na antítese universalidade/particularidade e contrapõe o direito natural, que vale em toda parte, ao positivo, que vale apenas em alguns lugares; b) o segundo se baseia na antítese imutabilidade/mutabilidade: o direito natural é imutável no tempo, o positivo muda; c) o modo pelo qual o direito é conhecido; o direito natural é aquele que conhecemos através de nossa razão; O direito positivo, ao contrário, é conhecido através de uma declaração de vontade alheia; d) os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos, enquanto para o direito positivo é justo e útil aquilo que é ordenado, injusto o que é vetado.

possível em um Estado Democrático de Direito, no qual há guarida para os direitos fundamentais do gênero humano, com o que concordamos.

Para o desenvolvimento pleno das autonomias em um Estado Democrático de Direito, Alexy propõe-se a construir uma teoria do discurso procedimental da correção prática, que deve fundamentar as regras do discurso prático e justificar os direitos fundamentais, o que o faz através da obra *Uma Teoria da Argumentação Jurídica*[108].

Nesse ponto, temos uma ressalva preliminar com relação à assertiva de que a justificativa dos direitos fundamentais deva priorizar a correção prática através de regras procedimentais, pois, desde o limiar de nosso trabalho, defendemos os argumentos de princípios relativos a direitos individuais como melhor justificativa para as decisões judiciais, a partir da problematização do tema levado à discussão jurisdicial, ao qual, por arrastamento, se incorpora o procedimento.

O autor em destaque sustenta que as ideias a seguir indicadas expressam os ideais liberais da universalidade e da autonomia: a) cada um que pode falar tem permissão de participar em discursos; b) cada um tem permissão de pôr em questão cada afirmação; c) cada um tem permissão de introduzir no discurso cada afirmação; e d) Cada um tem permissão de manifestar suas colocações, desejos e carências. Nenhum falante pode, pela coerção dominante dentro ou fora do discurso, ser impedido nisto, de salvaguardar os direitos determinados acima[109].

No rastro de tais premissas, não podemos perder de vista que estamos trabalhando com discriminação negativa no trabalho, de estatura moral ímpar. Na verdade, em um ambiente discursivo, muitos que devem falar são impedidos de fazê-lo por motivos diversos.

Para melhor ilustrar, em um caso de discriminação negativa no trabalho, em se tratando do ordenamento jurídico brasileiro, entendemos que o Ministério Público do Trabalho deveria se manifestar sempre e jamais ser ignorada a sua participação por regras regimentais. Ademais, outros profissionais deveriam participar do processo, dada a transversalidade ou interdisciplinaridade do mesmo. Não havendo manifestação de quem deveria se manifestar, as premissas consequentes às primeiras invocadas por Alexy soçobram sob os escombros do procedimento.

---

[108] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*, op. cit., pp.179-274.
[109] ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito,* op.cit., pp.103 e ss.

Alexy, além de se fundamentar e defender a fundamentação dos postulados kantianos da universalidade e da autonomia, abebera-se de forma crítica, outrossim, nos ensinamentos de Habermas, a respeito do discurso racional vocacionado ao entendimento, em que a linguagem exerce forte influência para a correção procedimental das decisões, mediante argumentação jurídica[110]-[111].

Para Habermas, o entendimento mútuo mediante os processos comunicacionais deve propiciar a estabilização do espaço público intersubjetivamente partilhado, de tal modo que a argumentação atua de forma a cooperar com a verdade, pró ou contra as pretensões de validade, de tal modo que o verdadeiro corresponde a um enunciado que pode ser justificado em uma situação de fala ideal e racionalmente aceito em circunstâncias ideais[112].

Entendemos, todavia, que a estabilização do espaço público se encontra fincada na prática jurídica moralmente compartilhada pela sociedade historicamente personificada, de tal modo que as questões jurídicas de natureza moral devem ser enfrentadas por discursos judiciais que permitam a fluência dos argumentos de princípios morais, sem filtros linguísticos legitimados por procedimentos institucionalizados.

A teoria discursiva da verdade se escora na assertiva de que o verdadeiro deve ser defendido em todos os contextos e contra quem quer que seja, desde que os participantes do discurso sejam iguais, respeitadas as seguintes características da dinâmica discursiva: publicidade e inclusão, participação com direitos iguais para todos, imunização contra coerções internas e externas, como também a orientação dos participantes pelo entendimento mútuo (ou seja, por proferimentos sinceros)[113].

---

[110] ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso*, op. cit., pp.128 e ss. De acordo com Alexy, para Habermas, a busca da correção das decisões com certeza jurídica, para satisfazer a pretensão de legitimidade do ordenamento jurídico, gira em torno dos conceitos de coerência, de princípio, do discurso de aplicação, da conveniência, do paradigma e do discurso. A coerência significa a reconciliação entre razão e autoridade, mediante pessoas e procedimentos, mas tal coerência não pode solucionar sozinha o problema da aplicação do direito racional, pois somente a argumentação jurídica fundada em princípios a leva à eficácia, uma vez que situada entre o institucional-histórico e o correto-racional.

[111] ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*, op. cit., pp.233 e ss. Para Habermas, de acordo com a leitura de Atienza, o discurso é uma série de atos de fala, uma forma de comunicação em que todos os participantes se submetem à coação não-coativa do melhor argumento, com a finalidade de chegar ao consenso racional sobre as questões problemáticas. Atienza assegura que as exigências de simetria e liberdade, propostas por Habermas, constituem o conteúdo das regras do discurso racional que Alexy denomina regras de razão.

[112] HABERMAS, Jurgen. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos.* Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004. pp.249-251.

[113] Idem, p. 254.

Todas as premissas acima levantadas são importantes para o processo de argumentação jurídica engendrado em um discurso judicial que visa a extrair a concepção interpretativa do Direito posto à apreciação jurisdicional, mas, na medida em que o discurso racional vocacionado ao entendimento ou à aceitabilidade idealmente justificada, se faz limitar pelas amarras procedimentais, as características acima elencadas perdem em substância.

Podemos ilustrar a afirmação supra, considerando um processo judicial sobre discriminação negativa no trabalho, em que quase sempre o Ministério Público do Trabalho não é ouvido, em razão de uma regra procedimental, portanto, não há que se falar em plena publicidade. Ademais, na arregimentação do acervo probatório, o vitimado pela discriminação negativa é tratado de forma desvantajosa pelas regras processuais tradicionais e regularmente aplicadas, daí a dificuldade de concreção da igualdade processual.

Certamente, o processo discursivo deve ter um termo final e não se prolongar infinitamente, pois as questões devem ser resolvidas de modo a minimizar a tensão entre a certeza da ação e a validade de uma decisão, ocasião em que os participantes do discurso judicial partilharão de forma intersubjetiva de um único mundo, determinado pelo processo linguístico[114].

Habermas sustenta que a correção de juízos morais se estabelece da mesma forma que a verdade de enunciados descritivos — pela argumentação —, com a exposição de todas as razões disponíveis, que é o teste de validade dos enunciados, sendo que, às pretensões de validade moral, falta a referência ao mundo, característica das pretensões de verdade, de tal modo que o sentido de correção reduz-se a uma aceitabilidade idealmente justificada. Pois, ao construir um mundo de relações interpessoais bem-ordenadas, contribuímos, nós mesmos, para preencher as condições de validade dos juízos e normas morais, pontua Habermas[115].

Nesse passo, observamos a imposição de um filtro à moralidade, pela teoria discursiva da verdade de Habermas, que propõe um procedimento generalista para a correção dos juízos e normas morais. A isso, Alexy se propõe a particularizar

---

[114] Ibidem. Segundo Habermas, **"**no decorrer de um processo de argumentação, os envolvidos se convencem de que, dispondo de todas as informações pertinentes e depois de pesar todas as razões relevantes, esgotaram o potencial de objeções possíveis, não há motivos para continuar a argumentação. Tão logo se dissipem as divergências entre 'nós' e 'os outros' a respeito do que é o caso, o 'nosso' mundo pode se fundir com 'o' mundo" p.256-257.

[115] Ibidem, pp. 279-280.

o procedimento, ainda que ressalte a importância dos princípios na interpretação de casos difíceis, o que implica na existência de uma filtragem mais acentuada com relação às normas morais, ao nosso entender.

Alexy, inspirando-se nos postulados de Habermas, antes referidos, nos remete a uma ilação preliminar de que a racionalidade procedimental sobrepuja o discurso moral, o que nos leva ao encontro de uma situação dúbia, na medida em que o discurso moral no âmbito do Direito é admitido em parte, nem tanto e nem sempre, pois não é o acervo moral que fundamenta o Direito, somente parte dele, ou seja, aquele legitimado pelo procedimento democrático[116].

Perfilhamos o entendimento de que questões de profundidade moral, como a discriminação negativa no trabalho, devem ser enfrentadas, especialmente, por argumentos morais, como questões de princípios vinculadas a direitos fundamentais, e a argumentação não pode ser filtrada por fases procedimentais, para que sejam legitimadas pelo ordenamento jurídico, pois a legitimação deste repousa, pela tese que esposamos, nos princípios de moralidade política, cuja formatação constitucional se vislumbra por princípios e direitos fundamentais.

Alexy assinala que a construção de princípios como mandamentos de otimização, com sua inclusão em uma análise-custos-utilidades, leva à inclusão de critérios relativos à racionalidade econômica do Direito e esse é o sentido, assim como a possibilidade de colisão entre direitos individuais e bens coletivos, contexto no qual, acredita o autor, pode haver perigo de forte contenção de direitos individuais[117].

O autor reforça a sua tese de argumentação jurídica, ao defender que devemos aproveitar os ensinamentos da hermenêutica antiga de consideração de todos os pontos de vista, mas com a obrigatoriedade de identificação dos pontos de

---

[116] ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso*, op. cit., pp.128 e ss.

[117] Idem, pp.131-132. Nesse passo, Alexy diz que “o critério de racionalidade econômica corresponde ao princípio da proporcionalidade do direito constitucional alemão, que diz que uma intervenção em direitos fundamentais somente sob três pressupostos é admissível: ele deve, primeiro, no fundo, ser idôneo para obter o objetivo com ele perseguido; segundo, deve ele, para isso, ser necessário, isto é, não deve existir nenhum meio mais atenuado, menos interveniente; terceiro, ele deve ser proporcional, o que significa que os fundamentos justificadores da intervenção devem pesar tanto mais gravemente quanto mais intensiva é a intervenção. Para Habermas, “na conexão de fundamentação concreta de uma decisão do caso particular”, nada pode “impor-se contra cada bem coletivo”, em que ele realça que um tal retroceder pressupõe que “a primazia de um objetivo coletivo, por sua vez, pode ser justificada na luz de princípios”, porque, “por fim, somente são direitos que no jogo da argumentação podem triunfar”. Para Alexy, o perigo de uma contenção muito forte de direitos individuais em favor de bens coletivos existe, de fato.

vistas a serem considerados, que resulte em uma decisão procedimental de cunho universalista.

Por esse diapasão, novamente nos deparamos com a aproximação e a simpatia de Alexy pelo aspecto problematizador do método tópico, a que o autor denomina de teoria, à qual tece críticas denominadas pelos termos vazia e equívoca, com o objetivo de indicar que há necessidade de se construir regras procedimentais de caráter universal.

No magistério de Alexy, para diminuir a indeterminação do Direito, o que só é possível em uma teoria do discurso jurídico, que deve determinar a relação entre certeza e correção jurídica, postulados de racionalidade devem ser desenvolvidos com assentamento institucional em uma teoria do Estado Constitucional Democrático[118].

Devemos ter em mente que o Estado Constitucional Democrático que Alexy tem por objeto de reflexão é o pertinente à República Federativa da Alemanha, com todas as longínquas e trágicas circunstancialidades históricas (Estado fragmentado, duas Guerras Mundiais, holocausto etc.), ou seja, racionalizar com exatidão é preciso, mesmo que a Alemanha tenha resistido ao processo de positivação jurídica[119] e, hodiernamente, pelo postulado da "otimização", haja perigo de se conter direitos individuais em face de bens coletivos, o que em sistemas jurídicos vocacionados à perversidade é extremamente perigoso, pois não poderemos falar em direitos sem liberdades individuais, entre as quais, o de ser como se é sem temor a preconceitos negativos.

---

[118] Ibidem, pp.133-134. De acordo com Alexy, "Habermas dirige-se contra a tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. A crítica de Habermas dirige-se contra a tese de que discursos jurídicos são entendidos como subconjunto de argumentações morais". Para Alexy, "o discurso jurídico está aberto não só para fundamentos morais, mas também para éticos e pragmáticos. A tese do caso especial pode ser exata quando sob o discurso prático geral há a união de fundamentos morais, éticos e pragmáticos. Alexy afirma que o discurso jurídico é um caso especial, caracterizado por vinculações institucionais, do discurso prático geral. As vinculações institucionais são feitas valer por argumentos linguísticos, genéticos e sistemáticos".

[119] BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, op. cit., pp. 45-62. Bobbio relata que "a ocupação da Alemanha pela França resultou na difusão do Código Napoleônico, o que era uma inovação em um país semifeudal sob a influência da Codificação Prussiana que fazia distinção da população entre três castas. Um dos defensores da codificação era Thibaut, para o qual os alemães àquela época estavam paralisados há séculos, oprimidos, separados uns dos outros por causa de um labirinto de costumes heterogêneos, em parte irracionais e perniciosos. Se opondo à codificação, Savigny avaliava que a Alemanha encontrava-se numa época de decadência da cultura jurídica; por isto, a codificação, em lugar de remediar os males universalmente lamentados, os teria agravado e perpetuado. Savigny propunha uma ciência do direito organizada, progressiva, comum a toda nação".

À colocação apresentada, poderá ser oposta a questão de que Ronald Dworkin em suas construções teóricas atua como participante interno do Direito norte-americano, mas com uma perspectiva universalista, tal qual Alexy[120].

Isso nos motiva ainda mais, a aprofundar a pesquisa sobre qual construção teórica é mais condizente com o Estado Democrático de Direito brasileiro, tendo por parâmetro o direito fundamental de não ser negativamente discriminado, que para nós, se afasta da racionalidade metodológica alemã e se aproxima do princípio da igual consideração e respeito pela individualidade humana, com o exercício pleno das liberdades fundamentais.

No capítulo primeiro, argumentamos pela introdução do princípio liberal igualitário de que todos devem ser tratados com igual consideração e respeito no ordenamento constitucional brasileiro, por intermédio do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, revelando o direito fundamental de não ser negativamente discriminado no trabalho, que se deve impor em qualquer circunstância espacial e temporal sem temor à ponderação em favor de bens coletivos, que é uma visão comunitarista[121]. Isso nos permite firmar o entendimento de que, no caso em apreço, estamos mais próximos de uma racionalidade substancial que de uma racionalidade procedimental, ainda que essa se diga de teor moral e mesmo que a nossa Carta Política tenha características comunitárias e liberais.

A proximidade entre Alexy e Dworkin, mediante o princípio universal kantiano, parece alongar-se e distanciar-se, em face dos imperativos propostos por Kant, de acordo com a nossa reflexão sobre tal assunto, pois o modelo procedimental de Alexy está mais para o imperativo hipotético, no sentido de uma

---

[120] POSNER, Richard A. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro; revisão técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.4. O autor afirma que ”escritores influentes que tratam de jurisprudência, tais como H. L. Hart, Ronald Dworkin e Jurgen Habermas, todos dão a entender que descrevem o direito em abstrato, mas Hart está na verdade falando do sistema jurídico inglês, Dworkin, do americano e Habermas, do alemão”.

[121] Refirmamos que tal postura é reveladora do ideário comunitarista na medida em que podem surgir circunstâncias em que as liberdades fundamentais e os direitos fundamentais individuais podem ser sacrificados em prol de um suposto bem maior da coletividade, que pode ser sustentado pelo argumento de que o indivíduo é o que é em face dos laços comunitários, de tal modo que seu comportamento deve se pautar pelos valores predominantes na comunidade, tal qual a cultura tradicionalmente praticada, o nacionalismo, a segurança territorial etc.

razão prática, do que para o imperativo categórico, ao contrário do que ocorre com Dworkin, mais instigado pela racionalidade de teor moral[122].

Como princípio, assumimos a postura de que as liberdades fundamentais são intangíveis, e o desdobramento do postulado da igual consideração e respeito no princípio da não-discriminação negativa e no direito fundamental de não ser negativamente discriminado não devem ser limitados pelos direitos da coletividade ou da comunidade , ao argumento de que o indivíduo é o que é, em razão dos laços comunitários, de tal modo que valores ou princípios como o respeito à cultura, à segurança territorial, o nacionalismo, entre outros, podem atuar como interditos de ser como se é em razão da cor, da raça, do gênero, da opção sexual etc.

Assinalamos que não é objetivo de nossa empreitada discutir aspectos da filosofia política relacionados às vertentes comunitarista e liberal-igualitária, tampouco confirmar ou não a tese sobre a natureza política de nossa Carta Política, mas, diante dos argumentos até então desenvolvidos, perfilhamos da compreensão de que o catálogo constitucional de direitos e princípios fundamentais nos aproxima dos preceitos liberais-igualitários, na versão apresentada por Ronald Dworkin[123].

Prosseguindo no que concerne à breve análise crítica sobre o que denomina de teoria do consenso da verdade de Habermas[124]-[125], Alexy a considera como uma das mais significativas teorias de justificação das afirmações normativas,

---

[122] COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. pp.296-297. Os imperativos hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível, considerada como meio de obter algo desejado (ou, pelo menos, suscetível de desejo). O imperativo categórico seria o que representaria uma ação que se impõe por si mesma, ser relação com outra finalidade; portanto, uma ação objetivamente devida.

[123] SARMENTO, Daniel. Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp.290-291. Segundo Sarmento, ”pode-se afirmar que os liberais – tendo à proa John Rawls e Ronald Dworkin – defendem a plena liberdade e a competência moral e racional dos indivíduos para a conformação das suas concepções de mundo e projetos de vida... Os direitos fundamentais, especialmente, as “liberdades básicas”, assumem, neste contexto, importância ímpar, reconhecendo-se a sua absoluta prioridade em relação aos interesses da coletividade, derivada da necessidade impostergável de salvaguarda da autonomia moral dos indivíduos. Já os comunitaristas, como Michael Sandel, Michael Walzer e Alasdyr Macintyre, criticam essa visão, afirmando que ela negligencia a importância dos laços sociais para a constituição da personalidade humana”.

[124] REESE-SCHAFER, Walter. *Compreender Habermas*. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2009. pp.21-31. Para Habermas, em síntese, “a esfera pública, a distribuição equitativa dos direitos de comunicação, a não violência e a autenticidade são as precondições para uma compreensão procedimental da verdade, acrescendo que o conceito do discurso da aceitabilidade racional permite, através da argumentação, certificar-se da verdade”.

[125] POSNER, Richard A. *Direito, Pragmatismo e Democracia*, op. cit., p.20. A noção de verdade de Habermas deriva da de Charles Peirce e o torna um outro pragmatista honorário (honorário se o pragmatismo for visto como uma filosofia distintamente americana), apesar de apenas se a noção de Peirce de que verdade é simplesmente o resultado de investigação racional continuada indefinidamente for aceita.

apresentando-a com a máxima de que “a verdade das afirmações empíricas corresponde à correção das expressões normativas”[126].

Habermas, com a assertiva atribuída a si por Alexy, quer dizer que a correção das normas ou dos juízos morais ocorre mediante a penetração de razões diversas no discurso prático, até um ponto finito de aceitabilidade racional justificada, o que se assemelha à introdução corretiva das observações nas descrições empíricas[127].

Nesse ponto, observa-se uma sinalização de Alexy em privilegiar a pretensão de verdade generalizada por Habermas, com diferencial de que, com a tal pretensão, Alexy tenta imprimir um maior juízo de certeza, embora tenha revelado a importância dos juízos de probabilidade e verossimilhança quando da análise sobre a tópica, o que parece contraditório, ainda que a verdade referida possa ser uma pretensão de verdade ou a verdade ideal a ser obtida, que nas expressões normativas sempre serão objeto de refutação e crítica, diferentemente das afirmações empíricas, derivadas dos fatos, da experiência, em que, se existir a polemização, esta será em grau diminuto com relação àquelas.

Pela construção da teoria da argumentação jurídica de Alexy, a verdade se manifesta através de regras procedimentais, observadas algumas premissas relativas à idealidade do discurso, como a situação de fala ideal entre os participantes, que levariam a uma decisão correta e evidente. Como se fosse possível, através de regras procedimentais, especialmente em casos difíceis, trazer à tona a verdade justificada de forma universal, sem considerar os fundamentos do Direito, que, reafirmamos, pela tese que acolhemos, estão fincados nos princípios de moralidade política.

Pela nossa percepção, o estabelecimento de regras procedimentais para correção das decisões jurídicas, objetivando encurtar a tensão com o princípio da segurança jurídica, assemelha-se mais a um método do que a uma teoria que se aprofunde na perquirição sobre o fulcro do Direito.

Raciocínio análogo podemos estender para a teoria discursiva da verdade apregoada por Habermas, que, para extrair a melhor interpretação jurídica em casos difíceis, pode ser utilizada como método discursivo necessário à exposição das diversas razões, que podem contribuir para a revisitação de preconceitos negativos

---

[126] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica,* op.cit., p. 91.
[127] HABERMAS, Jurgen. *Verdade e Justificação*, op. cit., p.273.

por parte de alguns participantes do discurso, com a ressalva de que, no contexto de um ordenamento jurídico, temos muitas dificuldades para implementar uma situação ideal de fala dos que devem participar de um processo discursivo judicial, especialmente, quando essa situação ideal ocorre pela convergência de regras procedimentais institucionalizadas, que podem funcionar como filtros aos argumentos de princípios morais.

Mas, precisamos de parâmetros obstativos à discricionariedade judicial nas decisões sobre casos de natureza moral, que requerem argumentos morais, como a discriminação negativa no trabalho, que, para nós, estão postos na nossa Carta Política, como princípios e direitos fundamentais, de forma explícita ou implícita[128].

Acrescemos, ainda, que, sem o aprofundamento necessário, temos como concepção preliminar de que a construção da cultura e dos valores do mundo objetivo se dá concomitantemente com o desenvolvimento da racionalidade comunicativa, de modo dialético, com o adendo de que os princípios de moralidade política devem ser a diretriz para os processos comunicacionais a que se refere Habermas.

Somos pela compreensão de que estamos dotados de pré-concepções valorativas, construídas desde a tenra idade nos diversos espaços de convivência da sociedade ou da comunidade historicamente personificada, o que tem por consequência determinada valoração fática e normativa, que se expressa através da linguagem, que por sua vez interfere no mundo objetivo.

Se existem posturas discriminatórias em face de trabalhador portador de HIV, como referido no *acórdão* judicial ilustrativo, quem discrimina negativamente assimilou a valoração de que é natural e indica superioridade em face do outro vitimado pela discriminação negativa, embora isso se contraponha aos princípios fundamentais e de moralidade da comunidade personificada e haja uma crise de percepção generalizada sobre o assunto.

---

[128] Temos o dever de explicitar que, quando nos referimos à discricionariedade judicial, estamos nos vinculando à tese da resposta certa de Ronald Dworkin no sentido de que questões morais devem ser enfrentadas por argumentos morais de princípios, pois atinentes que são a direitos fundamentais à individualidade humana, de tal modo que as decisões judiciais a respeito de casos difíceis de profunda índole moral devem ter por parâmetro os princípios e direitos fundamentais, que traduz a melhor concepção interpretativa do Direito. Para aprofundamento do tema, remetemos ao Capítulo IV.

As verdades das afirmações empíricas são resultados de experimentos, medições, laudos com precisão matemática, o que equivaleria, para Alexy, às regras procedimentais corretivas necessárias à aplicação das normas jurídicas, o que se contrapõe aos juízos de probabilidade e verossimilhança, sustentados pela retórica tópica, que nos parece mais razoável de ser aplicada como método no âmbito do Direito impregnado por valores morais e políticos.

Temos que levar em consideração que, pelo fato de o Direito estar vinculado às questões morais e políticas, que ensejam valorações diversas, conforme as pré-concepções construídas no decorrer da existencialidade histórica de cada um em uma determinada comunidade, o acordo ou consenso potencial pode levar ao verossímil ou ao provável, ou, conforme sustentamos em outras plagas, à verdade que se obtém, e essa deverá ser a mais correta quando sustentada por um acordo ou consenso substancial moral e não procedimental.

Ademais, nem sempre é possível um acordo procedimental, posto que existem situações tão antagônicas quando da valoração das regras procedimentais que não haverá possibilidade de acordo. Essa afirmação não tem o condão de desprezar a racionalidade procedimental, pois, como alhures sustentamos, o método tópico-sistemático e o discurso judicial com a exposição das diversas razões, desde que sustentadas por uma substância de moralidade política, devem compor o ato interpretativo do Direito sob a melhor luz.

Adiciona-se a isso o fato de que a aceitação de algumas regras procedimentais para decidir, embora derive de um pretenso acordo de maiorias ocasionais no curso do processo parlamentar, não raras vezes, afronta princípios de moralidade revestidos em normas constitucionais principiológicas e fundamentais, como se verificou nos termos da sentença judicial em cotejo com o *acórdão* judicial, que ilustram o desenvolvimento desta tese.

Na correspondência entre a sentença e o fato ocorrem valorações não só respeitantes aos fatos em si como às normas jurídicas, o que implica afirmar que, ainda que tenhamos uma sentença fundamentada de forma irrepreensível, com uma apreciação coerente, consistente e não contraditória sobre a situação fática à luz das provas produzidas, em estrita obediência aos procedimentos estabelecidos no ordenamento positivo, é possível que a justificação substancial não se faça presente, à luz dos princípios fundamentais, dos direitos fundamentais, tal qual o

princípio da não-discriminação negativa no trabalho e o direito fundamental de não ser negativamente discriminado.

Em certa medida, vislumbramos a hipótese supramencionada no teor da sentença, trazida no exórdio deste trabalho, a qual, em vez de reprimir, quando poderia fazê-lo, apresentou-se leniente com preconceitos negativos que resultam em posturas discriminatórias na relação laboral, por apego a uma regra procedimental desconectada das questões principológicas fundamentais.

Tivemos oportunidade em tópicos anteriores de discorrer sobre a linguagem de acordo com autores com autorização intelectual e doutrinária no assunto, ocasião em que colhemos do entendimento de que a linguagem é composta por signos que expressam posicionamentos políticos, ideológicos, morais, religiosos. Para encurtar a digressão: a linguagem valoriza o modo de ser no mundo de cada um, nos moldes das experiências vividas e pré-concepções adquiridas, assim como o modo-de-ser no mundo forja o processo de linguagem.

Destarte, na tradução do fático, a linguagem revelará os valores concebidos ao longo de uma vida. E, quando falamos em signos da linguagem, estamos a nos referir às características que impregnam a argumentação: o modo de olhar ao falar, o modo de gesticular ao falar, a tonalidade das palavras usadas na escrita etc.

As pré-concepções, se positivas, afirmam-se como justificativas plausíveis e aceitáveis do ponto de vista da ética e da moralidade, tal como o direito de não ser negativamente discriminado no trabalho, que tratamos em outras plagas como um princípio ou uma questão insensível à escolha em um hipotético leilão político, com fulcro no liberalismo igualitário de Dworkin, feita a conexão devida com os esteios fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Sendo as pré-concepções negativas, devem ser repelidas pela comunidade política, como pelo ordenamento constitucional, e aqueles que as incorporam e têm o dever de decidir, pelo menos, devem exercer controle sobre as suas apreciações prévias e buscar amparo na relação sistemática do Direito a partir de princípios e direitos fundamentais e desenvolver uma concepção mais compatível com o conceito eticamente aceito de que não devemos tolerar a discriminação negativa no trabalho.

Diríamos que a resposta certa de uma decisão judicial, entendida como um juízo de probabilidade e verossimilhança, ou a verdade que se obtém, com base

em princípios de moralidade, não se deve fundamentar em uma consequência adrede concebida pela aceitação de regras procedimentais para a argumentação jurídica empreendida no discurso judicial. Tampouco, regras procedimentais que não primem pela substância dos direitos podem resultar em uma melhor justificação.

A problematização de natureza tópico-sistemática de um caso complexo como a discriminação no trabalho, com os diversos problemas levantados em torno da questão judicial, deve ser um mecanismo para obstar a argumentação consequencialista, justificada pelo procedimento racional consensualizado, sem que a mesma esteja sustentada pelos verdadeiros fundamentos do Direito, que residem no âmbito da moralidade e da política.

Entendemos que um fato como a discriminação negativa no trabalho faz parte do modo-de-ser no mundo, tanto dos discriminadores quanto dos vitimados pelas posturas discriminatórias, negativamente preconceituosas e excludentes, sendo que a valoração de tal fato mundano é carreada ao processo, pelas ações de linguagem que, aliás, como tivemos oportunidade de assinalar, traduzem signos valorativos das experiências vividas, que se refletirão na justificativa discursiva, seja desconstituíndo um ato discriminatório seja confirmando a sua existência. Dito isso, nos parece ser mais razoável admitir a indissociabilidade entre ação, linguagem e discurso.

A postura discriminatória em relação a um trabalhador portador de HIV, tal qual o nosso exemplo, pode se manifestar expressamente pela repulsa ao contato, por ouvir dizer que esse contato é pernicioso à saúde, pela antipatia à fala, tudo implicando em uma visualização preconceituosamente negativa da vítima.

De modo diverso, o sentir pode trilhar a trajetória da tolerância com respeito às diferenças, desde que estas sejam moralmente aceitáveis e resultem em princípios postos como questões insensíveis à escolha nos termos contextualizados pela teoria da distribuição igualitária de recursos mencionada no primeiro capítulo, tal qual o direito de não ser negativamente discriminado no trabalho em razão da cor, do sexo, da orientação sexual, por motivos religiosos, entre outras formas, como a de ser portadora de HIV.

Quando ocorre o controle das apreciações prévias em torno de uma questão judicial complexa, em que os preconceitos negativos podem exercer forte influência na digressão do discurso judicial, poderíamos assegurar que as experiências vividas pelo intérprete não interfeririam na construção discursiva. Mas,

aferir se isso realmente acontece, não é tarefa de simples enfrentamente, pois, no jogo de linguagem, os signos que assinalam a historicidade do intérprete em face do problema jurídico a ser interpretado são bastante marcantes.

Na esteira dessa argúcia depreendida, acolhemos a tese de que um conjunto de regras procedimentais não é suficiente para impor limites à afirmação discursiva decorrente de uma apreciação prévia negativa do intérprete. O controle das apreciações prévias ou das perspectivas iniciais, pode ser guiado por valores morais objetivados por princípios e direitos fundamentais formatados na Carta Política. O procedimento deve render obediência aos princípios substantivos. Dito de outra maneira, mais específica: as regras processuais existem para conferir efetividade aos princípios e direitos de alto teor axiológico, e não para obstá-los, tal qual a regrinha *"o ônus da prova cabe a quem alega"*.

Especificamente no que concerne à discriminação no trabalho: a problematização dessa temática, a nós, aparenta-se razoável ser interpretada com relação de pertinência a princípios fundamentais do valor social do trabalho, da dignidade da pessoa humana, do postulado normativo da igualdade em conexão com os direitos sociais de nossa Carta Política, que são revelados positivamente como valores morais praticados no processo histórico consuetudinário da sociedade ou comunidade personificada.

O manejo das regras procedimentais, a ser realizado pelo intérprete, qualificado como sujeito no processo de construção do discurso judicial, deve se pautar pela substancialidade do Direito, e essa experiência deve ser continuamente adquirida e praticada no curso do discurso judicial. Nesse caso, concordamos com a possibilidade das experiências serem adquiridas no curso dos discursos, através dos melhores argumentos.

Alexy questiona o que torna um argumento melhor do que outro, e em que consiste a força do melhor argumento. O faz tendo por referência a premissa de que um consenso bem fundamentado só é um consenso quando se baseia na força do argumento melhor, que caracteriza um discurso ideal, nos termos genéricos edificados por Habermas[129], como mencionado em linhas pretéritas.

---

[129] HABERMAS, Jurgen. *Verdade e Justificação*, op. cit., pp.292-295. Para Habermas, "quando os envolvidos são excluídos da participação, ou temas são abafados, contribuições relevantes são reprimidas, interesses específicos não são honestamente articulados ou convincentemente formulados, quando os outros não são respeitados em sua alteridade, se pode esperar que tomadas de posição racionalmente motivadas não se façam valer ou nem sequer sejam exteriorizadas. A

Alexy, objetando os críticos do discurso ideal, considera a situação ideal como uma garantia de que se pode alcançar um consenso razoável e justificado, ainda que haja distribuição desigual de oportunidades para usar os atos de discurso, que pode ser neutralizada por medidas institucionais, pois as normas básicas do discurso racional definidas pela situação ideal, além de pressupostos dos discursos, estão por trás das afirmações de validade das transações cotidianas[130].

Importa assinalar que o foco da situação ideal proposta por Alexy tem por fulcro a universalização de regras procedimentais institucionalizadas, as quais se constituem em instrumentos corretivos das normas morais, isto é, funcionam como filtros aos princípios de moralidade política. O Direito está lá no padrão de moralidade da sociedade, não se cria ou descobre o Direito pela situação dita ideal, traduzida pela universalidade de regras procedimentais institucionalizadas.

Alexy enfrenta a objeção feita por Niklas Lukmann à teoria do discurso ideal, o qual entende ser tal teoria fadada ao fracasso, pois não se apresenta como procedimento capaz de enfrentar a realidade cada vez mais complexa, razão pela qual o problema da justiça deve ser separado da conexão com a verdade, e a possibilidade de justificação é uma questão relativa à adequada complexidade do sistema jurídico[131]-[132].

Em outro momento, nos referimos ao fato de que questões complexas do Direito podem ser racionalizadas, ainda que não existam normas específicas que possam diretamente ser aplicadas ao caso concreto sujeito à problematização jurídica.

---

validade dos juízos morais se mede pela natureza inclusiva de um acordo normativo obtido entre as partes conflitantes. Na medida em que, mesmo em controvérsias morais, nos orientamos pelo objetivo de uma única resposta correta, supomos que a moral válida se estende a um único mundo social, que inclui igualmente todas as pretensões e pessoas. O projeto de um mundo moral que inclui uniformemente as reivindicações de todas as pessoas não é um ponto de referência arbitrariamente escolhido, mas é, antes, tributário de uma projeção dos pressupostos comunicacionais gerais da argumentação".

[130] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica,* op.cit., pp.104-107

[131] Idem, pp.107-109.

[132] ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 88 e ss. De acordo com o autor em referência, "para Luhmann, a legitimação de um subsistema como o jurídico é obtida ao longo de uma série de interações previamente estruturadas em subsistemas de comunicação específicos, os "procedimentos". O procedimento reduz a complexidade do mundo circundante, selecionando determinadas alternativas de conduta em detrimento de outras que não são interiorizadas e que não podem ser arguidas, não importando em que medida tenham que ver com a realidade dos fatos... Para legitimar-se, o procedimento não pode permitir que os conflitos da vida real sejam interiorizados pelo sistema, pois o sistema só acolhe determinados conflitos sob a condição de estarem previamente fadados a uma solução intra-sistemática, mesmo que tal solução não seja real".

O método apropriado é o tópico-sistemático, que, aplicado, resulta em uma desproblematização com consequente fundamentação jurídica, o que é diferente de se buscar regras no ordenamento jurídico e, caso as mesmas não existam, não teremos problema, pois o ordenamento deve manter a sua estabilidade diante da realidade complexa. Por outras palavras, se não existe norma para resolver adequadamente o problema, tal problema não tem funcionalidade para o ordenamento jurídico.

Para Alexy[133], sem se aprofundar na teoria dos sistemas de Lukmann[134], este não tem razão com relação à objeção levantada em face da teoria do discurso racional ideal, pela razão seguinte: uma das tarefas da teoria do discurso é investigar como, mesmo em condições limitadas, um argumento racional pode e deve proceder, e como a possibilidade do argumento racional pode ser melhorada na presença de condições limitadoras, de tal modo que a teoria do sistema é útil para apontar os limites da teoria do discurso. Na verdade, Alexy parece concordar com Lukmann.

A passagem em relevo demonstra que a teoria do discurso tem limites, como certamente tem, mas tais limitações são impostas pelo próprio sistema, cujo equilíbrio, pela metodologia procedimental, consiste na aplicação de regras procedimentais corretivas e otimizadoras de princípios jurídicos, que, não raras vezes, são insuficientes, especialmente em casos que devem ser argumentados com fundamento na moralidade.

Alexy assevera que a justificação universal pragmática das normas básicas do discurso racional consiste na inclusão implícita no discurso de expressões com inteligibilidade, veracidade, correção e verdade, ainda que alguém esteja indisposto a substanciar uma afirmação, pois as afirmações implícitas nos atos de discurso não dependem dos desejos do orador, mas muito mais das regras por trás dos atos de discurso[135].

---

[133] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica,* op.cit., pp.104-107

[134] ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*,op.cit., pp.88 e ss. Para Lukmann, “a sociedade é um sistema social abrangente, no interior do qual se encontra uma série de sistemas parciais ou subsistemas, cuja função é reduzir a contingência e a complexidade social. Cada subsistema é autônomo e opera segundo um código próprio específico que, no caso do Direito, é direito/não-direito. O Direito, portanto, de acordo com o seu próprio código, diferencia as ações em lícitas e ilícitas, mas isso não implica nenhuma valoração moral, ou seja, se são boas ou más ações, pois a fonte da validade do Direito é o próprio sistema do Direito”.

[135] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica,* op.cit., p.109.

Concordamos que as razões de cada um dos participantes de um discurso judicial estão impregnadas pelas suas verdades, correções, sinceridades etc... No entanto, tais razões expostas pelo processo comunicacional revelam as suas pré-concepções valorativas de fundo moral, o que deve ser debatido, para possibilitar a revisitação e a releitura de preconceitos negativos, que não devem depender de regras procedimentais especificamente institucionalizadas, mas deve ter, por parâmetro para fundamentação, os princípios e direitos fundamentais.

Robert Alexy propõe de modo subjacente uma regra ao ato de discurso de afirmação: "Todo orador precisa dar razões para o que afirma quando lhe pedirem para fazê-lo, a menos que possa citar razões que justifiquem uma recusa de dar uma justificação", que seria a regra geral de justificação[136].

No caso específico sobre a discriminação negativa no trabalho, revelamos, em outras paragens, que alguns que devem participar do processo sequer são convocados e, portanto, jamais ouvidos. Ademais, algumas regras processuais funcionam como ferramentas impeditivas da fluência discursiva no sentido da desproblematização do caso difícil. Essa regra geral de justificação não é audível ao nosso ordenamento jurídico, a se julgar, particularmente, de casos envolvendo a discriminação negativa no trabalho.

O autor em relevo acrescenta que, para a exigência de direitos iguais, de universalidade e de ausência de coerção, algumas regras podem ser formuladas, as quais constituem as regras básicas de justificação de uma teoria geral do discurso racional prático[137]:

> 1. Toda pessoa que puder falar pode tomar parte no discurso;
>
> 2 (a) Toda pessoa pode problematizar uma afirmação, 2 (b) Toda pessoa pode expressar suas atitudes, desejos e necessidades, 2(c) Toda pessoa pode introduzir qualquer afirmação no discurso;
>
> 3. Nenhum orador pode ser impedido de exercer os direitos estabelecidos em 1 e 2, por qualquer tipo de coerção interna ou externa ao discurso.

---

[136] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*, op. cit., pp.110-111.
[137] Idem., p. 112.

A postura crítica de Alexy com relação à teoria do discurso racional vocacionado ao entendimento ou ao consenso, por força da comunicação entre iguais, é de aceitação parcial, pois assevera que a mesma necessita de desenvolvimento, isto é, regras particularizantes da teoria discursiva da verdade, genericamente construída por Habermas.

O desenvolvimento a que se refere Alexy é respeitante a sua proposta teórica de argumentação jurídica, com estabelecimento de regras e sub-regras procedimentais, cuja pretensão é a correção prática do discurso jurídico, minimizando a tensão entre a certeza jurídica e a decisão correta, com característica de universalidade.

A fórmula procedimental traduzida por infinidade de regras e sub-regras, entretanto, não tem aptidão para possibilitar o estabelecimento do consenso discursivo, tampouco, transformar os agentes comunicativos mais iguais, porquanto, divergências de fundo substancial existirão com repercussão nos procedimentos a serem adotados, pois os intérpretes divergem sobre o fundamento do Direito.

As divergências sobre as concepções substanciais é que devem ser objeto de profunda discussão, especialmente nos casos difíceis, em que afloram conceitos e concepções de natureza moral. A possibilidade de se estabelecer o enfrentamento de argumentos diversos pode permitir, por exemplo, a releitura de preconceitos negativos.

A colocação supracitada parece um tanto abstrata, por não estabelecer parâmetros delimitadores de uma racionalização necessária a uma decisão final, ao que opomos o argumento de que princípios e direitos fundamentais, independentemente da existência de regras específicas, devem ser considerados, de tal modo que a argumentação engendrada para fundamentar e justificar uma decisão em um caso difícil se baseie na consideração e no respeito pelos direitos individuais fundamentais, dentre os quais, o direito de não ser negativamente discriminado no trabalho. Nesse sentido, qualquer procedimento tem que render obediência irrestrita ao pensar problemático e sistemático com base em argumentos de princípios.

Robert Alexy invoca a necessidade do desenvolvimento particular do princípio da generalizabilidade de Habermas, pelo qual as consequências de uma

norma para a satisfação das necessidades de todos têm de ser aceitáveis para todos[138].

Para Alexy, as necessidades generalizáveis dependem das convicções morais individuais e sociais do orador, de tal modo que uma teoria do discurso prático precisa providenciar regras e formas segundo as quais se possa testar a correção das regras morais por trás delas, como resposta à pergunta central do discurso: qual é a interpretação correta? Tal questão guarda conexão com o conceito de gênese crítica[139].

Alexy diz que as necessidades como as que em geral aceitamos precisam passar pela prova de uma gênese crítica, que é o processo pelo qual a emergência de regras morais no histórico de vida dos indivíduos e da espécie é realizada pelos participantes do discurso. Essa regra e o princípio da generalizabilidade de Habermas, segundo Alexy, incluem critérios para o exame substantivo e a justificação das normas.

Tais regras morais, contudo, são invocadas de forma ambígua pela teoria do discurso procedimental de Alexy, pois a legitimidade do Direito é traduzida pelo procedimento institucionalizado de acordo com as regras democráticas, inclusive de maiorias ocasionais orientadas, não raras vezes, por interesses corporativos, setorizados e dissonantes com a formatação constitucional de princípios e direitos fundamentais.

Devemos assinalar que os critérios substantivos para a justificação das normas, que passam pelo teste da gênese crítica, acima aludida, são os aceitos pelo ordenamento jurídico vigente, construído pelas regras democráticas vigentes, daí a denominação adotada de racionalidade procedimental de teor moral, como se os princípios de moralidade política estivessem positivados de forma exaustiva pelas regras e princípios, o que pode levar a uma situação paradoxal, à qual já nos referimos anteriormente: se não há regra, não há caso difícil de estatura moral ou havendo regra processual que possa ser aplicada, aplica-se, ainda que em detrimento à efetividade de direitos fundamentais.

A denominada gênese crítica deve se pautar nos princípios de moralidade política construídos em uma e por uma sociedade politicamente personificada por princípios de moralidade que sustentam direitos e princípios fundamentais, de modo

---

[138] Ibidem., p.114.
[139] Ibidem, pp.115 e ss.

a extrair a melhor interpretação jurídica, que, no caso da discriminação negativa no trabalho, é no sentido de sua total objeção.

Para Alexy, a teoria do discurso do Direito de Habermas resulta em uma teoria do Estado Constitucional Democrático com cidadãos livres e iguais e exige fundamentos internos e institucionalização de um sistema jurídico, com aproximação entre legalidade e legitimidade, ideal e realidade[140].

Continuando o diálogo com Alexy e Habermas, concordamos em parte com a tese acima esposada, pois Direito e democracia devem caminhar lado a lado, no sentido da construção substancial da liberdade e da igualdade e dos direitos fundamentais pertinentes.

Devemos alertar, contudo, que não basta a formalização de princípios e direitos no sistema jurídico, pois a aproximação entre legalidade e legitimidade, ideal e realidade, se dará por uma interpretação construtiva que extraia o melhor sentido moral do Direito, para o qual simples regras procedimentais são insuficientes.

No esboço de uma teoria do discurso racional prático, Alexy aponta quatro alternativas para a justificação do discurso racional: a) regras técnicas, que são regras que prescrevem meios apropriados para determinados fins (modo técnico); b) demonstração de que certas regras de fato têm validade, isto é, elas podem ser seguidas até certo ponto, ou de que resultados particulares realizáveis através do acato a certas regras correspondem às convicções normativas que se têm realmente (modo empírico); c) a concepção de sistema de regras elaborado pelo jogo da linguagem (modo definidor); d) a validade de certas regras é uma condição da possibilidade de comunicação linguística (modo universal-pragmático)[141].

Na perspectiva do autor, os modos de justificação apresentados têm suas deficiências, mas sempre têm um elemento importante: a) a justificação técnica envolve pressupor fins que não são justificados, mas é indispensável para a justificação de regras mais concretas em termos de objetivos mais limitados; b) o método empírico torna existente a prática do padrão de racionalidade, mas as descobertas de regras empíricas podem ser analisadas quanto à sua propriedade e comparadas com outros sistemas de regras elaboradas de acordo com diferentes critérios de propriedade; c) o método definidor é arbitrário, mas aumenta a

---

[140] ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso*, op. cit., p.128.
[141] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*, op. cit., pp.179 e ss.

possibilidade de sistemas de criticar explicitamente as regras, formulando-as por meio de novas regras e novos procedimentos; d) o modo pragmático universal serve melhor como procedimento de justificação para algumas poucas regras fundamentais, mas as pessoas precisam ser orientadas pelas regras de fato válidas[142].

No seu esforço em busca de uma ferramenta metodológica que assegure a certeza jurídica e a correção das decisões, o autor formula diversas regras denominadas de: 1) básicas: subdivididas em quatro regras; 2) de racionalidade: subdividida em sete regras; 3) regras para partilhar a carga da argumentação: subdivididas em quatro regras; 4) as formas de argumento, traduzidas por signos lógicos; 5) as regras de justificação: subdivididas em três regras; 6) as regras de transição: subdividas em três regras[143].

Para Alexy, a observação das inúmeras regras estipuladas e a utilização das formas de argumento descritas, na verdade, aumentam a probabilidade de alcançar o acordo em assuntos práticos, mas não garantem que a concordância seja alcançada em todo o assunto e nem que o acordo obtido seja final e irreversível. Com isso, o autor prepara o terreno para propor outras infinidades de regras procedimentais, relativas ao que denomina de caso especial, ou seja, a tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral.

O fulcro de nossa proposta, nesse passo, não é comentar criticamente cada uma dessas regras e sub-regras, porque o conjunto das mesmas tem por fundamento principal as premissas discursivas da teoria exposta por Alexy, essas sim, importantes para o crivo crítico sobre a racionalidade procedimental, efetivado alhures, as quais podem ser sintetizadas por duas características básicas: 1 – refere-se a uma teoria ideal do discurso, ou seja, vê os participantes de forma ideal, sem os limites concretos do mundo real; 2 – procura fixar as regras procedimentais do discurso diante dos indivíduos idealmente considerados[144].

---

[142] Idem, pp. 182-186.
[143] Ibidem., pp. 186-200.
[144] ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica*, op. cit. pp. 353-379. Remetemos à leitura do texto *Positivismo e Direito Positivo – Um Diálogo com Robert Alexy Sobre o Conceito e a Validade do Direito*, de autoria de João Maurício Adeodato. Esse autor concebe “a teoria do discurso de Alexy como uma teoria do discurso prático e, também, é apresentada como procedimental (...) A teoria do discurso de Alexy, para Adeodato, tem seu caráter procedimental baseado na teoria da argumentação, que aceita a possibilidade de uma efetiva mudança nas convicções dos participantes como consequência da argumentação levada a efeito no procedimento. Tal teoria tem duas características básicas: 1 – é uma teoria ideal do discurso, ou seja, vê os participantes de forma ideal, sem os limites concretos do mundo real; 2 – procura fixar as regras procedimentais do discurso diante

Demais disso, pelo quantitativo de regras apresentadas, a necessidade periódica de revisão do discurso, outras inúmeras regras serão necessárias, o que se assemelha à inflação legiferante no ordenamento brasileiro, em que regras e mais regras são sancionadas, como se fossem o remédio para todos os males referentes à eficácia do Direito.

Para a eficácia do Direito, precisamos, na verdade, levar os direitos a sério, como diz Dworkin, no sentido de interpretá-lo sob a égide dos argumentos de princípios relativos a direitos fundamentais, o que se aplica com vigor ao tema discriminação negativa no trabalho, de profundo teor moral.

Nesse diapasão, a interpretação do Direito deve se basear em uma teoria que represente os princípios de moralidade política da sociedade, substantivados constitucionalmente, de modo a melhor justificar as decisões judiciais, o que não se coaduna tão somente com regras metodológicas, as quais podem ser apropriadas em uma decisão judicial, para proporcionar uma boa fundamentação jurídica.

A racionalidade substancial deve ter prioridade sobre a racionalidade procedimental, esta deve ser complementar àquela; os argumentos de princípios devem prevalecer sobre a aplicação simplória de regras procedimentais, especialmente nos casos difíceis que devem ser interpretados por argumentos morais como a discriminação negativa no trabalho.

O discurso com a exposição de todas as razões possíveis, pertinentes a um caso difícil, é ferramenta metodológica indispensável para uma decisão judicial que reflita a melhor interpretação do Direito com base na moralidade política, sem a frenagem limitativa de regras procedimentais, pois a racionalidade comunicativa procedimental deve seguir a prioridade a ser dada à racionalidade substancial.

3.3 O Modelo Legitimado Pelo Procedimento de Acordo com Alexy[145]

A par das diversas classes das teorias procedimentais existentes, Alexy revela que o núcleo de todas elas reside na assertiva de que a correção de uma

---

dos indivíduos idealmente considerados (...) O autor arremata a crítica, assinalando que a crise do direito, que é também uma crise da democracia, vem de um excesso de disponibilidade de conteúdos éticos, na medida em que o justo é procedimentalizado, vale dizer, justa não é mais esta ou aquela decisão ética (...), mas sim o resultado de um procedimento determinado".

[145] ALEXY, Robert. *El Concepto Y La Validez Del Derecho*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2000. pp.159-177.

norma ou a verdade de uma declaração depende de se a norma ou a declaração é ou pode ser o resultado de um determinado procedimento[146].

Robert Alexy destaca, dentre as concepções básicas de um Estado Democrático de Direito, o constitucionalismo, que funciona como marco autorizativo do direito ordinário, proporcionando um conteúdo substancial ao sistema jurídico. Para esse autor, na aplicação do Direito se faz onipresente a máxima da proporcionalidade e sua tendência ínsita a submeter as regras jurídicas por uma ponderação segundo valores e princípios constitucionais[147].

A assertiva supracitada se aplica ao tema em tessitura, pois, derivada do postulado normativo da igualdade, a proibição da discriminação negativa tem assento constitucional, com *status* de princípio fundamental, direito fundamental e, em face dessa natureza, questão de relevante interesse público, que devem ser considerados como elementos a serem ponderados diante de uma casuística de discriminação no âmbito da relação jurídica laboral.

Essa ponderação parece ter sido seguida, em alguns momentos, pelo a*córdão* reformador da sentença judicial, trazido à colação, especialmente, quando há as hipóteses implícitas de garantia de emprego em razão de princípios constitucionais fundamentais, embora a ementa do a*córdão* refira-se à face oculta da Constituição, que entendemos inexistir, pois os princípios e direitos fundamentais são a expressão viva dos princípios de moralidade política derivados da historicidade da prática social dominante, que, certamente, não inclui o preconceito negativo, porquanto a discriminação negativa no trabalho pode ser considerada como uma questão insensível à escolha política, haja vista a virtude soberana da igualdade[148].

Cumpre ressalvar que, sendo a não-discriminação negativa um direito fundamental umbilicalmente vinculado à individualidade humana e às liberdades fundamentais, reveste-se da característica da insubmissão à ponderação a outros direitos fundamentais ou princípios opostos que possibilitem a sua real aplicação jurídica.

---

[146] ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso*, op. cit., p.87-89. O autor acrescenta afirmando que “a teoria do discurso, como modelo *teórico-argumentativo*, é caracterizada pelo fato de as convicções empíricas e normativas, como também os interesses dos indivíduos, poderem modificar-se em virtude dos argumentos expostos no decorrer do procedimento”. Essa é a variante de teoria procedimental considerada pelo autor.

[147] ALEXY, Robert. *El Concepto Y La Validez Del Derecho*, op. cit., p.159.

[148] DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade*, op. cit., *passim*.

Com isso, não descartamos ser possível a aplicação da ponderação no plano da racionalidade procedimental, em que a máxima da proporcionalidade possa ser invocada no contexto da colisão entre dois princípios ou direitos de estatura processual, de modo a aplicar aquele que espelhe com maior nitidez a proibição da discriminação negativa no trabalho.

Prossegue Alexy, afirmando que a distinção entre regras e princípios constitui a base da argumentação em favor do constitucionalismo moderado, esteirado na premissa de que tanto as regras quanto os princípios podem ser concebidos como normas[149].

Os princípios são mandatos de otimização, enquanto as regras têm o caráter de mandatos definitivos, para o autor em pauta. Como mandatos de otimização, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas.

Isto significa que podem os princípios ser satisfeitos em graus diferentes e que a medida ordenada de sua satisfação depende não somente das possibilidades fáticas, mas jurídicas, que estão determinadas não somente por regras, mas também, essencialmente, por princípios opostos, no escólio de Alexy.

Devemos estar atentos, entretanto, para o fato de que princípios de índole processual não devem ser tratados como opostos ao princípio inerente à proibição da discriminação no trabalho, visto que as normas processuais devem ser instrumentalizadas no sentido de conferir maior efetividade aos direitos fundamentais, tal qual o direito de não ser negativamente discriminado.

Os princípios processuais porventura invocados em uma argumentação jurídica, máxime sobre discriminação no trabalho, devem funcionar como mandatos de otimização para a plena efetividade do direito fundamental em discussão. Por essas pegadas, podemos dizer que a apologia ao princípio da economia processual ou da distribuição do ônus da prova não deve prestigiar a aplicação de uma regra que obsta o enfrentamento meritório de um caso como a discriminação negativa no trabalho, que requer profundidade investigativa, de modo a buscar a exatidão processual possível, conforme referido em linhas pretéritas[150].

Para ser mais específico, em casos difíceis de vierticalizada imbricação moral, os argumentos jurídicos devem ser de princípios reveladores de direitos

---

[149] ALEXY, Robert. *El Concepto Y La Validez Del Derecho*, op.cit., pp. 162-163.
[150] DWORKIN, Ronald. Princípio, política, processo, op. cit., pp.105-152.

fundamentais individuais, como no caso da discriminação negativa no trabalho, que envolve o direito à intimidade e como consectário o direito ao trabalho, o que torna um tanto quanto dificultosa a aplicação da máxima da proporcionalidade: ou há a discriminação negativa ou não há.

A máxima da proporcionalidade é importante instrumento de manejo processual, de modo que não se pode descartar a possibilidade de sua aplicabilidade em alguma situação concreta, com a nossa definitiva ressalva de que o direito fundamental de não ser negativamente discriminado não deve ser contido em razão de algum bem coletivo, em qualquer contexto.

A colisão entre princípios opostos pode remeter o intérprete a uma leitura que desfavoreça a efetividade dos direitos fundamentais em favor da efetividade processual, ao argumento, por exemplo, que deve prevalecer o direito fundamental à segurança jurídica, nos moldes do procedimento legitimado democraticamente.

Alexy acrescenta que tal qual a doutrina de Dworkin os princípios são suscetíveis de ponderação, mas a teoria dos princípios de Dworkin deve ser complementada, para melhor verificação do que seja a resposta certa em oposição ao poder discricionário dos juízes, mediantes procedimentos corretivos da verdade[151].

Alexy expõe a teoria dos princípios atribuída a Dworkin, sem a complementação necessária de que princípios para o jusfilósofo norte-americano referem-se a direitos individuais, que devem prevalecer em qualquer situação, portanto, não são submetidos ao teste da colisão, mas podem ser ponderados no plano da moralidade diante de outros direitos individuais.

No caso específico da discriminação negativa no trabalho, não vislumbramos qualquer hipótese de outro direito individual fundamental que possa subjugá-la, por conseguinte, inexiste possibilidade de ponderação. No escólio de Dworkin, em se tratando de casos difíceis de estatura moral com estreita vinculação a direitos fundamentais individuais, não há o que se ponderar, mas é possível a

---

[151] ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso*, op. cit., pp.137 e ss. Robert Alexy discorre sinteticamente sobre a teoria de princípios de Dworkin, deixando nas entrelinhas que a tese dworkiana sustenta a sua teoria de princípios. De acordo com Alexy, “para Dworkin, os indivíduos têm direitos que devem ser descobertos pelo juiz, inclusive nos casos difíceis, quando existe somente uma resposta correta”. Para Alexy, “existem procedimentos para investigar a resposta correta e, com isso, critérios para a apreciação da correção ou verdade de afirmações sobre direitos, também em casos duvidosos”.

competição no plano moral, como revelamos com mais detalhamento no último capítulo deste trabalho.

Partindo dos argumentos de princípios de Dworkin, Alexy avalia que a tese da melhor justificação do Direito que leve a uma resposta certa, interditando a discricionariedade judicial, deve ser complementada por procedimentos, em que, não só os princípios, como as regras, têm papel relevante, sendo que as regras, para Alexy, são normas que são satisfeitas ou não são, de tal modo que, se uma regra vale e é aplicável, então está ordenado que se faça exatamente o que ela exige: nada mais e nada menos.

Neste sentido, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível, pois sua aplicação é uma questão de tudo ou nada, dado que não são suscetíveis de ponderação e tampouco delas necessitam, na medida em que a subsunção é para elas a forma característica de aplicação do Direito.

Na sentença judicial que trouxemos à ilustração sobre o caso de discriminação no trabalho, nada se ponderou, apenas se aplicou uma regra jurídica: não comprovados o fato ilícito, o dano e o nexo causal, não há que se falar em reparação, tampouco fazer menção a abuso do direito potestativo decorrente de atitude preconceituosa em face de aidéticos, com a consequente dispensa discriminatória.

Ademais, pela sentença, de forma implícita, se não existe regra para reintegração ou estabilidade de empregado aidético, não existe direito. Mais uma vez, o apego às regras procedimentais pode acontecer de modo enviesado com relação à decisão oriunda de uma interpretação sob a melhor luz do Direito.

Os princípios têm importância ímpar no discurso apregoado por Alexy, de tal modo que, dentro do marco de uma teoria do sistema jurídico, a teoria dos princípios é preferível, pois expressa diretamente o caráter de dever ser do Direito, e a isso se agrega o fato de que o conceito de princípio não dá motivo a suposições tão problemáticas como o de valor, de acordo com o autor[152].

Ressaltamos que os princípios fundamentais constitucionais são encharcados de valores, de tal modo que não há como fazer a compartimentação entre princípio e valor, sob pena de nos distanciarmos dos princípios de moralidade política, ou questões de princípio insensíveis à escolha política vigentes na

[152] ALEXY, Robert. *El Concepto Y La Validez Del Derecho*, op. cit., p.165.

sociedade. A proposta de Alexy, por esse prisma, aparenta ambiguidade, ao levantar dúvidas sobre que moral é comportada pelo discurso jurídico.

Alexy reconhece que os princípios e os valores estão estritamente vinculados em duplo sentido: da mesma maneira que se pode falar de colisão e ponderação de princípios, pode-se falar de colisão e ponderação de valores. Além disso, o cumprimento gradual dos princípios tem seu equivalente na realização gradual dos valores. Todavia, causa estranheza quando em seguida afirma que o modelo de valores diz respeito ao que é melhor, enquanto que o modelo de princípios é atinente ao que é devido[153]. Em outras palavras, nem sempre o que axiologicamente é melhor, deontologicamente é devido, a não ser que haja legitimação procedimental.

Na doutrina pátria, há quem discorde da distinção entre regras e princípios, esposada por Alexy e Dworkin. É o caso de Humberto Ávila que denomina de critério do modo final de aplicação, a distinção entre regras e princípios, propondo reformulação ao mesmo, pois entende que o modo de aplicação é determinado por conexões axiológicas a cargo do intérprete e não pelo texto em si, na medida, por exemplo, em que o caráter absoluto da regra pode ser transmudado de acordo com a circunstância concreta[154]. Ademais, acrescenta o autor, com apoio em Riccardo Guastini, que a vagueza é um traço característico tanto das regras como dos princípios.

Devemos assinalar, entretanto, que a distinção entre regras e princípios é de importância singular, especialmente quando nos deparamos com casos difíceis de estatura moral como a discriminação no trabalho, em que os argumentos de princípios devem ser invocados de forma sistemática, pois estamos diante do direito fundamental individual de não ser negativamente discriminado, para cujo o discurso judicial não deve se apoiar na justificativa semântica da vagueza, mas ser coerente e ajustado ao padrão de moralidade política da sociedade.

Sobre a vagueza das normas, teremos oportunidade mais adiante de nos debruçar com maior detença, com o devido cotejo entre a discricionariedade judicial e a resposta certa apregoada por Ronald Dworkin. Com relação à relativização da aplicação da regra, de início com aparência de caráter absoluto, podemos suscitar que, sobrejacente, subjacente e adjacente à mesma, transitam valores e princípios,

---

[153] ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, op. cit., p.138-147.
[154] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, **o**p. cit., pp.44- 51.

e, por essa razão, são suscetíveis de serem problematizadas com a devida argúcia, diante de um caso concreto complexo.

Devemos ponderar que, em se tratando de discriminação negativa no trabalho, não há como descartar a argumentação com valoração moral derivada do contexto constitucional brasileiro, que tem como princípios fundamentais o valor social do trabalho, a dignidade da pessoa humana, entre outros, que devem estar devidamente conectados à virtude soberana da igualdade de um lado e aos direitos sociais de outro.

A sentença judicial trazida a lume apenas valorou uma prova técnica, traduzida por um laudo pericial, não teve apreço por qualquer valor inerente à sensível e complexa questão da discriminação negativa no trabalho, que a teor do a*córdão* restou evidenciada.

Robert Alexy, ao propor um modelo de sistema jurídico de regras, princípios e procedimento, destaca que uma teoria dos princípios com uma ordem débil permite estruturar racionalmente a decisão jurídica no âmbito das lacunas de abertura do sistema jurídico, o que é uma razão suficiente para incorporar os princípios no sistema jurídico, pois a argumentação jurídica é caracterizada por seu relacionamento com a lei válida, que precisa ser determinado, pois o processo de argumentação tem limite de tempo e é regulado pelas leis processuais[155].

Assevera Alexy que uma renúncia dos princípios equivaleria a uma renúncia de racionalidade, pois, substancialmente, só uma teoria dos princípios pode conferir adequadamente validez e conteúdos de razão prática aos princípios constitucionais fundantes.

Por estarmos tratando de um assunto sensível e complexo como a discriminação no trabalho, entendemos que, apesar da importância dos princípios e da ponderação dos mesmos no ato de interpretar, deve-se buscar algo de mais profundidade que dê sustentação ao direito de não ser negativamente discriminado, e, existindo tal fundamento, a teoria dos princípios, guiada pela máxima da proporcionalidade, pode não ser suficiente para uma interpretação melhor iluminada pelo Direito, até porque questões de profundidade moral devem ser interpretadas por argumentos morais, como questões de princípio, quando referentes a direitos individuais fundamentais, em que a possibilidade de ponderação é restringida a

---

[155] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*, op. cit., p.212.

outros direitos individuais fundamentais, afastada a possibilidade de contenção por bens coletivos, conforme explanamos alhures.

Ademais, as lacunas de abertura do sistema jurídico otimizado por regras não deixarão de existir, com a simples positivação dos princípios. Existirão outros princípios não incorporados textualmente no ordenamento jurídico, que fundamentam aqueles que estão positivados[156]. Nos casos difíceis de teor moral, entendemos que a interpretação deve ser coerente e ajustada ao escorreito padrão moral da sociedade, por intermédio de princípios constitucionais explícitos e implícitos, o que espanca o ato interpretativo discricionário e não justificado, ainda que fundamentado.

A busca pela racionalidade jurídica metodológica adequada oculta um posicionamento que objetiva apartar o discurso jurídico do discurso moral, ainda que se aceite tal discurso como componente do discurso prático geral. Pois,visualizamos as regras procedimentalistas como filtros em série que dificultam a fluência dos argumentos de princípios morais no discurso judicial.

Remetemos novamente à ementa do a*córdão* ilustrado nos prolegômenos, a qual, ainda que timidamente, faz apologia a uma possível face oculta da Constituição, à qual já nos referimos, ao tempo que orienta o juiz a caminhar no interior e no exterior da norma jurídica, nos limites do ordenamento fundamental.

A colocação é deveras contraditória, na medida em que limita a interpretação ao ordenamento e recomenda a investigação de sua face oculta, que na verdade pode ser traduzida, de acordo com os princípios e direitos fundamentais moralmente justificados pela a aceitação do conceito de que não devemos tolerar a discriminação negativa. Nesse caso, estamos mais próximos da competição moral de princípios do que da ponderação dos mesmos, isto é, existe uma melhor concepção sobre o conceito moralmente aceito de que a discriminação negativa no

---

[156] SARMENTO, Daniel. Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp.270-271 (nota de rodapé 5). Daniel Sarmento explica que: “existe uma frequente associação entre o positivismo e o formalismo jurídico, e este último, de fato, não trabalhava com princípios e valores, mas apenas com regras. A considerar na linha de Robert Alexy, que a distinção capital entre teorias positivistas e não positivistas do direito está na relação entre direito e moral – separação para os positivistas e vinculação para os não positivistas – fica claro que o positivismo não formalista pode, sim, recorrer a princípios e valores, desde que estes não sejam externos a um dado ordenamento, mas possam ser dele extraídos”.

trabalho não deve ser tolerada. Para nós, essa concepção é de que a discriminação negativa no trabalho deve ser efetivamente repreendida em todos os planos.

Na verdade, como referido em outras plagas, devemos utilizar a metodologia tópico-sistemática, ainda que em algum momento seja necessária a máxima da proporcionalidade, especialmente quanto à dinâmica processual e desde que não sacrifique o direito fundamental individual de não ser negativamente discriminado.

No cenário da discriminação negativa no trabalho, não há como deixar de perquirir sobre a existência ou não do preconceito negativo, que não é definido nos lindes da positivação jurídica e requer sutileza de investigação com aprofundamento do discurso judicial, em que os princípios fundamentais desempenham um papel importante para a resposta certa sem filtros para os princípios de moralidade política, verdadeiros fundamentos do Direito.

No que concerne ao conflito de direitos fundamentais concebido por Alexy, há guarida para o direito fundamental de não ser negativamente discriminado, em se tratando do confronto entre a dimensão formal e a material de tal direito. O autor, no entanto, revela que uma igualdade fática pode resultar em uma desigualdade jurídica, a que faz ressalva[157], o que parece contrapor a efetiva realização do princípio ou virtude soberana da igualdade. Afinal, os mais vulneráveis em nossa sociedade, principalmente em razão de preconceitos negativos, devem ter um processo judicial diferenciado que atue no sentido da efetividade dos direitos fundamentais e não o contrário.

Robert Alexy assinala que um modelo de regras se caracteriza pelas lacunas de abertura e um modelo baseado em princípios, pela indeterminação, por isso um modelo completo deve agregar um procedimento de aplicação de regras e

---

[157] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*: *uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp.229-232. De acordo com a leitura de Jane Reis Gonçalves Pereira, da obra *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, palestra proferida na Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro, 11 de dezembro de 1998, “Alexy, ao fazer referência à colisão entre a dimensão formal e a material de um mesmo direito, não fala em confronto entre duas dimensões de um direito, mas em conflito entre o ‘lado jurídico’ e o ‘lado fático’, de um mesmo direito – mencionando como exemplo as questões que decorrem do ‘paradoxo da igualdade’. Para Alexy, as ações estatais no sentido de prestar auxílio a determinados grupos carentes materializam a igualdade fática, mas isto significa tratamento desigual na ótica da igualdade jurídica. A autora em pauta, em posição discordante de Alexy, assevera que, na perspectiva da Constituição de 1988, a realização da igualdade fática é uma forma de realização jurídica do princípio da isonomia”.

princípios, pois só o procedimento pode assegurar a racionalidade, tanto na formulação quanto na aplicação do Direito.

A doutrina e a jurisprudência brasileira digerem com facilidade a sistematização principiológica engendrada por Alexy, no entanto, não fazem remissão ao modelo procedimental proposto pelo autor e, tampouco, às suas bases inspiradoras sobre o discurso racional, o que poderia resultar em uma análise mais crítica, com profundidade e cautela, sobre o teorema da colisão de princípios e direitos fundamentais, com a aplicação da ponderação mediante a máxima da proporcionalidade.

Raciocínio análogo se pode aplicar à leitura do princípio da integridade de Dworkin, que pensamos ser mais bem compreendido mediante a leitura do princípio da igual consideração e respeito.

O modelo de regras/princípios/procedimentos é o modelo de sistema jurídico que asseguraria um máximo de razão prática no Direito e, por essa razão, é preferível a todos os outros modelos, sustenta o Alexy[158].

Na defesa do controle racional na argumentação jurídica, Alexy assevera que a questão da possibilidade de um procedimento de aplicação do Direito que assegure racionalidade conduz, pois, à questão da fundamentabilidade racional dos juízos de valor, na medida em que são possíveis teorias morais procedimentais que formulem regras ou condições da argumentação prática racional, configurando uma versão especialmente promissora de uma teoria moral procedimental, espelhada pelo discurso prático racional.

Por esse viés, o procedimento judicial implicaria em justificação judicial, cumprindo as funções de "(...) tratar um ser humano racionalmente, isto é, como um ser racional, explicando a ele, através das razões porque se pode chegar a uma decisão que afeta adversamente os seus interesses"[159], o que não parece ter ocorrido com a sentença judicial referente à trabalhadora portadora de HIV, apesar dos procedimentos processuais seguidos pelo magistrado, mesmo sem a compreensão das regras procedimentais propostas por Alexy.

O núcleo da teoria do discurso alexiano é um sistema de regras e princípios do discurso cuja observância assegura a racionalidade da argumentação

---

[158] ALEXY, Robert. *El Concepto Y La Validez Del Derecho*, op. cit., pp.172-177.
[159] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*, op. cit., p.215.

e seus resultados, e pressupõe que, nas disputas jurídicas, a discussão procede sob a exigência de correção, mediante uma infinidade de regras procedimentais.

Quatro postulados podem ser identificados, com relação à racionalidade prática procedimental proposta por Alexy: a) clareza linguístico-conceitual; b) substancial informação empírica; c) grau de universalidade; d) alto grau de não prejulgamento. Essas exigências têm caráter ideal, segundo Alexy, e sob condições reais podem ser realizadas de forma aproximada, o que exclui a criação de uma certeza absoluta em todos os casos[160].

Por mais clara que se possa pretender a dimensão linguístico-conceitual, divergências advirão em face das palavras, das falas, dos gestos e dos olhares traduzirem signos pré-concebidos na vivência e convivência em dada comunidade. Demais disso, pode haver consenso sobre conceitos, mas divergências com relação às concepções do conceito.

Todos podem estar em consenso em torno do conceito de que não deve haver discriminação negativa no trabalho, no entanto, podem haver divergências sobre qual a concepção que melhor traduz o referido conceito. Essa melhor concepção interpretativa passa pelo manejo problematizado das ferramentas metodológicas sustentadas por uma teoria substancial de cunho moral que melhor justifique a decisão judicial.

Com relação ao postulado da substancial informação empírica, em casos como a discriminação no trabalho, o que observamos é que o que se privilegia é a informação procedimental, e não o substancialismo investigativo sobre a existência da discriminação negativa no trabalho.

No respeitante à universalidade, entendemos que esta deve estar referida ao fundamento moral do Direito e não à universalidade procedimental, que pode significar uma peia à discussão ética, em face da priorização dos anelos processuais.

Tal fundamento moral é traduzido por princípios e direitos fundamentais formal ou materialmente constitucionalizados. E, em se tratando de discriminação negativa no trabalho, somos partidários do entendimento de que o direito e o princípio fundamental pertinentes devem ter eficácia universal.

---

[160] ALEXY, Robert. *El Concepto Y La Validez Del Derecho*, op.cit., pp.175-176. Não adentraremos no mérito das sub-regras derivadas dos postulados, que, inclusive, podem ser encontradas no apêndice de sua obra *Teoria da Argumentação Jurídica*, pp.293-299.

O alto grau de pré-julgamento tem relação de pertinência com o controle das apreciações prévias derivadas dos preconceitos de que somos portadores, de difícil controle procedimental, mas possível mediante o discurso de teor moral, em que as diversas concepções se escancarem sem hipocrisia, para a percepção profunda de um caso difícil, tal qual a discriminação no trabalho.

Observa-se a primazia que Alexy confere ao procedimento racional para a lavra das decisões judiciais, sem demonstrar, entretanto, que tal procedimento deve ter substância no fundamento do Direito, que, como adiante será discorrido, não escapa do discurso acerca dos princípios de moralidade política vigentes em uma comunidade historicamente constituída, nos quais estão escorados os princípios e direitos fundamentais substantivados constitucionalmente.

Seguindo criticamente as passadas de Alexy, podemos assegurar que é dever constitucional do magistrado fundamentar as decisões judiciais, o que significa trazer a lume com bastante transparência as razões que o levaram a decidir de um ou de outro modo, mas a racionalidade procedimental não pode se sobrepor à racionalidade substancial; o formalismo não deve ser um impedimento à realização, por exemplo, de princípios e direitos fundamentais, como os atinentes ao tema discriminação no trabalho.

Apego à racionalidade jurídica não é sinônimo de apologia irrestrita ao procedimento, mas deve sê-lo com relação à racionalidade substancial, o que não se coaduna com a busca obsessiva por fórmulas procedimentais que devam ser aplicadas a um caso concreto. O caso deve ser problematizado e sistematizado, de acordo com a melhor luz interpretativa, o que não se vislumbrou na sentença judicial referente à portadora de HIV, mas em razoável medida, o a*córdão* buscou alcançar.

3.4 Considerações Críticas Sobre a Racionalidade Procedimental de Robert Alexy

Causa espécie e temor quando Alexy admite que na aplicação do teorema da colisão de princípios pode acontecer que um direito individual fundamental seja desconsiderado em face de um bem coletivo. Por estarmos tratando do tema discriminação negativa no trabalho, profundamente vinculado ao direito fundamental individual à intimidade, às liberdades fundamentais e ao direito fundamental ao trabalho, não temos como acolher tal assertiva.

Por outro prisma, a imposição de regras procedimentais como instrumentos de frenagem às normas morais cerceia a profundidade discursiva em temas que devem ser debatidos por argumentos de princípios morais vinculados a direitos fundamentais individuais. A moralidade política não deve ser filtrada pela racionalidade comunicativa procedimental, mas essa deve se submeter à altivez daquela.

Devemos, todavia, por uma questão de respeito e seriedade ao influente e importante pensamento de Alexy, ressaltar a sua portentosa reflexão sobre as relações conceituais entre direitos individuais e bens coletivos, sintetizadas da seguinte forma: a) todos os direitos individuais são exclusivamente meios para os bens coletivos; b) todos os bens coletivos são exclusivamente meios para direitos individuais; c) todos os bens coletivos são idênticos a estados, nos quais existem direitos individuais e são cumpridos; d) entre direitos individuais e bens coletivos não existem relações-meio/finalidade e relações de identidade, para se debruçar ao final sobre a colisão e a ponderação entre direitos individuais e bens coletivos, concluindo pela primazia *prima facie* de direitos individuais[161].

Outro é o pensamento de Dworkin, para quem, pelas palavras de Alexy, direitos "são trunfos sobre alguma justificação de fundo para decisões políticas que estabelecem um objetivo para a comunidade como um todo, implica que eles (direitos individuais), em todo caso, perante bens coletivos, essencialmente, têm caráter definitivo"[162], com que não concorda Alexy, pois, para o referido autor, somente direitos com caráter de regra são direitos definitivos.

Para melhor explicitação dessa relação e aparente colisão entre direitos individuais e bens coletivos, temos o escólio de Sarmento na defesa de que o caráter definitivo dos direitos fundamentais se coaduna mais às Constituições Sociais e ao que denomina de personalismo[163].

Para nós, o direito fundamental de não ser negativamente discriminado tem caráter de definitividade, razão pela qual estamos a perfilhar os princípios nucleares do liberalismo-igualitário, na versão de Dworkin, dentre os quais, o do

---

[161] ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso*, op. cit., pp.184-198.
[162] Idem, p.181.
[163] SARMENTO, Daniel. *Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos*, op. cit., pp. 297-299. Para Sarmento, "a recusa à possibilidade de qualquer ponderação entre direitos fundamentais e interesses coletivos não parece conciliar-se com a premissa antropológica personalista, subjacente às constituições sociais. O personalismo não concebe o indivíduo como uma ilha, mas como ser social, cuja personalidade é composta também por uma relevante dimensão coletiva". O autor em referência traz a lume a lição de Dworkin entre regras e princípios, para opor a sua discordância.

tratamento com igual consideração e respeito e seus desdobramentos, que indicamos a partir do capítulo primeiro, para reforçar nosso entendimento no segundo capítulo, confirmado no presente capítulo e que aprofundaremos no capítulo quarto.

De modo análogo, é preocupante, para os direitos fundamentais com vinculação intrínseca ao postulado da igualdade, a leitura que se faz de Alexy no sentido de que, no confronto entre a dimensão formal e a dimensão material de um direito fundamental com vinculo ao princípio da igualdade, a igualdade fática pode significar uma desigualdade jurídica, que é vista com ressalva pelo autor.

Essa possibilidade é perigosa quando estamos a tratar de discriminação no trabalho, que diz respeito à esfera íntima do trabalhador, associada que é às mais profundas convicções morais, conectada com princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e com liberdades fundamentais, como, por exemplo, de sindicalizar e, principalmente, de ser como se é, sem ser vitimado por preconceitos negativos.

Além disso, o emaranhado quantitativo de regras procedimentais propostas por Alexy no esboço de sua teoria do discurso prático geral e de sua teoria da argumentação jurídica pode até fundamentar uma decisão jurídica no sentido de sua correção e conferir certeza jurídica, nos moldes admitidos pelo autor, no entanto, em nenhum momento se presta à justificação do Direito, o que é um complicador para os casos difíceis, com a agravante de que mais regras devem ser perquiridas para a revisão correcional periódica do discurso, em um processo infinito de racionalização procedimental.

Para evitarmos a avaliação de que a análise crítica do modelo de racionalidade procedimental proposto por Alexy é precipitada e sem fundamento, remetemos a leitura à crítica desferida por Manuel Atienza ao projeto de argumentação jurídica racional daquele autor, a qual se direciona à teoria do discurso e às especificidades do modelo de Alexy[164].

Em síntese, Atienza critica Alexy com base nos seguintes argumentos: a) ainda que haja consenso procedimental, isso nada acrescenta à justificação; b) a sinceridade não parece ser constitutiva de qualquer comunicação linguística; c) nem todos os participantes de um discurso procedimental têm capacidade suficiente para,

---

[164] ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*, op. cit., pp.270-302.

por exemplo, atuar ativamente do contexto político, econômico e social; d) no processo de estabelecimento de normas jurídicas e no processo judicial, além das argumentações, têm-se decisões de cunho moral que não são determinadas por regras; e) uma teoria da argumentação jurídica não deve partir, sem justificação, do postulado de que o Direito permite uma resposta correta para cada caso, pois, talvez, haja hipóteses em que, mantendo-se dentro do Direito, não se possa chegar a nenhuma resposta correta, mas nas quais, contudo, continua havendo necessidade de argumentar juridicamente; f) o modelo de princípios, que para Atienza tem, basicamente, uma função explicativa e só num sentido fraco uma função de justificação; g) não fica claro até que ponto as regras do discurso racional têm ou não um caráter universal; h) algumas das regras do discurso racional formuladas por Alexy seriam contingentes, dada a pluralidade de convicções dos participantes. Porém, quais seriam contingentes e quais não?; i) o discurso jurídico, como parte do discurso prático geral, revela ambiguidade por ser racional e aproximar-se do discurso moral; j) muitas regras do discurso são desrespeitadas: na argumentação que empreende as partes pode faltar o requisito da simetria, da ausência de coação e da sinceridade; e no caso da argumentação dogmática, o máximo que se poderia dizer é que se trata de discursos retóricos ou simulados, pois, neles, o direito de participação se limita aos especialistas; k) Alexy não distingue com clareza o discurso voltado para a justificação de uma norma e o discurso voltado para a sua aplicação, pois, no primeiro, procura-se justificar que uma norma é válida, o que exige um procedimento no qual se levem em consideração os interesses de todos os envolvidos; no segundo, tenta-se mostrar o caráter apropriado da aplicação, o que exige um procedimento em que se considerem todos os aspectos da situação.

A considerar correta a leitura de Atienza sobre Alexy, concordamos com o autor, pois as ferramentas metodológicas são apropriadas à fundamentação com base no ordenamento positivado, jamais à justificação de casos difíceis, especialmente com enraizamento na moralidade política, pois podemos ter decisões bem fundamentadas sem que sejam justificadas por argumentos de princípios de base moral, quando se tratem de questões judiciais com estreita vinculação à moralidade.

A comunicação linguística, por sua vez, é imprescindível para a construção da argumentação jurídica no ato de interpretar, pois os participantes

precisam se entender, ainda que isso signifique divergências sobre concepções. Mas, não devemos olvidar que os intérpretes são sinceros às suas concepções construídas ao longo de uma vida, que se traduz na comunicação através de signos escritos, falados, gesticulados etc., de tal modo que até o procedimento pode ser objeto de discordância e valoração. Seria melhor o aprofundamento das razões discordantes sobre a substância e não sobre o procedimento.

A realidade dos intérpretes e aplicadores do Direito nos tribunais reflete uma formação dogmático-positivista-formalista, pigmentada pelos cursos jurídicos, que, em grande medida, possuem conteúdos que pretendem apartar o viés político-moral do sistema jurídico, como se este fosse fechado, ensimesmado, funcionalista e sem abertura para temas transversais.

O discurso moral compõe o discurso jurídico, na medida em que o Direito é fundamentado e justificado por princípios de moralidade, tal qual o consenso conceitual de que a não-discriminação negativa no trabalho é uma questão de princípio relacionada ao direito fundamental de não ser negativamente discriminado, o que não é expressamente manifestado pelas formas jurídicas positivadas.

Podemos inferir que se pode permitir uma resposta certa em uma decisão judicial, desde que haja justificativa para isso, da qual o procedimento não dá conta, é insuficiente, pois se trata de uma ferramenta metodológica e não de uma teoria, com forte vinculação ao imperativo hipotético kantianto, enquanto que a teoria está mais adstrita ao imperativo categórico.

O que se denomina modelo procedimental tem a preocupação principal com a forma de se chegar a uma decisão fundamentada, enquanto que a racionalidade substancial se ocupa de modo precípuo com a justificativa de padrão moral subjacente a um caso difícil.

A máxima da proporcionalidade utilizada na ponderação de princípios em colisão ou direitos fundamentais em colisão é um instrumento metodológico, cujo apoio deve residir nos princípios de moralidade política da sociedade. Por possuir essa característica instrumental, a sua utilização em alguns casos pode resultar em contenção de direitos individuais fundamentais, aos quais está profundamente encartado o direito fundamental de não ser negativamente discriminado no trabalho, o que para nós é extremamente danoso para a justiça da decisão.

O princípio universalista que deve ser sustentado deve guardar estreita vinculação com o imperativo categórico moral e não com o imperativo hipotético

procedimental, concebidos por Kant. A título de exemplo, o que deve ser universal é não ser negativamente discriminado no trabalho, no entanto, nem sempre o procedimento revela essa premissa.

O dissenso procedimental é uma variável constante no discurso judicial, especialmente nos casos difíceis, quando esses são enfrentados como tal e não simplesmente desrespeitosamente considerados como se simplórios fossem. E tal dissenso deve resultar em um procedimento substancialista, que parta do problema para a norma, da moralidade política para os princípios e direitos fundamentais.

Para nós, a premissa de que a discriminação negativa no trabalho circunscreve direito e princípio fundamental de relevante interesse público é suficiente para tratar o assunto com acuidade, sutileza, profundidade, com inovação de procedimento, sem as contingências das regras processuais tradicionais.

A racionalidade procedimental de teor moral propugnada pelo discurso racional vocacionado ao entendimento nada mais é do que a legitimidade do Direito e, consequentemente, das decisões judiciais, mediante o procedimento institucionalizado pelo ordenamento positivo de acordo com as regras democráticas vigentes, que nem sempre refletem a consideração e o respeito pelos direitos e princípios fundamentais, de tal modo que ocorre um *déficit* de racionalidade substancial de teor moral, que reclama por um ajuste nas decisões judiciais.

No discurso judicial, temos a atuação de especialistas, cujo termo restringimos aos advogados, ao juiz e, em alguns casos, ao Ministério Público, como ocorre com frequência e regularidade no plano jurisdicional, mas não no referente ao tema discriminação negativa no trabalho. No entanto, a questão que quer resposta diz respeito aos casos difíceis com características de transversalidade, em que outros especialistas devem participar do discurso.

Já nos referimos em outras plagas que é comum, por exemplo, excluir o Ministério Público do Trabalho de um processo judicial em que um dos itens é a discriminação no trabalho, simplesmente por força de norma regimental, posto que a demanda específica pelo dano causado em razão da possível postura negativamente discriminatória faz parte do conjunto de uma petição inicial por diversos direitos individuais.

Aparenta o paradigma procedimental girar em torno de seu próprio eixo, de modo circular, na medida em que a busca de uma ferramenta metodológica que revele precisão, segurança jurídica e correção das decisões demanda outras buscas

procedimentais, daí o caráter dúbio derivado dos discursos voltados para a justificação e para a aplicação, pois aparenta de forma incessante tentar descobrir o Direito através da experiência procedimental, sem consideração ao dado externo da prática jurídica, consistente nos princípios de moralidade política compartilhados na sociedade historicamente personificada, de tal modo que não seria ousado afirmar, com as devidas ressalvas, que a racionalidade procedimental estaria mais próxima do conceito kantiano de juízos analíticos *a posteriori*, enquanto que a racionalidade substancial melhor se encartaria no conceito kantiano de juízos sintéticos *a priori*[165].

Devemos ressaltar a importância do modelo procedimental construído por Alexy na busca pela aplicação do Direito com correção e segurança jurídica. No entanto, temos que levar em consideração que nem sempre o procedimento leva ao consenso suscitado pelo modelo, de tal modo que poderemos ter problemas com justificação, embora possamos não ter em termos de fundamentação, o que é bastante atrativo aos operadores do Direito, interessados especialmente em um método pragmático para decidir.

O apego acrítico às regras procedimentais pode travar a efetividade de direitos fundamentais, na medida em que a argumentação jurídica poderá girar em torno de sobre qual norma legitimada pelo procedimento pode ser aplicada a um caso difícil, ao fundamento de que está aplicando o Direito, quando, a rigor, se está negando direito, com fundamentação em mecanismos formais-processuais previstos em lei, mas sem a justificativa exigida ao desate de tais casos, ou seja, para conferir estabilidade ao subsistema jurídico, adota-se a simplificação argumentativa para rejeitar a complexidade que penetra no discurso judicial[166].

---

[165] Nos juízos sintéticos, o predicado traz uma informação sobre o sujeito, ou seja, o critério de adequação do juízo não está contido nele mesmo e não pode ser averiguado sem auxílio de elementos externos a ele, não se confirma simplesmente através do princípio da não-contradição. O juízo *a priori* independe de toda percepção concreta e de qualquer experiência. É produto de intuição intelectual. O conhecimento apriorístico é, portanto, claro e evidente, necessário e dotado de generalidade. Um juízo *a posteriori,* por seu turno, é um juízo empírico, sua confirmação depende diretamente da experiência. Tais juízos expressam os resultados de observações. Para Kant, nem todo juízo sintético é necessariamente *a posteriori*, posto que existem juízos sintéticos que não transcendem a experiência, mas já existem *a priori*. ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: Uma crítica à verdade na ética e na ciência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.28-29.

[166] CAMPILONGO, Celso Fernandes. A Posição dos Tribunais no Centro e na Periferia do Sistema Mundial. In: *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional: Desafios do Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. pp.481-482. Para o autor, "provavelmente, o expediente mais comum para justificar decisões obrigatórias mais difíceis sejam as desculpas formais. Nulidades processuais, prescrições, vícios formais e falta de regulamentação legal costumam funcionar como alívio e auxílio à obrigação de decidir: alívio, pois permitem uma decisão com economia de argumentos e amparada na lei; auxílio porque atuam como saídas operacionais aos dilemas judiciais. Usa-se o Direito como desculpa para a não-aplicação do Direito".

A teoria do discurso pressupõe participantes vocacionados ao entendimento, agindo de forma verdadeira e sincera entre si, com capacidade suficiente para distinguir o razoável do não-razoável. Temos, no entanto, que verberar que nesse ato de comunicação entre os participantes de um processo judicial, o comportamento sincero e razoável não é um parâmetro no qual se deve acreditar. E exemplificamos com a existência escancarada da discriminação negativa no trabalho e a crise de percepção sobre o assunto no plano jurisdicional.

A temática discriminação no trabalho tem profundas raízes na moralidade política, revelada pelo princípio de que todos devem ser tratados com igual consideração e respeito.

Por ter esse cunho moral, a racionalidade procedimental na obsessiva tarefa de minimizar a indeterminação do Direito pode contribuir para o distanciamento de uma resposta certa sobre essa questão jurídica, abalando, inclusive, o princípio da correção, nuclear para o discurso racional.

Ademais, por seu enraizamento moral, o tema discriminação no trabalho, na qualidade de direito fundamental de não ser negativamente discriminado e de princípio fundamental nominado de não-discriminação negativa, cravado nas entranhas da carta política, deve ser interpretado de forma a revelar a consideração e o respeito pelo trabalhador discriminado, de modo a levar os direitos a sério, como ensina Dworkin, o que não se coaduna com a mentalidade dogmática, normativista, positivista e procedimentalista, pois as demandas judiciais envolvendo direitos fundamentais não podem ser discutidas sob a ótica burocrática dos ritos procedimentais[167].

As decisões de fundo moral relativas aos casos difíceis, como o que estamos a divagar, não podem ser determinadas por regras, mas por argumentos de princípios morais[168].

---

[167] FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: Notas Para Uma Avaliação da Justiça Brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. pp.94-97. Para Faria, "Nos burocratizados tribunais brasileiros, cujos integrantes parecem acreditar que os conflitos podem ser solucionados pelo simples apego a certas formas e/ou pela ritualização de certos atos, os direitos humanos e os direitos sociais vêm dificultando a rotina da aplicação da lei (...), resistindo a interpretações *praeter legem* no plano dos direitos humanos (...) Por causa da mentalidade dogmática, tendem a considerá-los como uma distorção das funções judiciais, como uma ameaça à 'certeza jurídica' e como uma perversão da 'segurança do processo' (...)."

[168] Adeodato nos reporta que "Hannah Arendt ao fazer a ponderação sobre o julgamento de Eichamann, concluiu que os casos-limite ou difíceis, não podem ser reduzidos a um procedimento, mas são resolvidos segundo uma circunstância moral específica e casuística, de tal modo que: ter

Devemos ser enfáticos que uma racionalidade procedimental é necessária, desde que cravada em uma racionalidade substancial de fundo ético ou moral. E, sobre isso, já revelamos nossa opção pelo método tópico-sistemático, com possibilidade de uso da máxima de proporcionalidade no que se refere à dinâmica processual, desde que não contribua para a contenção do direito fundamental de não ser negativamente discriminado.

A considerar a plausibilidade da crítica desferida por Atienza a aspectos teóricos do discurso racional construído por Alexy, entendemos que a mesma merece guarida à luz da melhor interpretação dos casos controvertidos que envolvem princípios e direitos fundamentais, na medida em que a racionalidade jurídica não está separada da discussão moral, quer no processo de elaboração legislativa da norma, quer no curso da construção de uma decisão judicial.

Demais disso, a temática discriminação no trabalho é circunstanciada por valorações que apontam o preconceito e outras que o ignoram, conferindo ou não efetividade ao direito fundamental de não ser negativamente discriminado.

Na argumentação jurídica elaborada pelos participantes do discurso judicial, cada qual traz a sua versão sobre a verdade que mais lhe aproveita, de tal modo que a legitimação pelo procedimento racional é insuficiente para justificar a melhor interpretação do caso complexo, posto que inseparável do discurso moral, pois os especialistas da dogmática jurídica que argumentam pelas partes não são tão sinceros, mas podem ter argumentos coativos, o que não significa um verdadeiro consenso, embora possa ser nominado de racional.

Na sentença judicial trazida à ilustração, priorizou-se a observância do procedimento processual a ser seguido, mediante a valoração de um laudo pericial, que resultou na decisão de não existir direito à reparação pelos danos sofridos pela reclamante portadora do vírus HIV, caracterizando-se, por esse viés, como extremamente lacunosa com relação aos princípios de moralidade que permeiam na sociedade, expressos constitucionalmente na forma de princípios fundamentais como a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, do postulado normativo da igualdade, do princípio e direito fundamental de não ser negativamente discriminado no trabalho.

---

decidido que alguns grupos de pessoas merecem e outros não merecem viver no mundo faz com que o autor dessa decisão possa ser enforcado pelos agora vencedores". ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica*, op. cit., pp.368-369.

Por outro prisma, o a*córdão* se pautou em um discurso de maior proximidade ao aspecto moral, com racionalidade jurídica, ao fazer referência à existência do preconceito, à necessidade de efetividade de preceitos constitucionais fundamentais, ao invocar o abuso do Direito e a garantia implícita de emprego ao portador de HIV, ou seja, a decisão judicial foi de maior substância, ao emergir em razoável dosagem, de princípios de moralidade prevalecentes na sociedade historicamente constituída e que são manifestados pelas normas constitucionais fundamentais.

Para reforçar a ilustração de que se prioriza o procedimentalismo e não o substancialismo, em se tratando de discriminação negativa no trabalho e a se julgar por algumas das decisões tomadas no âmbito do egrégio Supremo Tribunal Federal, entendemos que as cortes trabalhistas necessitam de um salto de qualidade na prestação jurisdicional para conferir efetividade ao direito fundamental de não ser negativamente discriminado[169].

A ponderação de princípios em colisão é relevante, com a ressalva de que os direitos individuais fundamentais jamais possam ser contidos por interesses da coletividade. Demais disso, com base na sustentação de Atienza: a força da ponderação de princípios estaria em explicar, e a sua debilidade estaria em justificar. Com relação a isso, podemos dizer que a melhor interpretação deve ser almejada, o que pode significar a resposta certa que se procura, uma vez que, pelo discurso racional procedimental, é possível a discricionariedade nas decisões judiciais, resultando em várias respostas certas ou não, conforme a atitude interpretativa adotada, resultando em uma aceitabilidade racional justificada. No entanto,

---

[169] **STF. RE 161.243-6-DF**. A ementa do *acórdão* versa sobre o seguinte: “1 – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa – ofensa ao princípio da igualdade (...); 2 – A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso etc., é inconstitucional (...); 3 – Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso; 4 – Recurso extraordinário conhecido e provido. Antes dessa decisão, a Vara do Trabalho, à época 28ª Junta de Conciliação e Julgamento julgou procedente, em parte, a ação, para condenar a reclamada a pagar ao reclamante as diferenças referentes ao FGTS que não foram depositadas em sua conta vinculada, inclusive acréscimos legais. A 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região não conheceu do recurso interposto pelo reclamante. O recurso de revista para o Tribunal Superior do Trabalho, foi inadmitido. Ao agravo de instrumento, foi negado seguimento, com base nas súmulas 221, 126 e 208 do TST. Ao agravo regimental foi negado provimento. O recurso extraodinário subiu mediante o provimento de agravo de instrumento”. VIEIRA, Oscar Vieira. *Direitos Fundamentais: Uma leitura da jurisprudência do STF*. Colaboração de Flávio Scabin. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. pp.300-304.

perfilhamos o entendimento de que a resposta certa deve ser bem justificada com supedâneo moral.

Existe uma resposta certa, que pode interditar a discricionariedade judicial, mais afeiçoada à instrumentalização de métodos do que aos fundamentos do Direito, que estão escorados na moralidade política da sociedade, tal qual a consideração e respeito ao direito individual fundamental de não ser negativamente discriminado.

IV – RACIONALIDADE SUBSTANCIAL DE ACORDO COM A TEORIA DA INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN

Optamos nas paragens anteriores pelo método tópico-sistemático, de característica problematizadora, como a ferramenta adequada para auxiliar no ato de interpretar um caso difícil como a discriminação no trabalho, destacando a importância da linguagem como signo no processo discursivo de racionalidade jurídica, desde que não implique em filtros aos fundamentos do Direito que se escoram, de acordo com a tese que esposamos, nos princípios de moralidade política compartilhados intersubjetivamente em nossa realidade concreta.

Consideramos que a máxima de proporcionalidade, em uma situação hipotética específica, pode ser utilizada, desde que não ocorra a contenção dos argumentos de princípios vinculados aos direitos individuais fundamentais, como o direito fundamental de não ser negativamente discriminado em face de outros interesses, sob a roupagem de bens coletivos.

Pela argumentação empreendida, tiramos a ilação de que o modelo de regras/princípios e procedimentos proposto por Alexy é insuficiente e de difícil aplicação para o aprofundamento da discussão a respeito da discriminação no trabalho, de profunda implicação moral, pois admite tão somente o teor moral procedimental legitimado pela institucionalização democrática, ou seja, após diversos mecanismos de frenagem dos argumentos morais pelas regras procedimentais.

O modelo citado, além de não ser justificado sob o ponto de vista da moralidade política, leva a uma infinidade de regras procedimentais a partir de algumas dezenas delas, com pretensão de universalidade, como se tal rito permitisse a diminuição da tensão entre a certeza jurídica e a justiça de uma decisão judicial.

A opção pelo método tópico-sistemático no enfrentamento dos casos difíceis requer, ao nosso sentir, uma teoria jurídica que o fundamente, de modo que a sua aplicação seja um instrumento de tal teoria, que em nosso entendimento distancia-se da proposta engendrada pela Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy, e nos move em outra direção, de viés substancial.

Em razão disso, o conteúdo do capítulo em pauta se propõe a pesquisar a possibilidade de aplicação do Direito como integridade ao tema discriminação no

trabalho, de acordo com a teoria interpretativa construída e proposta por Ronald Dworkin, especialmente na obra *O Império do Direito* e com apoio no texto de sua autoria nominado de *Não Existe Mesmo Nenhuma Resposta Certa em Casos Controversos?*.

Tratamos a seguir da moralidade política e da influência dos argumentos morais no discurso jurídico, especialmente nos casos difíceis, destacando o esteio principiológico dessa temática, na versão apresentada por Dworkin.

Em momento posterior, mas sem compartimentação com a argumentação construída anteriormente e por ser construída, apresentamos o significado da tese da resposta certa das decisões judiciais, fazendo o cotejo indispensável com a questão da discricionariedade judicial.

Feitas tais considerações, fazemos a imersão a respeito da interpretação construtiva, de modo a explicitar o significado de extrair o Direito sob a melhor luz, em uma determinada decisão judicial.

Como tópico derradeiro, elegemos a discussão sobre o princípio da integridade concebido por Ronald Dworkin, a importância do mesmo na interpretação dos casos difíceis e para o ajuste que deve ser feito nas decisões judiciais decorrentes, no que concerne à redução do *déficit* de equidade entre ordenamento jurídico e a prática social de cunho moral aplicada ao Direito, ao que denominamos de racionalidade substancial.

4.1 Princípios de Moralidade Política e Divergências Judiciais

A argumentação a ser expendida indica a estreita e inseparável relação entre Direito e Moral, pois aquele é fundamentado a partir de uma prática influenciada por princípios de moralidade, por concepções carregadas de valorações, o que se aplica à discriminação no trabalho, cuja proibição da discriminação negativa decorre do princípio igualitário abstrato de que todos devem ser tratados com igual consideração e respeito.

Tal entendimento, respeitadas as peculiaridades, vem sendo construído pela jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal em manifestações jurisprudenciais sobre casos difíceis, de prospecção moral, em que se ressalta o rompimento de paradigmas históricos e culturais, privilegiando-se as liberdades fundamentais e a proteção de grupos vulneráveis.

Assim ocorreu na votação em plenário sobre a relação homoafetiva, em que se deu ênfase à hermenêutica construtiva e aos princípios fundamentais, como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade, de tal modo que é arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual, o que traduz o reconhecimento emergente das liberdades públicas, de que o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não, que integram a comunhão nacional[170].

Caracteriza-se a não-discriminação negativa no trabalho como princípio e direito fundamental e, sob essa égide, trata-se de uma questão insensível à escolha política, conforme discorrido em parágrafos anteriores, razão pela qual o ato de interpretar sobre tal temática requer além de um método adequado — como o tópico-sistemático ou pensar problemático —, uma concepção teórica sobre a interpretação.

Em diversos momentos do desenvolvimento desta tese, argumentamos que as decisões judiciais atinentes ao tema discriminação no trabalho são inescapáveis do discurso de teor moral, de tal modo que a justificativa a ser

---

[170] http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo626.htm#transcricao1. Acesso em 18/05/2011, 12:00 h. ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ. *Acórdão* pendente de publicação até esta data (18/05/2011). A decisão foi no sentido de reconhecer a relação homoafetiva como entidade familiar, com fundamento no princípio da igualdade e do direito fundamental de não ser negativamente discriminado por opção sexual, nesse sentido, um breve trecho do voto do Ministro Celso de Mello: "(...) se impõe proclamar, agora mais do que nunca, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Isso significa que também os homossexuais têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República (...) Incumbe, por isso mesmo, a esta Suprema Corte, considerada a natureza eminentemente constitucional dessa cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, velar pela integridade dessa proclamação, pois, em assim agindo, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir este julgamento – que já se mostra impregnado de densa significação histórica –, estará viabilizando a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não-discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática. Com este julgamento, o Brasil dá um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que têm marginalizado grupos minoritários em nosso País, o que torna imperioso acolher novos valores e consagrar uma nova concepção de Direito fundada em nova visão de mundo, superando os desafios impostos pela necessidade de mudança de paradigmas, em ordem a viabilizar, como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva". Nota: a integra pode ser obtida através do e-mail pesquisa@stf.gov.br.

privilegiada no instante decisório deve se pautar na racionalidade de teor moral , que há de prevalecer sobre qualquer outro tipo de racionalidade.

Há necessidade de aprofundar o que se entende por racionalidade de teor moral ou racionalidade substancial . Para tanto, temos que nos apoiar em uma teoria do Direito que nos remeta a essa reflexão. Tal arcabouço teórico encontramos na teoria interpretativa concebida por Dworkin, tendo por ponto de partida os princípios de moralidade política.

Dworkin sustenta que os juízes divergem teoricamente sobre o Direito, embora não se aprofundem sobre o seu fundamento, ou seja, sobre a concepção moral do mesmo. Para isso, é imprescindível a interpretação, que é a base da descoberta sobre o que é o Direito[171].

Nesse passo, observamos que a assertiva diz respeito às diferenças de concepção sobre o que seja o Direito, que reside no núcleo moral da sociedade, passível de ser desvendada mediante o ato interpretativo, ou seja, o Direito não é criado, tampouco descoberto, pois que existente no plano dos princípios de moralidade política.

Importante sublinhar, na esteira do escólio supracitado, que, conceitualmente, todos concordamos que há discriminação negativa no mundo do trabalho e, certamente, de modo aparente, todos concordamos que essa prática deve ser combatida. As concepções que daí derivam, no entanto, escancaram as divergências e os preconceitos negativamente discriminatórios.

Se houvesse o consenso de que a reprimenda à atitude negativamente discriminatória é o procedimento ético justificado sob a melhor luz moral, teríamos no plano jurisdicional uma responsabilidade mais acurada para apurar o mérito de questões jurídicas respeitantes à discriminação negativa no trabalho, sob o pálio de argumentos de princípios referentes ao direito fundamental de não ser negativamente discriminado, pois estamos diante de um valor ético e impessoal que deve ser assegurado pelo Estado e, particularmente, pela prestação jurisdicional qualificada pelos padrões éticos.

A interpretação sustentada por argumentos de princípios, pautados na moralidade política, caracteriza uma razão deontológica relativa ao intérprete, no sentido de impor interditos à discricionariedade judicial, em face de valores

---

[171] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Revisão Técnica: Dr. Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999. pp.3-18.

expressos por princípios e direitos fundamentais, e, por esse prisma, o Estado, representado pelo Poder Judiciário, deve atuar de forma impessoal, para possibilitar a concretização do que é moralmente correto[172].

Uma concepção teórica sobre o fundamento e a interpretação do Direito nos casos difíceis, como a discriminação negativa, deve ser construída a partir de princípios morais, reveladores de constrições deontológicas impostas ao intérprete, que não podem ser limitadas em qualquer circunstância[173], pois que referentes ao respeito e à consideração aos direitos fundamentais individuais de profundidade moral.

Essa razão deontológica que se impõe com os princípios de moralidade política determina o complexo de direitos e deveres, como um sistema jurídico coerente de princípios, construídos historicamente no âmbito de uma comunidade política, não no sentido da teoria comunitarista, mas do liberalismo-igualitário, na versão apresentada por Dworkin, sem olvidarmos que a nossa Carta Política apresenta características comunitárias e liberais-igualitárias, mas, se tratando de questões jurídicas com profundidade moral, temos que nos inclinar pela matriz principiológica do liberalismo igualitário, especialmente, como a concebe Ronald Dworkin.

Para estabelecer uma distinção mais precisa entre as características comunitárias e liberais-igualitárias, se faz oportuno destacar que o embate dessas duas correntes pode ser sintetizado pelas premissas a seguir, que rechaçam a crítica comunitária ao liberalismo-igualitário, de acordo com Gagarella: 1 – os liberais

---

[172] NAGEL, Thomas. *Visão a Partir de Lugar Nenhum*. Trad. Silvana Vieira. Revisão Técnica de Eduardo Giannetti da Fonseca. São Paulo: Martins Fontes, 2004. pp.273-289. O autor distingue razões relativas ao agente, razões neutras em relação ao agente, razões autônomas e razões deontológicas, para justificar o que se deve fazer. A razão relativa ao agente é uma referência essencial ao interesse de uma pessoa; a razão neutra em relação ao agente, por exemplo, diz respeito ao fato de se uma razão para alguém fazer ou querer fazer alguma coisa reduzirá a infelicidade no mundo. As razões autônomas limitariam o que estamos obrigados a fazer em benefício dos valores impessoais. As razões deontológicas limitariam o que nos é permitido fazer em benefício dos valores impessoais ou autônomos.

[173] VITA, Álvaro de. *A Justiça Igualitária e Seus Críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. pp.1-7. Álvaro de Vita, com apoio em Nagel, argumenta que “as razões relativas ao agente são aquelas que determinado agente tem para agir quando olha o mundo não de um ponto de vista objetivo e imparcial mas de seu ponto de vista individual e derivam da proposição de que cada pessoa tem sua própria vida para levar e são desdobradas em razões de autonomia pessoal; razões que derivam de obrigações especiais e as constrições deontológicas (...) as constrições deontológicas são interdições à ação individual ou coletiva. A proibição da tortura pode ser considerada uma constrição deontológica não excepcionável em nenhuma circunstância. De modo geral, é injusto que se prive uma pessoa arbitrariamente de sua vida, integridade física, liberdade ou propriedade, ou deixe de cumprir um contrato que com ela foi voluntariamente firmado”.

não aprovam uma posição atomista, pois os indivíduos se agrupam de modo formal ou informal; 2 – a ideia de neutralidade apregoada pelo liberalismo não significa inatividade estatal, pois o liberalismo igualitário exige ampla intervenção do Estado na regulação da vida da comunidade; 3 – o liberalismo igualitário tendeu a manter o princípio segundo o qual um Estado justo deve respeitar todas as diversas concepções do bem compatíveis com certos princípios básicos de justiça; 4 – o igualitarismo afirma que a justiça de uma ordem moral não depende de quais são os valores predominantes em determinada comunidade, como, por exemplo, a escravidão, os sistemas de castas, que alguns comunitaristas, em defesa do relativismo cultural, se recusaram a classificar de injusto; 5 – o liberalismo igualitário tende a manter a defesa do princípio de "dissociabilidade das pessoas", segundo o qual se deve considerar as pessoas como independentes e separadas entre si, e não como fazendo parte de um "corpo" comum. A defesa de tal princípio é básica para condenar aquelas políticas capazes de sacrificar alguns indivíduos em nome dos restantes, ou em nome de um alegado "bem comum"[174].

A sustentação de que deve existir uma melhor concepção do Direito, extraída de uma teoria da interpretação fundada em princípios de moralidade política, não está imune a poderosas críticas, como as desferidas pelos comunitaristas, nos moldes acima retratados, e outras com esteio no argumento da possibilidade concreta do pluralismo moral, o que é refutado por Dworkin ao distinguir filosofia moral de antropologia moral, sociologia moral, psicologia moral e criticar o relativismo moral apregoado por defensores do pragmatismo, para pontuar que, em questões morais, os argumentos devem ser morais, que não se prestam a explicar o porquê antropológico da atitude moral de cada um, o porquê sociológico do comportamento moral da sociedade e do repensar psicológico das convicções morais, arrematando com a seguinte questão: é uma questão moral, por exemplo, querer saber se um princípio que condena a discriminação racial oferece uma base sólida para se condenar a ação afirmativa, cuja resposta depende da solidez do princípio, de qual é sua melhor interpretação e de saber se apresenta tal consequência se for interpretado assim[175].

---

[174] GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls: Um Breve Manual de Filosofia Política*. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008. pp.153-158.

[175] DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2011. pp.108-120. Dworkin, analisando criticamente a tese pragmatista de Richard Posner sobre a teoria moral, advoga a independência da moral ilustrando com a seguinte questão: "a clitorectomia é

Por esse caminho da independência da moral com relação a outros ramos do conhecimento que também podem desenvolver estudos sobre a questão moral, ficam reduzidos os espaços para as injunções relativistas, as quais devem ser rechaçadas se consideramos que o ser humano o é em qualquer lugar e tempo, e, por isso, deve ser tratado com respeito e consideração, especialmente no sentido de não ser negativamente discriminado, como uma questão de princípio.

As instituições justas devem desenvolver suas competências de forma coerente com a convicção moral arraigada aos princípios de moralidade política da sociedade, para que a justiça seja realmente uma virtude que resgate a igualdade de consideração e respeito para com todos, principalmente aos mais vulneráveis dos pontos de vista histórico, econômico e social, o que definitivamente não se coaduna com uma posição relativista[176].

A concepção defendida pelo substancialismo Dworkiano apregoa a necessidade da coerência entre justiça e os princípios de moralidade política, cujo ajuste deve ser feito pelo Direito como integridade, que se constitui em uma virtude pela qual, nos atos interpretativos inerentes às decisões judiciais, os fundamentos morais das decisões passadas devem ser referência para a melhor interpretação do Direito, observada a historicidade dos princípios de moralidade política da comunidade.

O Direito como integridade se associa aos princípios da tolerância e o da igual consideração e do respeito, fulcro da igualdade distributiva dworkiana, sem menoscabo à liberdade, pois temos por referência o liberalismo-igualitário, em que é imprescindível a existência ampla das liberdades fundamentais, consideradas as diferenças que desigualam e as medidas protetivas aos grupos vulneráveis, pois a

---

certa ou errada? No domínio intelectual da sociologia moral, a pergunta é: quantas pessoas, por exemplo, acham que a clitorectomia é um erro, e quantas acham que tal prática é moralmente admissível, ou mesmo obrigatória? No domínio da antropologia moral, a pergunta é: o que explica melhor de que modo os seres humanos desenvolveram a tendência de emitir juízos sobre o que é certo ou errado do ponto de vista moral? No domínio da psicologia moral, a pergunta é: o que leva as pessoas a mudar seus pontos de vista morais quando estes já estão formados, ou a adquirir outros? Um quarto domínio é o da moral em si. A clitorectomia é errada? É errada em toda parte, ou em lugar nenhum? Para Dworkin, é possível que se explique de forma coerente sob diversos domínios intelectuais a prática da clitorectomia, mas, considerá-la errada onde quer que ocorra".

[176] Fazendo digressão sobre o que há de errado com o relativismo moral, Vita sustenta que "há razões fortes para rejeitar as concepções que propõem que o bem-estar de uma pessoa somente pode ser avaliado pelas crenças e valores da comunidade da qual ela é um membro, sobretudo se: esses valores e crenças perpetuam sua própria situação de inferiorização e de opressão no interior dessa comunidade; e as circunstâncias de sua vida dificilmente permitem outra opção que não a de aderir a esses valores e, consequentemente, valorizar positivamente sua própria situação de opressão". VITA, Álvaro de. *A Justiça Igualitária e Seus Críticos*, op. cit., p.158.

distribuição igualitária dos recursos pressupõe a participação livre e responsável, em uma comunidade caracterizada pela intolerância com as discriminações negativas, pois as pessoas são fins e não meios[177].

A tolerância, o tratamento com igual consideração e respeito e o Direito como integridade não desprezam o valor liberdade, que tem um lugar fundamental e seguro na distribuição igualitária de recursos, principalmente quando se perquire como as pessoas devem ser livres e aspectos pelos quais as pessoas devem ser iguais, por medida de justiça, a ser alcançada pelo princípio igualitário, que faz apologia à carga valorativa da liberdade, o que impõe ao governo o dever de cuidar bem desse valor, em face da consideração e do respeito que deve dispensar às pessoas[178], até no plano jurisdicional[179].

A distribuição igualitária de recursos judiciais deve considerar as desvantagens daqueles vulnerabilizados por posturas negativamente discriminatórias, o que é motivo suficiente para o aprofundamento meritório cuidadoso e responsável sobre questões jurídicas de fundo moral, ao qual devem se

---

[177] GUEST, Stphen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luis Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.23. Segundo Guest, "na ideia de que as pessoas têm direitos a tratamento com igual interesse e respeito, Dworkin é Kantiano. Este princípio muito abstrato no pensamento de Dworkin afirma a importância das pessoas como fins, não como meios. Afirma, também, na ideia de igualdade, a insistência de Kant na característica universalizável das regras morais. Mas, há pouco além disso que demonstre qualquer coisa específica em comum entre Kant e Dworkin".

[178] DWORKIN, Ronald. O Lugar da Liberdade. In: *A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pp.157-252. "A liberdade tem um lugar fundamental e seguro na igualdade de recursos. Pelo princípio igualitário, se a liberdade tem um valor, o governo deverá cuidar bem desse valor, em face da consideração e respeito que deve dispensar às pessoas. Desse modo, descarta-se o conflito entre liberdade e igualdade, pois se compreende que os direitos à liberdade são fundamentais e estarão protegidos quando se alcança a igualdade, diferentemente do transcendentalismo daqueles que consideram a liberdade a razão de ser da dignidade da pessoa humana (...) Os direitos das minorias devem ser considerados, não devendo haver discriminação negativa na distribuição de recursos, que não podem ser minuciosamente adaptados a planos e projetos, razão pela qual a liberdade deve ser restringida até o limite que deva ser, em face do principio da segurança, de tal modo que sejam conciliados os interesses da maioria com o da minoria. A igualdade só pode ser definida quando se presume a liberdade em vigor, e não pode ser aprimorada por políticas que comprometam o valor liberdade".

[179] Para Vita, "pela tolerância liberal, uma vez que as instituições básicas de uma sociedade liberal justa devem ser justificadas, a cada um de seus cidadãos, por razões que ninguém poderia razoavelmente rejeitar, essa justificação não pode se fundamentar em convicções e valores que são aceitos somente por uma parte dos cidadãos. Se esse tipo de parcialidade ocorre, os cidadãos que têm os seus valores ignorados podem argumentar que o poder político – a coerção coletiva – está sendo empregado contra o que julgam ser mais verdadeiro... Pelo liberalismo igualitário, se conscientemente aplicado, se garantiria o maior espaço possível para o florescimento de diferentes visões sobre o que torna a vida digna de ser vivida". VITA, Álvaro de. *A Justiça Igualitária e Seus Críticos*, op. cit., pp. 273-274.

adequar o processo e o procedimento, ainda que não se alcance a situação ideal, mas se possa fazer o melhor[180].

Temos o dever de assinalar, entretanto, o posicionamento crítico de Habermas com relação à norma fundamental de Dworkin do igual respeito e consideração, que para o autor alemão só pode ser resgatada com a admissão de pressupostos pragmáticos derivados do discurso racional em que as condições comunicativas: a) previnem uma quebra não motivada da argumentação; b) garantem o acesso universal à argumentação e à participação simétrica nela e neutralizam qualquer coerção externa que possa influir sobre o processo de entendimento, com o adendo de que não se pode afirmar que os discursos jurídicos constituem uma parte das argumentações morais[181].

Uma argumentação jurídica devidamente fundamentada e parametrizada em condições ideais de comunicação deve se pautar pelos princípios fundamentais e direitos fundamentais e ser justificada sob o ponto de vista da moralidade política que sustenta tais princípios e direitos. A isso denominamos de racionalidade substancial, à qual a racionalidade procedimental deve atuar em caráter de complementaridade, ainda que se apregoe ter a mesma teor moral, pois as divergências entre diversas decisões, mais do que fáticas e conceituais, dizem respeito a concepções, em que os argumentos linguísticos funcionam como filtro aos argumentos morais.

O ensinamento de Dworkin é de que as divergências existentes repousam em questões de fato, questões de direito (respeito às decisões passadas), em questões interligadas de moralidade (princípios morais de uma comunidade) e fidelidade . Tais questões compõem o discurso judicial, cujas proposições jurídicas podem ser verdadeiras ou falsas ou nem uma coisa nem outra[182].

De modo a exemplificar as divergências fáticas, podemos dizer que a sentença judicial, trazida à ilustração no limiar desta tese, prolatada em desfavor da

---

[180] KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.106. Kymlicka, ao rebater algumas críticas sobre a teoria da igualdade de recursos de Dworkin, questiona: “se não conseguimos igualar completamente as circunstâncias do mundo real, então, o que mais podemos fazer para corresponder a nossas convicções a respeito da arbitrariedade de nosso lugar na distribuição das circunstâncias naturais e sociais? Ao que responde: Dworkin não diz que seu esquema compensa plenamente desigualdades imerecidas, mas apenas que é o melhor que podemos fazer para satisfazer nossas convicções de justiça. Para criticá-lo, precisamos demonstrar como podemos satisfazer melhor estas crenças ou por que não devemos tentar satisfazê-las”.

[181] HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia; entre facticidade e validade* – vol. 1, op. cit., p.287.

[182] DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*, op. cit., pp.3-18.

trabalhadora portadora do vírus HIV, fez uma avaliação fática totalmente diferente da sustentada pelo *acórdão*. O magistrado de primeira instância firmou a convicção em torno da inexistência de danos sofridos pela trabalhadora em razão da dispensa, enquanto que pelo *acórdão* se reconheceu o fato discriminação derivada de preconceito em face do portador de HIV.

A divergência fática revelou a divergência quanto à aplicação da norma positivada, como o Direito deveria ser, de tal modo que na sentença, de certa forma, respeitaram-se tópicos tradicionais em decisões judiciais: *não havendo dano, fato ilícito e nexo causal, não haverá direito à reparação.* Por seu turno, o *acórdão*, de maneira razoável, apoiou-se em decisões políticas passadas, na medida em que o teor decisório teve por foco princípios e direitos fundamentais constitucionalizados que traduzem a opção político-constitucional da sociedade.

Os juízes também divergem sobre as respostas interpretativas aos casos difíceis, como a discriminação no trabalho e, particularmente, quando derivada de postura preconceituosa, seja em face da raça, seja em face do sexo, da religião, da orientação sexual e, inclusive, da circunstância de uma trabalhadora ser portadora do vírus HIV, tal qual relatado acima.

É possível que tal divergência tenha como sustentáculo o padrão de moralidade de cada intérprete do Direito, a concepção valorativa com relação à vida, ao mundo e às pessoas, ou seja, existiria, destarte, uma pré-compreensão sobre a matéria posta à apreciação jurisdicional.

Essa divergência de fundo moral pode levar a compreensões diversas a respeito do significado dos conceitos, contribuindo para as decisões judiciais discricionárias, autorizadas pelo ordenamento positivo, que podem ser bem fundamentadas sob o pálio positivista, mas sem a justificativa que expresse a melhor concepção interpretativa do Direito.

Para melhor exemplificar, na questão jurídica colacionada ao trabalho em tela, a decisão que enveredou pela trilha da inexistência do direito à reparação em razão dos danos sofridos pela trabalhadora portadora do vírus HIV, embora arrazoada na lei civil, pode ser considerada discricionária, pois não fez qualquer remissão, pelo menos, aos princípios e direitos fundamentais. Por sua vez, houve uma restrição à discricionariedade a teor da decisão proferida pelo *acórdão*, que teve por parâmetro uma melhor postura interpretativa à luz de princípios de moralidade política.

As proposições jurídicas encampadas pelo discurso judicial derivam de outras proposições que fundamentam o Direito, razão pela qual os juízes têm divergência teórica. Todavia, de acordo com Dworkin, não há nenhuma teoria plausível sobre a divergência teórica em torno do Direito, com particular relevo para as decisões judiciais[183].

As divergências referentes às questões de fato referem-se às decisões tomadas no passado e representam, na visão do autor, a divergência como o Direito deveria ser, o que induz o juiz a exercer o discernimento discricionário para preencher as lacunas do Direito, em contraponto à tese de que existem normas jurídicas para serem aplicadas a todos os casos. Tais teses, entretanto, separam o Direito da moralidade.

Em casos de profundidade moral, tal qual a discriminação negativa derivada de preconceito, que é invasiva à honra do vitimado, não há como desvincular o discurso judicial do discurso moral, de tal modo que as regras jurídicas, entendidas como espécies de normas jurídicas, podem não ser suficientes para o deslinde do imbróglio judicial, como aconteceu com a sentença proferida, a qual indeferiu o pleito da trabalhadora portadora do vírus HIV, sem que se tenha adentrado no mérito sobre a existência ou não do abuso do direito do empregador, ao despedir a trabalhadora, discriminando-a negativamente.

Além da dimensão moral do Direito, Dworkin argumenta que o Direito é um fenômeno social com prática argumentativa, de tal modo que a construção de uma teoria sobre a divergência teórica do Direito deve ser elaborada a partir do ponto de vista do participante interno da prática jurídica, ou seja, a partir da argumentação jurídica formal usada nas decisões judiciais referentes aos casos complexos, que devem ser ajustadas aos princípios de moralidade política.

A colocação acima tem forte relação de pertinência com o propósito deste trabalho, na medida em que a argumentação formal que se observa nas decisões judiciais referentes aos casos de discriminação no trabalho possue matizes diversas. De acordo com o exemplo trazido na fase exordial da temática em apreço, os participantes internos têm posições teóricas divergentes.

Na linha da sentença judicial, adotaram-se premissas investigativas de índole civilista, para verificação do dano, do fato ilícito e do nexo causal, enquanto o

---

[183] Idem, pp.3-18.

acórdão peregrinou pela existência do preconceito na sociedade em face de pessoas portadoras do virus HIV, revelando que há a discriminação negativa na dispensa da trabalhadora portadora de tal vírus.

Dworkin indica que as divergências entre os juízes são de como o Direito deveria ser (aperfeiçoamento do Direito), sem a preocupação em se aprofundar sobre a natureza do Direito, pois a divergência factual existe em razão ao sentido plurívoco das palavras jurídicas. Contudo, a verdadeira divergência é com relação à essência do Direito[184].

Destarte, em nosso caso, a divergência deve ser com relação ao acolhimento ou não da existência do preconceito em face do portador de HIV, decorrendo daí a ofensa ao direito fundamental de não ser negativamente discriminado, ou não. A par disso, devemos convir que a melhor decisão deva ser precedida de investigação que se traduza em exatidão qualificada do processo, afinal a proibição da discriminação, sob o ponto de vista da moralidade política, é uma questão insensível à escolha, da qual o argumento moral é parte intrínseca.

Dworkin identifica que não existe uma construção teórica vinculada ao fundamento do Direito que lhe possibilite uma melhor interpretação. Diante dessa problemática, investiga-se e fundamenta-se um modelo teórico apto a responder à inquietante questão se existe uma resposta certa para as decisões judiciais, derivada de um ato interpretativo mais substantivo, especialmente nos casos difíceis. O que juízes pensam sobre o Direito, porque divergem sobre o Direito e qual o tipo de divergência? As respostas a essas questões são importantes, porque as decisões judiciais interferem na vida das pessoas[185].

O direito fundamental de não ser negativamente discriminado na relação laboral tem um fundamento que repousa nos princípios de moralidade política, de tal maneira que todos devemos ser tratados e tratar com igual consideração e respeito, e ao Estado cumpre a tarefa de fazer valer materialmente tal postulado, cenário em que está inserido o poder judiciário com a competência para a prestação jurisdicional.

---

[184] Ibidem, pp.3-18.
[185] Ibidem, pp.3-54.

A resposta certa das decisões judiciais sobre a discriminação no trabalho deve estar pautada por esse pensamento ético[186], por isso a questão jurídica discriminação negativa no trabalho deve ter seu deslinde jurisdicional examinado a partir de argumentos de princípios substanciais, com as adequadas problematização e sistematização jurídica.

No caso trazido a lume, observamos, pelo teor do *acórdão* que reformou a sentença, o estabelecimento da premissa sem demonstrabilidade, de que o preconceito é um fato que não deve ser ignorado, pois que regularmente presente e contínuo nas relações sociais, expandindo-se para as relações laborais, cujos vitimados são os trabalhadores.

No entanto, a sentença ignorou tais assertivas do *acórdão*, o que ressaltou as divergências entre o magistrado de primeiro grau e o desembargador relator, a respeito da questão dos danos sofridos pela trabalhadora portadora do vírus HIV. As decisões judiciais foram diferentes, não em razão do método de interpretação adotado, pois por um mesmo método pode-se chegar às mesmas ou diferentes decisões.

Se a divergência metodológica não é suficiente para detectar o fundamento pelo qual divergem os juízes, devemos acolher o posicionamento de que a divergência é teórica ou de fundo moral, dada a pré-compreeensão valorativa que temos sobre tudo o que é aparentemente conhecido ou o que está por se conhecer de forma aparente, mas é o que pode ser conhecido.

Nas questões jurídicas que envolvam a discriminação negativa, a resposta certa da decisão judicial virá com a busca do fundamento do direito fundamental de não ser negativamente discriminado. Não basta simplesmente interpretar, pois a interpretação deve ser observada sob o ponto de vista teórico a partir de princípios morais substantivados constitucionalmente como princípios e direitos fundamentais.

Ao nos referirmos ao respeito às decisões passadas, estamos nos embasando nas decisões políticas atinentes ao catálogo de princípios e direitos fundamentais, explícitos ou implícitos, que compõem a Constituição da República

---

[186] Segundo Nagel, **"**o pensamento ético é o processo de levar a objetividade a influenciar a vontade, de tal modo que a verdade ética em geral é que ela deve ser um resultado possível desse processo, se conduzido corretamente (...) (e há mais de uma maneira de estabelecer um dado princípio, ao qual se chega de diferentes pontos de partida e por diferentes rotas de argumentação)". NAGEL, Thomas. *Visão a Partir de Lugar Nenhum*, op. cit., pp.231 e ss.

Federativa do Brasil. Essa observação é necessária, pois precisamos ter um mínimo de racionalidade, um ponto de partida, que, convenhamos, não deve ser de um pretérito profundamente alongado. Podemos dizer que essa é a base positiva dos princípios de moralidade política vigentes em nossa sociedade.

No momento hodierno, não sobram rastilhos de dúvidas de que o trabalhador portador do vírus HIV deve ser considerado e respeitado por todos, incluindo o Estado. Outrora, talvez não tenha sido assim. E em um Estado Democrático de Direito como o nosso, isso tem maior veemência, de tal modo que ao Judiciário Trabalhista, no exercício de sua competência jurisdicional, cabe prestar a tutela da forma mais qualificada possível, para conferir plena concretização ao direito fundamental de não ser negativamente discriminado.

Dworkin é incisivo e insistente em argumentar que o processo judicial tem uma dimensão moral, exercendo influência na vida das pessoas, que podem ser alcançadas por decisões consideradas justas ou injustas, o que revela a importância de se analisar as decisões judiciais e os motivos pelos quais ocorrem as divergências entre os juízes[187].

Essa visão do Direito intricado com princípios de moralidade política está atrelada à consideração e ao respeito aos direitos fundamentais e não no que a maioria de determinada comunidade aceita como moralidade adequada, pois por essa trilha teríamos que conviver, por exemplo, com práticas racistas ou de predominância de concepção religiosa, que não condiz com uma vida digna para todos.

Tal observação é necessária para fazer a distinção sobre o posicionamento de outros autores, como, por exemplo, Karl Engisch, que, partindo para o âmbito da moralidade, afirma que há concepções morais dominantes pelas quais o juiz se deve deixar orientar, de acordo com as concepções dos correspondentes setores populacionais, que podem sem dúvida ser sempre aqueles cujo juízo é aceito como válido por cada ordem jurídica, de tal modo que, se o próprio juiz se situa dentro destes setores, ele também pode consultar o seu sentimento ético. Mas terá de ter o cuidado de averiguar se não se encontra isolado na sua concepção[188].

---

[187] Ibidem, pp.3-54.

[188] ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 8.ed. Trad. J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Lacouste Gulbenkian, 2001. pp.205-274. De acordo com o autor, “se se tratar de questões

A assertiva em apreço deve ser analisada com a devida cautela, pois nem sempre as concepções predominantes em setores populacionais e válidas pela ordem jurídica se pautam no princípio da igual consideração e respeito aos direitos fundamentais essenciais à individualidade humana e às liberdades fundamentais, pois o que realmente importa é a caminhada conjunta da liberdade com a igualdade.

Em nossa ambiência democrática, a possibilidade do debate com ampla liberdade deve ser incessantemente buscada e preservada, precipuamente, no que concerne à distribuição de recursos disponíveis para diminuir as desigualdades existentes. E, quando falamos em distribuição de recursos, ousamos em aplicá-la à distribuição igualitária dos procedimentos inerentes ao processo jurisdicional, considerando as desigualdades entre as partes.

Nesse debate, está implícito o processo comunicativo jurisdicional que deve permitir a participação de todos os interessados no deslinde de uma questão complexa, que revela interesse público, por possuir estatura de princípio e direito fundamental, razão pela qual, quando nos deparamos com a discriminação negativa no trabalho, não há como assentir com a ausência do Ministério Público do Trabalho.

No discurso jurisdicional, devem ser considerados com igual respeito os interesses da minoria, as desigualdades socioeconômicas, assim como o princípio da tolerância para as mais diversificadas posturas: religiosas, morais, políticas, ideológicas etc., de modo que todos possam ser ouvidos em um processo de deliberação, com apego aos argumentos morais, que por indução devem trazer para o bojo do discurso judicial o procedimento adequado.

Diante disso, a igualdade material, para a qual a formalidade procedimental deve ser submissa, só poderá ser alcançada em um espectro em que se respeite a liberdade de consciência e de expressão, o que se aplica ao debate em um processo judicial sobre discriminação no trabalho, sem a preocupação crucial com os grilhões procedimentais, mas com foco principal na fruição dos argumentos conectados à moralidade política.

éticas fundamentais, o juiz não poderá desprezar aquilo a que se chama lei moral objetiva, que o legislador pressupõe e aceita como válida. Em certas questões, existe uma tradição moral firme e tão segura que o Direito a pode tomar por base com o sentido de uma lei moral objetiva. Quer o preenchimento dos conceitos objetivos normativos, carecidos de um preenchimento valorativo, se possa apoiar numa tradição moral inteiramente firme, quer se tenha de orientar pelos juízos de valor mutáveis de setores populacionais em mudança, a função desses conceitos normativos em boa parte é justamente permanecerem abertos às mudanças de valorações".

A preservação do valor liberdade é crucial para o alcance da distribuição igualitária de recursos, e esta, por seu turno, é crucial para aquela, dada a relação dialética entre esses dois valores, que devem ser tratados como virtude política única com suas repercussões no plano jurisdicional.

Enfim, essa é a base dos princípios de moralidade política, sustentada por Ronald Dworkin, que perfilhamos para fortalecer o entendimento de que as pré-compreensões negativas devem ser revisitadas e revistas de modo mais amplo possível, com a evolução da perspectiva inicial de nossa compreensão sobre os casos difíceis de estatura moral, mediante a fundamentação jurídica justificada por argumentos morais, com a congruência discursiva dos princípios da igual consideração e respeito e da integridade do Direito, o qual será tratado mais amiúde em tópico posterior[189].

4.2 A Tese da Resposta Certa[190]

O termo "caso difícil" é recorrente na obra de Dworkin e não poderia deixar de sê-lo neste trabalho, daí ser pertinente estabelecer o que consideramos um caso difícil. Alguns apontam as seguintes características de um caso difícil: 1) mesmo sendo clara a norma, pode existir mais de uma alternativa razoável de solução; 2) quando dois ou mais princípios colidam; 3) quando não existe nenhuma norma aplicável, ou então lacuna; 4) quando, mesmo que exista e seja clara a norma, a norma é injusta; 5) quando, mesmo que exista um precedente judicial, à luz de um novo caso, se considere necessário modificar[191].

Alexy, por sua vez, ao discorrer sobre os argumentos pautados em princípios, faz referência ao termo "casos duvidosos", que podem surgir em razão do

---

[189] NAGEL, Thomas. *Visão a Partir de Lugar Nenhum*, op. cit., pp.5-7. Sobre a mudança da perspectiva inicial que temos sobre as coisas do mundo, revela o autor que "uma sucessão de avanços objetivos pode levar-nos a uma nova concepção da realidade que deixe cada vez mais para trás a perspectiva pessoal ou meramente humana. Mas, se o que buscamos é entender o mundo todo, não podemos esquecer esses pontos de partida subjetivos indefinidamente; nós e nossas perspectivas pessoais pertencemos ao mundo (...) Pensamos, – prossegue o autor –, com razão, que a tentativa de distanciar-nos de nossa perspectiva inicial é um método indispensável para ampliar nossa compreensão do mundo e de nós mesmos, para aumentar nossa liberdade de pensar e agir e para nos tornamos melhores".

[190] DWORKIN, Ronald. Não Existe Mesmo Nenhuma Resposta Certa em Casos Controversos? In: DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. pp.176-249.

[191] OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. Casos Difíceis no Pós-Positivismo. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pp.210-211.

que se denomina de textura aberta do Direito, do caráter vago da linguagem do Direito, da possibilidade de contradições entre normas, a falta de uma norma na qual a decisão possa ser apoiada e a possibilidade de decidir até mesmo contra o enunciado de uma norma em casos especiais[192].

Todas essas premissas estão relacionadas à possibilidade de abertura do Direito positivo, o que fortalece a tese de que a discricionariedade judicial é uma alternativa plausível, autorizada e boa para a interpretação do Direito, de tal modo que o intérprete cria e descobre o Direito, com o que não concordamos, pois entendemos que o fundamento do Direito está fincado na prática da moralidade política da sociedade que deve ser o parâmetro justificador das decisões judiciais com fundamentos nos princípios substantivos constitucionais, o que funciona como interdição ao poder discricionário.

Ademais, ao aplicar as premissas acima elencadas, que caracterizam um caso difícil, poderíamos inferir que em um caso de discriminação negativa no trabalho, apesar da existência de uma norma processual a respeito do ônus da prova, por exemplo, a sua aplicação é injusta por desfavorecer o vitimado pelo preconceito que resultou no ato discriminatório, dadas as dificuldades para produzir provas a seu favor[193] e, por ser injusta, uma alternativa consubstanciada no preceito ético da igual consideração e respeito, no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, no princípio e direito fundamental de não ser negativamente discriminado, deve ser buscada. Pois a discriminação negativa no trabalho é um caso difícil, por sua verticalidade moral.

---

[192] ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Organização: Ernesto Garzón Valdés, Hartmut Kliemt, Lothar Kuhlen e Ruth Zimmerling. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009. pp.83-84.

[193] Para melhor indicar o périplo que deve ser enfrentado pelo empregado vitimado pela discriminação negativa no trabalho, podemos ilustrar com o processo 0138400-51.2007.5.04.0021 (RO), disponível em www.trt4.jus.br/consultas/jurisprudência 2º grau/Acórdão do processo 0138400-51.2007.5.04.0021 (RO) – anexo 3 –, disponível em 07 de janeiro de 2010, às 15:00h, oriundo do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul – TRT-4ª Região, datado de 20 de maio de 2009, no qual se noticia que um trabalhador exercente da função de operador de caixa em um estabelecimento de uma rede multinacional de supermercados, argumentou que foi despedido sem justa causa por motivo de discriminação racial pelo fiscal de caixa, tendo a empresa se omitido quando foram pedidas providências para cessar a atitude discriminatória. Da análise do teor do *acórdão*, podemos destacar alguns aspectos relevantes: o Ministério Público do Trabalho não participou do processo, tampouco a entidade sindical representativa da categoria profissional. A decisão inibitória consistiu na indenização revertida ao patrimônio do obreiro, não havendo qualquer providência jurisdicional no sentido de inibir futuras discriminações negativas no ambiente de trabalho da empresa, com relação aos atuais e futuros trabalhadores; o reclamante, além das provas testemunhais (03), teve de fortalecer o seu acervo probatório com denúncia formalizada junto à Delegacia Regional do Trabalho, à Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembleia Legislativa e à Polícia Civil, além de laudo comprobatório de tratamento psicológico em face de depressão.

Atienza, por seu turno, não conceitua caso difícil, mas faz referências metodológicas ao seu enfrentamento procurando identificar um modelo para a reconstrução racional do processo de argumentação nos casos difíceis, arregimentando, com apoio em MacCormick, quatro tipos de problemas jurídicos[194]:

> 1) problemas de pertinência, que ocorrem quando há dúvidas sobre qual seja a norma aplicável ao caso; 2) problemas de interpretação, que surgem quando existem dúvidas sobre como se há de entender a norma ou as normas aplicáveis ao caso; 3) problemas de prova, que se propõem se há dúvidas sobre se um determinado fato ocorreu; 4) problemas de qualificação, que surgem quando há dúvidas sobre se um determinado fato, que não é discutido, recai ou não no campo de aplicação de um determinado conceito, contido no caso concreto ou na consequência jurídica da norma.

Os problemas jurídicos elencados por Atienza para os casos difícieis têm por ponto de partida o questionamento sobre qual a norma a ser aplicável ao caso, o que pode ser insuficiente quando não existir norma explícita a respeito da questão em desate discursivo no plano judicial, tendo por consequência uma possível decisão pelo encerramento do caso sem profundidade meritória, pois se não há norma não há caso.

Nessa situação, a discriminação negativa no trabalho perduraria no espaço e no tempo, porquanto, precisaríamos de enunciação taxativa sobre o que seja discriminação negativa no trabalho, o que não é uma tarefa hercúlea no decorrer de um longo tempo, diferentemente da investigação sobre a existência ou não da postura preconceituosa e discriminatória, a partir de argumentos de princípios no decorrer de um curto espaço de tempo.

Em se tratando do ordenamento jurídico brasileiro, existe substancial legislação a respeito da discriminação no trabalho, por conseguinte, o problema não reside em priorização exacerbada de interpretar a norma, mas em problematizar a questão e buscar uma solução justa que valorize os princípios fundamentais e os direitos fundamentais.

Em segundo lugar, Atienza diz que é preciso determinar se o problema surge por uma insuficiência de informação (a norma aplicável ao caso é uma norma particular que, em princípio, não cobre o caso submetido à discussão) ou

---

[194] ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*, op. cit., pp. 324-329.

por um excesso de informação (a norma aplicável pode, em princípio, ser entendida de várias maneiras incompatíveis entre si).

Em terceiro lugar, nos casos difíceis, Atienza sugere que é preciso construir hipóteses de solução para o problema, com a construção de novas premissas para se chegar à conclusão. Por fim, em quarto lugar, o autor entende que é preciso passar a justificar as hipóteses de solução formuladas, com argumentos a favor da interpretação proposta.

Essa proposta de construção hipotética de solução para o problema aparenta-se bastante atraente, principalmente se tratada como sequência da problematização do caso complexo levado ao plano jurisdicional, o que remete, inclusive, ao aspecto problemático da tópica, apesar de o método tópico ser criticado por Atienza.

Com relação aos critérios de correção das decisões judiciais, Atienza se pronuncia no sentido de que um método, para representar adequadamente os processos de argumentação, deve se apoiar em uma teoria que necessariamente incorpora conteúdos de natureza política e moral, com o que devemos concordar, acrescendo que tal teoria é objeto de reflexão de Ronald Dworkin.

Dworkin, ao distinguir argumentos de princípio de argumentos de política, entende que os casos difíceis devem ser resolvidos mediante a argumentação jurídica pautada em princípios, que são proposições que descrevem direitos individuais tal qual o direito de não ser negativamente discriminado, no sentido de proteger uma minoria que tem direito à igualdade de consideração e respeito. Isso não significa que os direitos são absolutos, pois o peso de um direito é mensurado pela capacidade de suportar a concorrência com outro direito, mas que se trata de uma hipótese pouco provável, em se tratando de discriminação negativa. De qualquer modo, tais direitos não podem ser menos importantes que todas as metas sociais, que são justificadas por argumentos de política[195], típicos das decisões pragmáticas.

---

[195] DWORKIN, Ronald. *Levando Os Direitos a Sério*, op. cit., pp.127 e ss. Na defesa de sua tese de direitos, Dworkin imagina o juiz Hércules, que, dentre outras questões, responde aos casos difíceis de natureza constitucional, da seguinte maneira: **"**A Constituição estabelece um sistema político geral que é justo o bastante para que o consideremos consolidado por razões de equidade. Os cidadãos se beneficiam do fato de viverem em uma sociedade cujas instituições são ordenadas e governadas de acordo com esse sistema, e devem também assumir seus encargos, pelo menos até que um novo sistema entre em vigor, quer por meio de uma emenda distinta, quer através de uma revolução geral. Em seguida a isso, Hércules deve se perguntar qual sistema de princípios foi estabelecido".

A discriminação negativa no trabalho deve ser tratada como um caso difícil por ter uma apelação moral de grande monta, respeitante que é às convicções morais das pessoas sobre raça, cor, naturalidade, sexo, opção sexual, ou pelo fato de algum trabalhador ser portador do vírus HIV, dentre outros motivos que levam a diferentes formas de discriminação negativa[196], de tal modo que o tema deve ser considerado e respeitado como um direito fundamental, um princípio fundamental, uma questão de relevante interesse público insensível à escolha política.

Feito tal esquadrinhamento, nos cabe continuar a perquirir se em casos difíceis, como a discriminação negativa no trabalho, existe uma resposta mais correta em um processo judicial, da qual se possa extrair a melhor luz do Direito.

Para Ronald Dworkin, a questão se existe uma resposta certa nos casos controversos é um tema central para um grande número de controvérsias sobre o que é o Direito, especialmente nos casos difíceis. Refere-se à questão de se os juízes sempre têm o poder de decidir em casos controversos e se existe o que os filósofos chamam de lacunas no Direito[197].

No magistério do nosso autor, embora o deslinde dos casos difíceis revele pontos controvertidos sobre a resposta correta, isso não se traduz na postura cética de que não existe uma resposta correta, típica de versões que se apoiam no discurso da discricionariedade judicial, que, consoante a tese que acolhemos, deve sofrer interdição pelos parâmetros estabelecidos por princípios e direitos fundamentais extraídos da moralidade política da sociedade, restringindo, assim, a margem de liberdade para se decidir em um ou outro sentido[198].

---

[196] VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais*, op. cit., pp.336-378. Um caso difícil, de acordo com a concepção que esposamos, diz respeito ao sistema de cotas para ingresso no ensino superior. A esse propósito, verificar o andamento da discussão sobre a questão no Supremo Tribunal Federal e, em especial, a ADI 3.197 (caso das cotas na UERJ). A lei impugnada estabelece cotas para estudantes carentes oriundos da rede pública, para negros e para pessoas portadoras de deficiência. Os principais argumentos a favor da sua inconstitucionalidade: ofensa aos princípios da isonomia e da interdição de discriminações; transgressão do princípio democrático e republicano do mérito; desrespeito ao princípio constitucional da proporcionalidade; decisões da Suprema Corte Norte-Americana (caso *Bakke,* caso *Grutter vs. Bollinger et. All)*; critério ilegítimo da cota da escola pública etc. pela improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade, os principais argumentos são os seguintes: fatos sobre a desigualdade racial brasileira no ensino; o impacto da desigualdade; os vestibulares e a violação ao princípio da igualdade; a ação afirmativa como instrumento de promoção da igualdade material; a ação afirmativa quanto à sua constitucionalidade.

[197] DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*, op. cit., pp.175-180.

[198] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Judicial*. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.48. Em sentido diferente, na doutrina pátria não devemos desprestigiar o conceito de discricionariedade administrativa trabalhado por Celso Antônio Bandeira de Mello, que *mutatis mutandis*, pode se projetar para o plano jurisdicional. Segundo esse autor, a discricionariedade é "(...) a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos

Essa hipótese da resposta certa enseja o contraponto de que se caracteriza por acentuado subjetivismo, mas a isso podemos refutar com a assertiva de que a visão de cada um é construída intersubjetivamente no interior de uma realidade objetiva, portanto, a objetividade para se alcançar a resposta certa é possível, pois no Direito, como em tudo na vida, temos de admitir objetivamente que temos um caminho a percorrer e não que vamos do nada para lugar nenhum[199].

A discricionariedade judicial tem apoio nas seguintes premissas, segundo Dworkin: a) a conduta linguística superficial de alguns juristas sugere que, entre duas alternativas de decisão no ordenamento jurídico, não haverá espaço para uma terceira, pois a lei pode autorizar a decisão discricionária em um ou outro sentido, ou, se o caso é difícil, a lei pode autorizar o uso da discricionariedade; b) em face da imprecisão do Direito ou da não demonstrabilidade das teses, pela discricionariedade sempre haverá uma decisão possível, com base no dever de decidir do juiz, sem que haja permissão legal para o exercício do poder discricionário[200].

Pela primeira premissa, o uso do poder discricionário pelo magistrado pode resultar em decisões diversas, haja vista que na discricionariedade judicial há a convergência de valorações, com diferentes concepções, conforme o caso e de acordo com as pré-concepções de cada magistrado instado a julgar, o que reforça a ideia de que não há possibilidade de uma resposta correta, o que nos poderia levar a acreditar na existência de inúmeras respostas corretas ou inúmeras respostas falsas sobre uma questão complexa.

---

cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente".

[199] De acordo com NAGEL, Thomas. *Visão a Partir de Lugar Nenhum*, op. cit., p.243-245: "(...) É verdade que, quando se conta apenas com uma concepção do mundo formada a partir de lugar nenhum, não há como dizer se algo tem valor. Mas uma visão objetiva conta com muitas coisas, pois seus dados incluem a aparência do valor para os indivíduos com perspectivas particulares, incluindo nosso caso pessoal. Nesse aspecto, a razão prática não difere de nenhuma outra coisa. Partindo da ideia pura de uma realidade possível e de um conjunto muito impuro de aparências, tentamos dar conteúdo à ideia de realidade para conferir algum sentido, ainda que parcial, às aparências, usando como método a objetividade. Para descobrir como é o mundo visto de fora, temos que abordá-lo de dentro: não surpreende que o mesmo se dê no caso da ética. (...) O fato de que a moral seja inculcada pela sociedade e que haja uma divergência radical sobre ela entre as diversas culturas ao longo do tempo, e dentro de uma mesma cultura num mesmo momento, é razão insuficiente para concluir que os valores não têm realidade objetiva".

[200] DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*, op. cit., pp.180-216. Para aprofundamento sobre a crítica às teorias semânticas, desferida por Dworkin.

Pela segunda premissa antes levantada, qualquer decisão possível resultará, também, em diferentes respostas com proposições verdadeiras ou falsas, pelos mesmos motivos registrados no parágrafo anterior.

É preciso que os juízes tenham o poder discricionário? – pergunta Dworkin. A questão é pertinente tendo em vista que as diferentes decisões judiciais sobre uma mesma questão jurídica resultam de divergências sobre o modo como os juízes decidem, uma vez que, dada a discricionariedade, eles não têm o dever de decidir de uma ou de outra maneira, mas da maneira que melhor aprouver, quando tal discricionariedade poderia ser restringida com fulcro na interpretação norteada pelos princípios e direitos fundamentais.

Dworkin destaca três sentidos do poder discricionário: 1) se o dever for definido por padrões que pessoas razoáveis podem interpretar de maneiras diferentes; 2) se a decisão for definitiva, no sentido de que nenhuma autoridade superior poderá rever ou descartar essa decisão; 3) quando algum conjunto de padrões que impõe deveres não visa, na verdade, impor um dever de tomar uma decisão específica[201].

As teses referenciadas com fulcro no conceito de discricionariedade judicial têm como ponto comum a indeterminação das decisões judiciais, para as quais Alexy, conforme o enfoque em capítulo anterior, propõe o modelo de regras/princípios/procedimentos, com matriz no discurso racional vocacionado ao entendimento com o uso da razão comunicativa[202].

Com escopo em tal indeterminação, derivada da plurissignificância de alguns conceitos jurídicos, Engisch aduz que a discricionariedade é um dos conceitos que possuem maior relevância, além de ser um dos mais difíceis da teoria do Direito, em face de alguns significados atribuídos ao mesmo, tais como: a)

---

[201] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério.* Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp.108-113. Para ilustrar o primeiro sentido, Dworkin exemplifica com o sargento que recebe ordens para escolher cinco homens mais experientes para uma patrulha. No segundo sentido, o exemplo é a decisão de um árbitro de linha sobre se um jogador está impedido ou não. No terceiro sentido, uma cláusula de contrato de locação que concede ao locatário o poder discricionário de optar ou não pela renovação do contrato.

[202] HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia; entre facticidade e validade* – vol. 1, op. cit., pp.278-279. Sustentando o paradigma procedimentalista da interpretação do Direito, Habermas assinala que "a indeterminação da decisão judicial pode ser limitada pelo compartilhamento intersubjetivo dos parceiros do Direito, ancorado na comunicação pública dos cidadãos, da qual o juiz Hércules, imaginado por Dworkin, deveria fazer parte, orientando-se pelos *standards* da prática de interpretação reconhecidos na profissão, os quais devem garantir a objetividade e a controlabilidade intersubjetiva do juízo, fundamentando a validade dos juízos jurídicos, embora a validade dos princípios do processo e da máxima de interpretação seja legitimada pela racionalidade cultural e tradicional dos especialistas do Direito, ou seja, por uma teoria da argumentação jurídica".

decisões discricionárias não são judicialmente sindicáveis; b) o exercício do poder discricionário deve valer como relevante e decisivo, ressaltando a pluralidade de sentidos, em razão da possibilidade de escolha entre possibilidades opostas de decisão[203].

Sobre esse segundo significado, devemos ressaltar que a decisão judicial não deve se afastar do fundamento do Direito, que entendemos ser a moralidade política baseada em questões de princípios, que a um só tempo privilegie a igualdade de direitos e as liberdades fundamentais inerentes aos mesmos. Em assim sendo, não poderíamos falar em discricionariedade, em face da vinculação da decisão judicial aos padrões de moralidade, traduzidos constitucionalmente em princípios e direitos fundamentais explícitos e implícitos, tradutores da moralidade política vigente.

Temos a considerar que não se confundem os conceitos de dever oficial de decidir de forma fundamentada e dever moral de decidir de forma justificada, tais deveres são públicos e por assim ser são de interesse público para uma sociedade que respeita e considera os direitos e princípios fundamentais. Dito de outra forma: o procedimento deve ser manejado de maneira a garantir substância ao Direito.

A coerção do ordenamento nos casos difíceis deve estar em seu fundamento moral, e as proposições de Direito não são equivalentes em significado à proposição sobre deveres públicos oficiais. Para melhor ilustrar: quando a lei menciona o conceito dispositivo de que "*o ônus da prova cabe a quem alega*", a sua aplicação em um caso jurídico sobre discriminação negativa no trabalho será atentatória ao dever moral de combater o ato discriminatório, pois o vitimado tem muitas dificuldades para comprovar a discriminação negativa.

Com relação à impossibilidade de uma resposta certa por imprecisão da linguagem jurídica, o jusfilósofo norte-americano sustenta que essa suposição é errada, pois os critérios de um jurista para estabelecer o impacto de uma lei sobre o Direito podem incluir cânones de interpretação ou explicação legal que determinam que força se deve considerar que uma palavra imprecisa tem em uma ocasião

---

[203] ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, op. cit., pp.217 e ss. Citando Forsthoff, Karl Engisch revela que "poder discricionário significa um espaço de liberdade para a ação e para a resolução, a escolha entre várias espécies de conduta igualmente possíveis (...) Para o autor, mais difícil do que demonstrar que existe o poder discricionário no direito é demonstrar que isso é, não apenas inevitável, mas também algo de bom".

particular, ou , pelo menos, fazer sua força depender de questões adicionais, que, em princípio, têm uma resposta certa.

A linguagem jurídica pode ser imprecisa, as palavras podem ser plurissignificativas, mas o fundamento do Direito é preciso, pois, nos casos difíceis, não há como não argumentar sob a diretriz de padrões de moralidade, traduzidos pela igual consideração e respeito, tolerância e integridade, que em nosso ordenamento constitucional estão vazados por princípios e direitos fundamentais.

Para Dworkin, não há nenhuma razão para supor que não se pode encontrar nenhuma teoria geral da legislação que ofereça uma resposta para a questão do que acontece à lei quando alguma instituição usa linguagem imprecisa. Pode-se dizer que não existe tal teoria da legislação com aceitação geral. Os tribunais ou discordam quanto às técnicas de interpretação da lei ou concordam apenas quanto a um conjunto de princípios que usam termos como intenção e propósito, que também são imprecisos[204].

Certamente, as teorias de teor procedimental podem contribuir para o aprofundamento da imprecisão, principalmente quando se apegam a inúmeras regras com pretensão de conferir segurança jurídica e justiça às decisões judiciais, pois cada regra carrega em si signos linguísticos, o que imprime discricionariedade ao processo deliberativo pautado em regras procedimentais, que não guarda relação de pertinência com o discurso judicial em que a interpretação dos casos difíceis exige argumentos de princípios morais[205].

Dworkin assegura que a ideia geral de que algumas questões jurídicas não têm nenhuma resposta certa porque a linguagem jurídica às vezes é imprecisa não resulta da imprecisão, mas de razão diferente, de que não pode haver nenhuma resposta certa para uma questão jurídica quando juristas sensatos discordam quanto ao que é a resposta certa. Os juristas discordam quanto às técnicas de interpretação e explicação usadas para responder a algumas questões.

Para tornarmos mais precisa a colocação do autor em relevo, assentimos que, apesar dos intérpretes do Direito concordarem conceitualmente que a

---

[204] DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*, op. cit., pp.193-194.

[205] Para NAGEL, Thomas. *Visão a Partir de Lugar Nenhum*, op. cit., p.248: “O processo comum de deliberação, cuja finalidade é descobrir o que eu deveria fazer, presume a existência de uma resposta para essa pergunta. E, especialmente nos casos difíceis, muitas vezes vem acompanhado da crença que é possível que eu não chegue à resposta correta”. Prossegue o autor: “não presumo que a resposta correta será aquela, seja qual for, que resultar da aplicação consistente dos métodos deliberativos – mesmo supondo que eu tenha informações perfeitas sobre os fatos”.

discriminação negativa no trabalho deve ser obstaculizada em todos os planos, verificamos que as discordâncias começam e se estendem sobre a forma como o combate à discriminação negativa deve ser efetivado e as iniciativas que são tomadas para tanto.

No plano jurisdicional, todos haverão de concordar que a discriminação negativa no trabalho deve ser combatida. No entanto, no ato de interpretar um caso concreto respeitante ao assunto, surgem concepções diferentes que, não em poucas ocasiões, contribuem para a continuação das posturas discriminatórias, com decisões que desprezam o conhecimento meritório da questão e privilegiam um simplório acervo de regras processuais.

Dando sequência a sua argumentação, Dworkin assinala que pode o jurista afirmar, por exemplo, que o impacto da lei sobre o Direito é determinado pela pergunta de qual interpretação, entre as diferentes possibilidades admitidas pelo significado abstrato do termo, promove melhor o conjunto de princípios e políticas que oferecem a melhor justificativa política para a lei na época em que foi votada[206].

Para rememorar, estamos tratando do princípio fundamental da não-discriminação negativa e do direito fundamental de não ser negativamente discriminado, que estão agasalhados na Carta Política de 1988. Essa deve ser a nossa perspectiva inicial paradigmática para interpretar a discriminação negativa no trabalho.

A tese mais controvertida que sustenta a inexistência de uma resposta certa, a partir da discricionariedade, baseia-se na afirmativa de que se não pode demonstrar que uma proposição é verdadeira, depois que todos os fatos concretos que possam ser relevantes para sua veracidade sejam conhecidos ou estipulados, então ela não pode ser verdadeira.

Leciona Dworkin que demonstrar quer dizer fundamentar com argumento de tal tipo que qualquer pessoa que compreenda a linguagem em que foi formulada a proposição deva assentir à sua veracidade ou ser condenada por irracionalidade[207].

Nessa passada, podemos firmar o entendimento de que questões morais podem ser racionalmente discutidas por argumentos de princípios de fundo moral. Em nosso caso específico, a discriminação negativa no trabalho, devemos

---

[206] DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*, op. cit., p.190.
[207] Idem, p.204.

argumentar, com base em princípios, que ninguém pode ser negativamente discriminado no trabalho, ainda que a postura discriminatória seja de difícil demonstrabilidade pelo vitimado, que não pode ser punido triplamente: primeiro por ser discriminado; segundo, por não conseguir provar ter sido negativamente discriminado, de acordo com as leis processuais vigentes; e, terceiro, por continuar sentindo-se discriminado.

Na perspectiva de Dworkin, se existem fatos morais, então se pode racionalmente supor que uma proposição de Direito é verdadeira mesmo que os juristas continuem a discordar quanto à proposição depois de conhecidos ou estipulados todos os fatos concretos[208].

Acrescemos a isso que na argumentação com enraizamento moral obteremos uma verdade, que é a verdade que se obtém em determinado momento do discurso judicial, o que podemos denominar de "a resposta certa". Não podemos ser céticos a ponto de consignar que vamos do nada para lugar nenhum, pois, em se tratando de discriminação negativa no trabalho, temos um problema a ser investigado no plano jurisdicional, cujo deslinde deve ter por diretriz a moralidade política que informa os princípios e direitos fundamentais constitucionais, acreditando que as perspectivas iniciais pré-concebidas podem ser modificadas, a partir de uma concepção teórica derivada da moralidade politica[209].

Afirma Dworkin que há duas dimensões ao longo das quais se deve julgar se uma teoria fornece a melhor justificação dos dados jurídicos disponíveis: a dimensão da adequação e a dimensão da moralidade política. Pela primeira, se supõe que uma teoria política é uma justificativa melhor que outra se, grosso modo, alguém que a sustentasse pudesse, a serviço dela, aplicar mais daquilo que está estabelecido do que alguém que sustentasse a outra[210].

De acordo com a dimensão da adequação, duas teorias diferentes podem fornecer justificativas igualmente boas em um sistema jurídico com poucas regras estabelecidas ou em sistemas jurídicos que tratam apenas de um âmbito limitado da conduta de seus participantes. Mas, em um sistema moderno, desenvolvido e

---

[208] Ibidem, p.205.

[209] NAGEL, Thomas. *Visão a Partir de Lugar Nenhum*, op. cit., p.251, assevera que "a tarefa da teoria ética é desenvolver e comparar concepções de como viver que possam ser compreendidas e consideradas de uma perspectiva que não seja particular e, portanto, de muitas perspectivas que não seja na medida em que sejamos capazes de abstrair-nos de sua particularidade. Todas essas concepções tentarão conciliar o aparente requisito da generalidade que a objetividade impõe, com a riqueza, a variedade e a realidade das razões que surgem subjetivamente".

[210] DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*, op. cit., pp.213-214.

complexo, a probabilidade de empate é pequena, posto que será raro que muitos juristas concordem que nenhuma teoria fornece uma adequação melhor que a outra.

Consideramos que a teoria substantiva sustentada por Dworkin fornece a melhor explicação para extrair o Direito sob a melhor luz nos casos difíceis de estatura moral como a discriminação negativa no trabalho, diferentemente da teoria de cunho procedimental, que, como explanamos, compõe-se de diversos filtros aos argumentos morais.

A segunda dimensão – a dimensão da moralidade política – supõe que, se duas justificativas oferecem uma adequação igualmente boa aos dados jurídicos, uma delas, não obstante, oferece uma justificativa melhor que a outra se for superior enquanto teoria política ou moral, isto é, se apreende melhor os direitos que as pessoas realmente têm.

Quer isso dizer que a justificativa de uma decisão judicial com fundamento em princípios de moralidade política é capaz de extrair de uma problematização de um caso difícil, o melhor sentido do Direito. Mas, pode ser que exista outra ainda melhor, por conseguinte, a resposta certa não é uma única resposta certa.

Para exemplificar: no caso trazido a lume, entendemos que a resposta certa à questão jurídica envolvendo a trabalhadora portadora de HIV se revela pelo teor do *acórdão*, que não exclui a possibilidade de uma resposta certa ainda melhor, capaz de produzir efeitos mais veementes e positivos ao combate à discriminação negativa no trabalho, o que poderia acontecer, talvez, com a participação do Ministério Público do Trabalho no discurso judicial e imposição de obrigações ao sujeito discriminador no sentido de disseminar a proibição da discriminação negativa no trabalho.

A disponibilidade dessa segunda dimensão torna ainda mais improvável que algum caso específico não tenha nenhuma resposta certa. Mas a força da segunda dimensão – e o caráter da indeterminação que introduz – será objeto de disputa, porque juristas que sustentam tipos diferentes de teoria moral irão avaliá-la de maneira diferente.

Céticos morais argumentarão que a segunda dimensão não acrescenta nada porque nenhuma teoria é superior, em matéria de moralidade política, a nenhuma outra, o que já foi motivo de análise, ao tratarmos dos princípios de moralidade política e, especificamente, da crítica de Dworkin ao relativismo moral.

Reforçados pela tese de Dworkin, refutamos a insinuação do pluralismo moral como fator destrutivo da melhor teoria moral, com o argumento de que no pertinente à discriminação negativa no trabalho, de insinuante viés moral, não existirá concepção superior ao consenso moral de que essa prática deve ser combatida com veemência, e, em razão disso, os órgãos com competência jurisdicional devem adequar a sua racionalidade procedimental para conferir substância ao direito fundamental de não ser negativamente discriminado, em qualquer tempo e lugar.

Supondo uma teoria de moralidade política baseada nos direitos que busque fundamentar os direitos individuais particulares em algum presumido direito absoluto de ser tratado com equidade, isto é, com igual interesse e respeito, poderíamos ter dois juristas que aceitem essa teoria geral, mas que podem sustentar concepções diferentes acerca do que considerar como igual respeito. Um terceiro jurista pode acreditar que nenhum deles está certo porque as duas concepções de respeito são igualmente boas? – questiona Dworkin[211]. A esse questionamento, respondemos pela negativa, pois sempre existirá a melhor resposta certa.

Nas passadas do autor, podemos inferir que em um sistema jurídico complexo e abrangente é improvável que duas teses difiram a ponto de exigir respostas diferentes em algum caso e, ainda assim, adequar-se igualmente bem ao conteúdo jurídico relevante, desde que a concepção de igual respeito e consideração seja observada com fulcro nas questões princípiológicas insensíveis à escolha política.

Essa sustentação confronta de forma abissal com o discurso da discricionariedade judicial, utilizado com sustentação no argumento da diversidade dos métodos de interpretação, ambivalência de teses debatidas, pendência sobre o escopo da interpretação e pluralidade de sentidos conceituais, cujo ícone de sobranceira é Karl Engisch[212].

A discricionariedade judicial nos termos acima postos significa que, de diversas formas e em diferente medida, o órgão aplicador do Direito, através do

---

[211] Ibidem, pp.214-215.

[212] ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, op. cit., pp.217 e ss. Para o autor, “a aplicação e a interpretação do Direito se confrontam essencialmente com atos de conhecimento, todavia há insegurança ao realizar a subsunção, em face da ambivalência com que a interpretação se debate em todas as fases, da diversidade dos métodos de interpretação, da pendência sobre o escopo desta e da pluralidade de sentidos dos conceitos de interpretação extensiva e restritiva”.

direito equitativo que se prende com os conceitos indeterminados e com os conceitos normativos, com as cláusulas de discricionariedade e as cláusulas gerais, é chamado a descobrir o direito do caso concreto, não simplesmente através da interpretação e da subsunção, mas também através de valorações e decisões de vontade.

Contudo, com relação a essas colocações, compartilhamos a inteligência de que o Direito não precisa ser descoberto, pois está cravado na convicção moral consensualizada pela sociedade e formatada constitucionalmente em princípios e direitos fundamentais explícitos e implícitos. O Direito está desfrutando de sua morada habitual: os princípios de moralidade política, tais quais os princípios da tolerância, da integridade e da igual consideração e respeito por todos, da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não-discriminação negativa.

Na esteira do ensinamento dworkiano, haverá a resposta certa se justificada por padrões de moralidade política, pautados no princípio igualitário abstrato, traduzido pelo tratamento de igual consideração e respeito a todos, inclusive no plano jurisdicional no decorrer de um processo judicial que envolva um caso difícil de arraigada concepção moral, tal qual o direito fundamental de não ser negativamente discriminado no trabalho, que, por assim ser, merece um tratamento respeitoso do ponto de vista processual e meritório.

O tema discriminação no trabalho derivada do preconceito é controvertido, e a percepção sobre o mesmo remete a concepções a propósito do fundamento do Direito, ou seja, trata-se de um caso difícil, ao qual o ordenamento positivado de regras e procedimentos dificilmente responderá da forma mais correta, se não referenciá-lo a questões de moralidade política.

Embora controvertida, os juízes devem decidir sobre a situação conflituosa levada à apreciação judicial, sem esquivar-se de decidir, por supostas lacunas do Direito, que, se inevitáveis no contexto do positivismo que privilegie as regras jurídicas, são inconcebíveis no cenário em que vigorem princípios de moralidade política, traduzidos em direitos e princípios fundamentais constitucionais, como ocorre com nossa Carta Política e especificamente no que concerne à proibição de discriminação negativa na relação laboral, ou seja, não deve haver lacunas no Direito quando a interpretação deste é vinculada à moralidade política.

Ao se admitir que não existe nenhuma resposta certa nos casos difíceis de prospecção moral, seja por imprecisão da linguagem jurídica seja pela

impossibilidade de se demonstrar a veracidade ou a falsidade da decisão, se estará acolhendo a tese de que o juiz é detentor do poder discricionário, podendo decidir em diversos sentidos, como ocorreu com a sentença judicial e o *acórdão* referenciados, embora o *acórdão* tenha feito referência à existência fática do preconceito, sem se apegar à tese da demonstrabilidade.

Tal discricionariedade pode estar autorizada legalmente em razão de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados, remissões a critérios positivistas para supressão de lacunas do Direito etc., em face da doutrina da textura aberta do ordenamento positivo. No caso do *acórdão* que decidiu pela reparação de danos sofridos pela trabalhadora portadora de HIV, há referência expressa à incompletude do ordenamento jurídico, cuja aplicação é concebida como otimizada através de regras jurídicas, por isso a necessidade de contextualizar a temática à luz dos princípios fundamentais da Carta Constitucional, expressos e não expressos, com inescapável argumento moral, o que constitui um interdito à discricionariedade.

Intérpretes diferentes podem ter interpretações diferentes, mesmo com uso da mesma metodologia para decidir, pois a pré-compreensão de cada um poderá estar presente, dada a singularidade da carga axiológica inerente ao ser humano.

A força da argumentação jurídica com a justificativa de natureza moral, com ampla discussão, pode levar à decisão mais consentânea com a moralidade política e, nesse caso, não há que se falar em pluralismo moral, pois, em termos de discriminação negativa no trabalho, todos concordamos que o preconceito negativo deve ser combatido, embora alguns incorporem a tese de que não existe preconceito negativo.

A valoração da decisão judicial decorre do dever moral que é diferente do dever oficial de decidir discricionariamente e que pode levar a decisões diversas, até bem fundamentadas no ordenamento positivo, mas sem justificativa pautada na moralidade.

O exercício do dever moral deve se pautar em princípios de moralidade política assentes de forma consensual na sociedade, embora intérpretes diferentes tenham valorações ou concepções diferentes sobre determinada questão jurídica, como a do caso apresentado acima. Com relação à sentença judicial e ao *acórdão* referidos alhures, houve o exercício do dever oficial em ambas as situações.

Todavia, a questão que deve ser abordada é qual a decisão mais acertada em face do exercício do dever moral, ou existe outra que poderia ser proferida.

No caso judicial trazido a lume, a petição de princípio de índole semântica se faz presente quando a sentença judicial, ao desferir a decisão de que não há direito à reparação, nada mais faz do que traduzir um outro enunciado, o de que a lei diz que haverá direito à reparação, quando estiverem presentes o fato ilícito, o nexo causal e o dano.

Essa verdade processual, entretanto, não é evidente, pois, nos termos do *acórdão* reformador, o preconceito é um fato, a dispensa foi discriminatória, e o direito à reparação pelos danos sofridos existe. Pela teoria semântica, o problema deve ser enquadrado nos termos do ordenamento positivo. Pelo dever público moral, o ordenamento positivo deve ser enquadrado ao problema, através da melhor interpretação.

A assertiva de que inexiste a resposta certa pelo fato de que a argumentação jurídica decisória pode impor várias verdades ou não verdades, conforme o intérprete diante do caso concreto, e de que a demonstração da veracidade ou não da decisão é algo impossível pauta-se na natureza controversa do Direito, na divergência sobre o seu fundamento.

Mas, se perguntarmos qual o fundamento do direito fundamental de não ser negativamente discriminado e a resposta for no sentido de que a sociedade tem como padrão de moralidade a objeção ao preconceito, teremos uma resposta certa, ainda que alguém objete com a postura moral cética de que o que é preconceito para uns, não é para outros. Nesse caso, poderíamos estar fazendo uma mudança de curso no sentido da demonstrabilidade da tese, mas fatos morais devem ser argumentados com racionalidade persuasiva e sustentação no princípio da igualdade de consideração e respeito, pois estamos convictos que existe uma moral correta de característica universal, vazada na máxima de que não devemos discriminar negativamente, de que devemos repreender a discriminação negativa.

A argumentação jurídica que deve ser engendrada para a construção da decisão judicial sobre a discriminação negativa deve se pautar nas normas de princípios por ser atinente ao direito fundamental individual de não ser negativamente discriminado, conceito sobre o qual pensamos existir consenso moral a ser aplicado de forma universal, o que é suficiente o bastante para inovar a racionalidade procedimental no sentido de conferir substancialidade a tal direito.

Assim, a dimensão da moralidade política é a referência mais adequada à melhor interpretação do Direito, de modo a consagrar a consideração e o respeito pelos direitos fundamentais, como algo crucial para a sustentação e a continuidade histórica do padrão ético da sociedade, concernente à objeção e ao combate incessante ao preconceito negativo.

Desse modo, sustentamos que a posição de que é possível uma resposta certa para questões jurídicas de insinuante imbricação moral. Essa resposta certa reside na interpretação do Direito mais condizente com a moralidade política da sociedade, traduzida por normas constitucionais de princípios e direitos fundamentais, que, conforme discorrido ao longo desse trabalho, referem-se à dignidade da pessoa humana, ao valor social do trabalho, ao postulado ou virtude soberana da igualdade, à proibição da discriminação em razão de sexo, cor, raça, religião, idade e outras formas, como aquela relativa ao trabalhador portador do vírus HIV.

Destacada a sobranceira importância do princípio da igual consideração e respeito para o ato interpretativo nos casos difíceis de enraizamento moral, que nos impele a formar a convicção moral de aceitar, no escopo da racionalidade substancial, a tese da melhor resposta certa, cumpre-nos aprofundar o tema no sentido da compreensão sobre a interpretação construtiva[213].

4.3 Interpretação Construtiva

Dworkin sustenta que, pelo fato de o Direito ser um conceito interpretativo, alguma concepção deve existir sobre o que seja a interpretação, e a análise da interpretação é a base para a descoberta sobre o que é Direito[214]. Nesse passo, afirmamos que a concepção sob a melhor luz do Direito, para se interpretar a

---

[213] GUEST, Stphen. *Ronald Dworkin*, op. cit., p.161. De acordo com Guest, Dworkin não é um subjetivista total, inserindo seus próprios valores em vidas alheias. Ele está longe de postular que há "uma resposta correta" para todas as questões morais, enterrada em algum lugar à espera de que a encontremos. É realmente possível o caminho intermediário, construído a partir de razão e comprometimento? – pergunta o autor em referência, que responde nos seguintes termos: Você precisa perguntar a si mesmo duas questões para que possa considerar a operatividade – e a desejabilidade – dessa posição intermediária. Primeiramente, devem os julgamentos morais estar sujeitos a (embora talvez não sejam necessariamente produtos de) qualquer forma de filtragem racional, ou são eles assertivas essencialmente arbitrárias? Em segundo lugar, quando você mesmo faz um julgamento moral genuíno – com sentimento –, você realmente acredita que aquilo que você afirma é qualquer coisa além de verdadeiro?

[214] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, op. cit., p.60.

complexa questão jurídica discriminação no trabalho, reside naquilo que denominamos e sintetizamos como racionalidade substancial.

Ao substancialismo nos moldes concebidos por Dworkin, opõe-se com maior destaque a racionalidade procedimental apregoada por Habermas com base em sua teoria discursiva, que prima pelo discurso racional vocacionado ao entendimento, pautado, assim, na razão comunicativa.

Em síntese, Habermas critica positiva e negativamente a teoria de Dworkin, com as seguintes assertivas: a) apesar de pretensiosa, é um processo de reconciliação entre a justiça e a história, mediante as decisões racionalmente construídas do passado (fundação da constituição) com a pretensão de aceitabilidade racional do presente; b) é verdade que os juízes se recusam em desenvolver a melhor teoria possível, bem como da história institucional de uma ordem jurídica; c) em crítica tímida à teoria de Dworkin, sugere que a coerência ideal do Direito vigente passa pela segurança jurídica que depende do procedimento, podendo preencher, assim, a expectativa de uma comunidade jurídica interessada em sua integridade e orientada por princípios; d) o princípio da integridade é monológico, por pressupor um ato solitário de juiz altamente qualificado; e) os argumentos substanciais são indeterminados, os procedimentais, não; f) a legitimidade do Direito se mede pela racionalidade do processo político-eleitoral, de tal modo que a validade das normas jurídicas não pode ser corrigida pela validade dos juízos morais[215].

A alcunha de pretensiosa à teoria de Dworkin não deve estimular o seu estudo crítico e a possibilidade de sua aplicação nos casos difíceis, pois, ainda que pareça utópica, deve ser perseguida, afinal pela perspectiva da utopia, temos o referencial da transformação. Pode ser que em algum momento futuro da história jurisdicional trabalhista o tema discriminação no trabalho tenha um tratamento

---

[215] HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. 1, op. cit., pp.264-295. O autor revela que a indeterminação interna do Direito não resulta da própria estrutura do Direito e sim da recusa dos juízes em desenvolver a melhor teoria possível, bem como da história institucional de uma ordem jurídica. De acordo com Habermas, “a teoria de Ronald Dworkin não é talhada diretamente conforme o problema da racionalidade, a ser solucionado pela jurisdição, pois deriva da autocompreensão normativa das ordens do Estado de Direito, inscritas na realidade constitucional. Desse modo, a decisão judicial obriga-se pela precedência das decisões no ato de fundação da Constituição. Para o autor, a coerência ideal do Direito vigente passa pela segurança jurídica que depende do procedimento, podendo preencher, assim, a expectativa de uma comunidade jurídica interessada em sua integridade e orientada por princípios. Para Habermas, Dworkin reconhece um núcleo procedimental em sua teoria, ao admitir o igual direito às liberdades subjetivas de ação fundadas no direito às mesmas liberdades comunicativas”.

respeitoso e considerado dos pontos de vista meritório e processual, diferentemente do que ocorre hoje, em que essa questão é tratada como mais um item de uma petição inicial.

A referência à reconciliação entre história e justiça diz respeito ao momento de fundação da Constituição, que, em nosso caso, deve ter como referencial de partida a Carta Política de 1988, com o catálogo aberto de princípios e direitos fundamentais, que deve pautar a racionalidade de teor moral no presente.

A diferença acentuada entre Habermas e Dworkin se manifesta quando o primeiro sustenta que a coerência deve se pautar na segurança jurídica derivada do procedimento democraticamente legitimado. Para Dworkin, no entanto, a coerência deve expressar uma visão única e abrangente da justiça, pautada no ideal de fraternidade da comunidade, de tal modo que os legisladores, advogados e juízes devem almejar o ideal de fazer todas as leis formarem um todo coerente, um todo que faça o Estado falar igualmente a todos os cidadãos.

Sobre o momento monológico do juiz, temos que reafirmar a necessidade de que o magistrado deve ser altamente qualificado, tanto na técnica quanto na ética, de tal modo que investigue de forma sistemática o ordenamento positivo, com referência a princípios e direitos fundamentais e abertura à transversalidade, ressaltando a sua capacidade de problematizar a partir de um caso, arrastando a problematização da norma e não o inverso, para não incorremos no paradoxo de que se não há norma, não há caso[216].

Com relação às indeterminações, não há algo que atua com muito vigor nesse sentido como os procedimentos estabelecidos ou propostos. Decisões judiciais são tomadas com fundamento nas regras procedimentais positivadas, ao argumento de que se deve primar pela segurança jurídica. No entanto, apesar de inúmeros recursos, nem sempre o que é decidido faz prevalecer o valor justiça sob a melhor luz do Direito: moralidade política.

---

[216] DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009. pp.201-203. Tendo por referência a Constituição dos EUA, Dworkin diz que “os juízes devem dar o melhor de si para elaborar, reinspecionar e revisar, ao longo das sucessivas gerações, a estrutura de liberdade e igual consideração que é exigida por suas grandes cláusulas em sua majestosa abstração”. Prossegue Dworkin: “devemos abandonar a busca inútil por restrições mecânicas ou semânticas e procurar restrições genuínas no único lugar onde podem ser encontradas: na boa argumentação”. Dworkin insiste na necessidade do alto nível intelectual dos juízes e de que estes apresentem os melhores argumentos possíveis, para que possamos perguntar se tais argumentos são suficientemente bons.

Embora respeitada a racionalidade procedimental, a tutela qualificada do Direito, não raras vezes, não é observada, com o acréscimo que a legitimidade do Direito pelo processo político-eleitoral, ditada, por exemplo, pela regra da maioria, não se constitui em paradigma irrefutável para a garantia e a eficácia de princípios e direitos fundamentais.

Ademais, ao fazermos referência à proposta de Alexy, em capítulo anterior, restou evidenciado que as inúmeras regras procedimentais propostas em nome da segurança jurídica e da correção das decisões possibilitam a abertura para uma plêiade de outras regras.

O que se dessume do posicionamento de Habermas, ao analisar criticamente a teoria de interpretação de Dworkin, é a tentativa de apartar do discurso jurídico as influências substanciais de cunho moral, ao argumento que isso leva a indeterminações intermináveis e atropela o roteiro procedimental descrito pelo processo democrático.

Efetivadas as observações necessárias sobre a crítica de Habermas, nos cabe, a partir de então, discorrer sobre a postura jusfilosófica de Dworkin no que concerne ao relacionamento entre Moral e Direito, a atitude interpretativa mais adequada, em face de tal relação, e de que modo isso se aplica especificamente ao tema discriminação no trabalho.

O autor destaca algumas formas de interpretação: conversacional, científica, criativa e construtiva. Pela primeira, o foco principal é a intenção do autor, isto é, se busca compreender o que se diz, como se diz e porque se diz, a partir da perspectiva de quem diz[217].

Seria o caso, pela interpretação conversacional, do magistrado que analisa os argumentos do empregador e do empregado, conformados em um processo judicial, decidir que não há discriminação se não houve provas suficientes, quando o vitimado não consegue provar, na medida em que o ordenamento positivo disciplina que "*o ônus da prova cabe a quem alega*".

Particularmente, no caso judicial da dispensa da trabalhadora portadora do vírus HIV, valorizou-se na sentença um laudo pericial para negar o direito à reparação pelos danos sofridos pela trabalhadora, talvez por se ouvir somente a

[217] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, op. cit., pp.60-65.

argumentação de uma parte, desconsiderando a vulnerabilidade daquele que é vitimado pelo preconceito.

Na interpretação científica, desloca-se o foco da intenção do autor para o objeto. Nesse caso, passa a se priorizar a racionalidade cartesiana de domínio total do objeto, desprezando as relações de intersubjetividade que estão atreladas e além do objeto. Para melhor clareza do exposto: nas profundezas de um caso de discriminação negativa no trabalho em razão do preconceito, estão as pessoas com as suas particularidades de vida, cada qual com o seu modo de ser no mundo, mas com possibilidade de revisitação e releitura das pré-concepções, pela força dos argumentos morais.

O trabalhador vitimado pela postura preconceituosa do tomador de serviços tem invadidas de forma danosa as suas vulnerabilidades de ordem objetiva e de ordem subjetiva, pois, sentindo-se vítima do preconceito, certamente, tal fato provoca danos ao seu patrimônio moral. Ademais, quando se versa sobre o termo científico, pensa-se em um método infalível para descobrir uma verdade pronta e acabada. No entanto, várias verdades existem, conforme a valoração de cada intérprete diante de dada questão jurídica. Não se quer dizer com isso que nenhuma racionalidade é necessária, desde que com teor moral, em que reside a resposta certa entre outras possíveis, que é a verdade que se obtém, extraindo o Direito sob a melhor luz[218].

Na sentença judicial prolatada em desfavor da trabalhadora portadora de HIV, ignorou-se por completo a marca indelével do preconceito que ainda vige na sociedade, em apologia a uma postura positivista científica resumida pelo tópico conservador: não havendo fato ilícito, dano e nexo causal, não há direito à reparação, muito embora o preconceito esteja às escâncaras, ainda que praticado de forma oculta no seio das relações sociais, das quais o Direito é uma prática.

A interpretação criativa, por sua vez, preocupa-se com o propósito do intérprete, que propõe um valor à prática social, tanto na arte quanto no Direito. A interpretação é um relato de um propósito, uma forma de ver o que é interpretado, para o que se atribui um valor e uma finalidade.

---

[218] GUEST, Stphen. *Ronald Dworkin*, op. cit., p.285. Para Dworkin, “em algum ponto devemos nos valer do que (acreditamos) ser verdadeiro a respeito das questões de justiça para decidir qual interpretação de nossas tradições – qual maneira de contar a nossa história – é melhor”.

Diante de tal interpretação, temos que no caso de discriminação no trabalho, decorrente de preconceito, os valores morais derivam do princípio igualitário abstrato de que todos são merecedores de consideração e respeito, de tal modo que se preserve a incolumidade da dignidade da pessoa humana, que, na relação laboral, associa-se ao valor social do trabalho e aos direitos fundamentais sociais.

Nas considerações de Dworkin, a interpretação construtiva, por sua vez, tem o seu refinamento nas seguintes etapas: pré-interpretativa, interpretativa e pós-interpretativa. Na etapa pré-interpretativa, deve haver um alto grau de consenso (como a comunidade histórica se comporta em face de seus direitos e deveres recíprocos), e na qual são identificados regras e padrões que fornecem o conteúdo experimental da prática[219].

Volvemos ao assunto discriminação no trabalho para ilustrar a etapa pré-interpretativa da interpretação construtiva. A proibição da discriminação negativa no trabalho como uma questão insensível à escolha em um suposto leilão político é uma cláusula que deve ser acolhida por toda a comunidade política, ainda que alguns de seus membros com elas não concordem, pois compõe o fundamento moral da busca da igualdade material, como virtude soberana a ser perseguida pelos cidadãos e pelo Estado.

Na etapa interpretativa, o intérprete se concentra em uma justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa (por que a comunidade se comporta de tal modo). Nessa etapa, o intérprete vai precisar de convicções mais substantivas sobre os tipos de justificativa que mostrem a prática sob sua melhor luz.

Nessa etapa, o direito de não ser negativamente discriminado na relação laboral deve ser resgatado de seu fundamento moral mediante princípios e direitos fundamentais que estão encartados na Carta Política, em nosso caso, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Vale relembrar: dignidade da pessoa humana, valorização social do trabalho, virtude soberana da igualdade, direitos sociais fundamentais e outros correlatos.

A problematização da questão jurídica discriminação no trabalho, levada à apreciação jurisdicional, deve ser qualificada com a devida sistematização aos

---

[219] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, op. cit., pp.81-85.

princípios e direitos fundamentais incorporados à Constituição Federal, no que se esforçou o *acórdão* ao norte referido em fazê-lo, destoando totalmente da sentença judicial proferida pela negativa de direito à reparação pelos danos sofridos, à trabalhadora portadora do vírus HIV.

Ainda que não houvesse tais princípios e direitos fundamentais formalizados, a problematização deveria ser no sentido de se resgatar a prática social que expressa a moral correta, sob o ponto de vista de que todos são merecedores de consideração e respeito. Tal assertiva é suficiente para esmiuçar com grandeza um caso concreto de discriminação no trabalho, no curso de um processo judicial, buscando, inclusive a exatidão possível, ainda que represente custos adicionais e aconteça em um cenário de muitas demandas judiciais para uma parca infraestrutura de recursos humanos e materiais.

Na etapa pós-interpretativa, o intérprete ajusta a sua ideia àquilo que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa. Quer isso significar que a decisão judicial deve refletir a melhor prática social, pautada em princípios de moralidade política, os quais, em nosso ordenamento, estão expressos por princípios e direitos fundamentais concatenados à proibição de discriminação negativa, o que se aplica à relação laboral.

Certamente, tal prática não está assentada no tópico processual de que "*o ônus da prova cabe a quem alega*", mas na identificação e repressão do preconceito detonador de posturas discriminatórias, como a ilustrada ao norte com relação à dispensa da trabalhadora portadora de HIV.

Dworkin assinala que uma teoria filosófica mais adequada para se interpretar uma prática social, não se caracteriza pela neutralidade conceitual e autônoma, tampouco, tem foco no processo histórico que não ataca o porquê da continuidade histórica[220].

O Direito como prática social tem fundamentos de moralidade política e sobre isso não há neutralidade, pois todos temos uma concepção de mundo, de acordo com o nosso modo de ser experimentado ao longo de uma história que nos impregna de valores que têm uma dinâmica de transformação derivada da continuidade histórica.

---

[220] Idem, pp.84-86.

Dentre os princípios de moralidade política, se incluirmos a liberdade como um valor aceito moralmente pela sociedade, somos impelidos a acolher a ideia de que a discriminação negativa no trabalho, resultante do preconceito, é uma prática que cerceia esse valor, pois obsta o congraçamento da igualdade, dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, cerceando, destarte, direitos sociais, sem quais, não há como se falar em liberdade.

Impossível falar em liberdade, por exemplo, para uma trabalhadora portadora do vírus HIV, excluída do mercado de trabalho por uma postura discriminatória e preconceituosa do empregador.

As pessoas podem concordar com as proposições mais genéricas e abstratas, tal qual a cortesia ser uma questão de respeito, mas podem divergir quanto aos refinamentos concretos. O respeito oferece o conceito de cortesia e as posições antagônicas sobre as verdadeiras exigências do respeito são concepções desse conceito.

O contraste entre conceito e concepção é com relação ao nível de abstração, pelo qual se pode estudar a interpretação na prática. No primeiro nível (conceito), há acordo, embora com ideias distintas, que é utilizado em todas as interpretações; no segundo nível, a controvérsia é identificada e assumida. A distinção entre conceito e concepção é diferente da distinção entre o significado de uma palavra e sua extensão. A interpretação focada no contraste entre conceito e concepção não é semântica, pois não se trata de uma afirmação sobre as regras básicas da linguística que todos devem observar para se fazerem entender, fulmina Dworkin[221].

O conceito formal de discriminação negativa existe em diversos instrumentos normativos, conforme já aludido, mas o deslinde de uma questão jurídica submetida à tutela jurisdicional, atinente a tal temática, deve ir além dos conceitos formais para fincar-se nas concepções substantivas que melhor traduzem, sob o ponto de vista da moralidade política, a prática social ou o Direito sob a melhor luz. Sobre os conceitos, podem existir divergências semânticas. A propósito das concepções, as diferenças, entretanto, são de fundo, e os paradigmas têm importância singular na abordagem de tais diferenças.

---

[221] Ibidem, p.87.

Dworkin assevera que as verdadeiras exigências da observância ao Direito obedecem a paradigmas, de acordo com a etapa histórica do desenvolvimento. Os paradigmas fixam as interpretações, mas nenhum paradigma está a salvo de contestação por uma nova interpretação que considere melhor outros paradigmas[222].

O contexto da reflexão jusfilosófica de Dworkin é o liberalismo igualitário, em que se percebe um apreço especial pela individualidade do ser humano, que deve gozar de liberdade para participar das decisões que permitam o acesso a direitos em uma comunidade política caracterizada pelo igual respeito e consideração.

Nesse contexto, ganha ressalto o direito fundamental de não ser negativamente discriminado, que no ordenamento constitucional brasileiro tem correlação com outros direitos e princípios fundamentais, reveladores, por essa correspondência, de um paradigma para a adoção da melhor interpretação sobre os casos complexos de envergadura moral.

No Estado Democrático de Direito formatado pela Constituição da República Federativa do Brasil, destaca-se uma importância ímpar para os princípios e direitos fundamentais, rol no qual se inclui o direito de não ser negativamente discriminado, com especial destaque para os direitos sociais que têm relação direta com o acesso e a permanência no mercado de trabalho, o que não é possível se o trabalhador for objeto de discriminação negativa, como referido em plagas pretéritas, na sentença judicial e no *acórdão* reformador do caso envolvendo a trabalhadora portadora de HIV.

Pela formatação constitucional do Estado Democrático de Direito, o paradigma da efetividade dos direitos fundamentais e dos princípios fundamentais deve ser observado no ato de interpretar e proferir decisões judiciais, sob a melhor luz do Direito, mediante argumentos de princípios assecuratórios de direitos fundamentais, que, em nosso caso ilustrativo, devem ser extraídos do consenso conceitual moral de que não deve haver discriminação negativa.

Prosseguindo em seu magistério, Dworkin sustenta que a melhor interpretação do Direito, considerados os paradigmas da continuidade histórica da comunidade, indica haver uma resposta certa entre respostas diferentes, que advém

---

[222] Ibidem, p.89.

de uma interpretação complexa da justiça, revelando nesta um valor existente. Posição divergente a isso caracteriza o ceticismo sobre a interpretação do Direito[223].

Temos por paradigmas constitucionais a igualdade, a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, o princípio fundamental da não-discriminação negativa, dentre outros conectados ao direito fundamental de não ser negativamente discriminado no trabalho, de tal modo que um caso judicial sobre o tema em causa deve ser interpretado com o viés axiológico sobre a melhor forma de fazer justiça, por intermédio da consideração e do respeito a tais paradigmas, com o devido fundamento nos princípios de moralidade política assentes na sociedade civil e que devem ser observados pelo Estado Democrático de Direito, de onde se esgalha a atividade jurisdicional.

Dworkin verbera que os argumentos que tornam a interpretação de uma prática social melhor que outra interpretação não se baseiam em demonstrações, mas convidam à divergência. E, ainda que seja uma opinião, deve ser bem fundada, como deve ser a sua contestação[224].

Trilhando essas passadas, no processo de investigação judicial sobre a temática discriminação no trabalho se pode culminar em decisões bem fundadas nos princípios e direitos fundamentais, assentados nos princípios de moralidade política prevalecentes na comunidade política. Tais decisões são argumentações que compõem o discurso judicial, cuja exatidão ou precisão no que concerne ao alcance do valor justiça ou da interpretação do Direito de não ser negativamente discriminado, não se demonstra sem a possibilidade de um discurso divergente, que pode ser melhor ou não para o ato de interpretar o Direito sob a melhor luz.

A divergência de interpretação é natural onde há heterogeneidade de pensamentos, de concepções de vida, de diferenças culturais, religiosas, políticas, ideológicas, mas o ato de interpretar judicialmente um caso complexo como a discriminação no trabalho deve ter um embasamento justificador, no sentido de se alcançar o fundamento moral do Direito, através, por exemplo, do ordenamento constitucional.

Os juízes divergem quanto à melhor interpretação, com base em alguma teoria interpretativa que fundamenta suas convicções sobre o sentido da prática jurídica como um todo, ainda que todos os juízes estejam limitados por alguns

---

[223] Ibidem, pp.94-106.
[224] Ibidem, p.107.

parâmetros: prática das decisões precedentes, a reflexão sobre como o Direito acontece no âmbito da sociedade, o conservadorismo do ensino formal e do processo de seleção de magistrados, o fato de juízes diferentes pertencerem a tradições políticas e ideológicas diferentes.

A história de vida de cada magistrado é um fator que influencia no processo decisório. Essa historicidade é composta além de fatores que revelam o pluralismo de posturas valorativas, como pela formação jurídica formal, cuja ritualística se repete há tempos imêmores, privilegiando-se a predominância das regras positivadas em dissonância com a moralidade política, o que é transmitido para o exercício da tutela jurisdicional, cujo labor é hercúleo, dada a grandiosa carga de processos a serem apreciados, o que incentiva o comportamento utilitarista da produtividade com adoção de súmulas, precedentes, orientações jurisprudenciais, vazadas por tópicos que muitas vezes não contribuem para uma resposta mais adequada, sob o manto da melhor interpretação, especialmente nos casos difíceis.

Essas diferenças são importantes para a evolução do Direito, que se adequa à contemporaneidade quando se mostra sensível às fricções e tensões de suas fontes intelectuais, nas palavras de Dworkin, para quem a inércia intelectual contribui para que algumas soluções interpretativas observem os paradigmas de uma época, como o ponto de vista sobre a natureza, a força da legislação e do precedente. No entanto, tais paradigmas podem ser superados, pois o padrão de acordo e desacordo entre juízes é temporário[225].

A adoção de atalhos tradicionais no ato de lavratura de uma decisão judicial, principalmente nos casos complexos, como a discriminação no trabalho, não contribui para a efetividade de princípios e direitos fundamentais, ao contrário, reforça a postura do preconceito e o abuso do direito da dispensa discriminatória, confrontando a moralidade política, a ponto de ignorar totalmente a existência cotidiana da discriminação negativa no trabalho, com adoção de métodos interpretativos e mecanismos processuais que obstam a sua verificação com acuidade, em apologia a um paradigma formal-positivista, devidamente superado em razão da acentuada complexidade das relações jurídicas, cujas peculiaridades extrapolam as normas postas no ordenamento.

---

[225] Ibidem, pp.108-112.

O Direito não floresce como empreendimento interpretativo, sem que haja consenso inicial sobre quais práticas são práticas jurídicas. Dworkin defende que, em qualquer cultura jurídica, os estudiosos do Direito devem considerar prática jurídica, a atitude interpretativa bem sucedida[226].

O Direito, mais do que interpretação, é resultado da melhor interpretação, desde que fundada nos princípios de moralidade política acolhidos pela comunidade em um processo histórico contínuo, em que paradigmas são superados, de tal modo que o ato interpretativo ao se mirar no passado se confronta com o presente e com o futuro. O presente pode ser traduzido por princípios e direitos fundamentais explícitos, o futuro pelo agasalho de outros, dada a abertura política da Carta Constitucional aos princípios e direitos fundamentais.

Dworkin afirma que o Direito como integridade aceita o Direito e as pretensões juridicamente asseguradas, não apenas por oferecer previsibilidade ou equidade processual, ou em algum outro aspecto instrumental, mas por assegurarem, entre os cidadãos, um tipo de igualdade que torna sua comunidade mais genuína e aperfeiçoa sua justificativa moral para exercer o poder político que exerce[227].

A previsibilidade do Direito está formatada na Carta Política, de tal modo que o devido processo legal deve primar pela equidade, mas no sentido da substância do Direito, que está impregnada de conteúdo moral e político, que, apesar disso, não motiva o exercício discricionário da tutela jurisdicional, ao argumento, por exemplo, de que os princípios e direitos fundamentais são conceitos jurídicos indeterminados.

No caso específico da discriminação negativa no trabalho, o preconceito existe e se projeta para o mundo do trabalho, apesar de inúmeras decisões judiciais em sentido contrário, muitas sustentadas pelo tópico conservador e superado "*o ônus da prova cabe a quem alega*".

Dworkin sublinha que a todas as perguntas polêmicas sobre as concepções do Direito devem ser respondidas em conjunto, na forma de uma teoria complexa apesar de incompleta, se se espera que as respostas sejam coerentes ou

---

[226] Ibidem, p.113.
[227] Ibidem, pp.119-120.

tenham algum sentido. Cada parte dependerá do restante, pois estarão ligadas por uma visão unificadora da relação entre prática jurídica e justificativa política[228].

Pelo exposto, o Direito, além de se conectar à moral, está conectado à política ao admitir que o argumento jurídico ocorre em um espaço de consenso de que, se o direito existe, ele provém uma justificativa para o uso do poder coletivo em face de cidadãos ou grupos individuais, com base no consenso ético geral ou coletivo, que tem substancialidade formalizada pelos princípios constitucionais.

Devemos pautar nossas atitudes, exercer nossas competências funcionais, espelhados em razões deontológicas[229] que exigem consideração e respeito a todos, em qualquer plano estatal, inclusive no que concerne ao ato de proferir decisão judicial referente a questões jurídicas de imbricação moral, em que argumentos de princípios morais devem compor o discurso judicial, em apologia à efetividade dos direitos fundamentais, especialmente, quando esses referem-se à intimidade, à honra, às liberdades fundamentais, enfim, à dignidade da pessoa humana.

4.4 O Princípio da Integridade

O Direito como integridade, argumenta Dworkin, sustenta que direitos e responsabilidades decorrem de decisões anteriores e, por isso, têm valor legal, não só quando estão explícitos nessas decisões, mas também quando procedem dos princípios de moral pessoal e política que as decisões explícitas pressupõem a título de justificativa[230].

A virtude da integridade aplicada ao plano jurisdicional, que será melhor aprofundada no decorrer deste tópico, caracteriza-se pela coerência que deve existir entre as decisões judiciais fundadas em argumentos de princípios relativos a direitos fundamentais incorporados à Constituição e a moralidade política que permeia na sociedade. Para melhor entendimento, se a Constituição agasalha o princípio e o

---

[228] Ibidem, pp.124-125.

[229] NAGEL, Thomas. *Visão a Partir de Lugar Nenhum*, op. cit., pp.292-293. Para o autor, “as restrições deontológicas acrescentam ao sistema novas razões relativas ao agente – razões para não tratar os outros de certas maneiras. Não são demandas impessoais que derivam dos interesses dos outros, mas demandas pessoais que governam nossas relações com os outros (...) A intuição moral comum reconhece vários tipos de razões deontológicas, entre elas: as proibições contra a violação de vários direitos individuais (...) Pode haver também uma exigência deontológica de justiça, imparcialidade ou igualdade no tratamento dado às pessoas”.

[230] Ibidem, pp.271-275.

direito fundamental pertinente à proibição da discriminação negativa, qualquer decisão judicial que siga o princípio da integridade deve ser coerente com isso, que traduz o consenso moral de que não deve haver discriminação negativa.

De acordo com a tese do Direito como integridade e em reforço ao sentido dado à coerência no parágrafo anterior, devemos esclarecer de forma mais pontual o questionamento sobre quais decisões passadas devem servir de parâmetro para legitimar as decisões judiciais embasadas no ordenamento vigente. Tomando por referência a inevitável evolução e superação de paradigmas, nos é aceitável que as decisões políticas decorrentes dos debates que ocorreram no processo de feitura de nossa Carta Política de 1988 e resultaram em um conjunto de princípios e direitos fundamentais, que assinalam o Estado Democrático de Direito, devem ser a referência imediata, no plano positivado.

Para o nosso autor, no Direito como integridade, o juiz não se limita àquilo que a convenção encontra nas decisões passadas, mas a que o leva a considerar como direito aquilo que seria sugerido pela moral como a melhor justificativa dessas decisões do passado. Além disso, a coerência de princípio exigida pelo Direito como integridade exige diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos e que seja coerente no sentido de expressarem uma visão única e abrangente da justiça[231].

Dworkin diz que, pela integridade como ideal político, o Estado deve agir segundo um conjunto único e coerente de princípios, mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos, pois se trata de uma questão de respeitar a todos, portanto, um requisito prévio da civilização. A integridade da concepção de equidade exige princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade não só da legislatura como do poder judicante[232].

Devemos dizer que a equidade deve ser justificada pelo ajuste entre as decisões judiciais e os princípios de moralidade política, por argumentos de

---

[231] GUEST, Stphen. *Ronald Dworkin*, op. cit., pp.44-45. A melhor interpretação dos materiais jurídicos deve valer-se da melhor teoria moral do sistema jurídico, fornecida por uma teoria do direito, fincada no princípio de que as pessoas devem ser tratadas como iguais, de tal modo que a fusão dos materiais jurídicos e da teoria moral é atingida pela integridade, que exige que o direito seja coerente de uma maneira distinta da justiça, segundo a qual o estado correto das coisas existe na sociedade, e distinta da imparcialidade, uma concepção de igualdade segundo a qual “se deve conceder voz a cada ponto de vista no processo de deliberação”. Significa que o Direito deve ser sempre interpretado de maneira a formar um todo integral.

[232] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, op. cit., p.202.

princípios, no contexto de instituições imparciais ou justas, no sentido de que os procedimentos processuais devem ser os adequados para extrair o Direito sob a melhor luz moral e não sob a melhor luz pragmática, positivista, convencional ou baseada em critérios medianos de utilidade.

Para Ronald Dworkin, a integridade da concepção de justiça de uma comunidade exige que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões de seu legislativo e de seu judiciário sejam reconhecidos pelo resto do Direito. Acrescemos que tais decisões não devem afrontar os princípios e direitos fundamentais, pois estariam afrontando a moralidade política da sociedade.

Racionalizar é preciso, certamente todos estão de acordo com isso, mas temos que convir da necessidade de se ter um devido processo legal em que os procedimentos sejam obedecidos para se alcançar a coerência do Direito, como acima discorrida, pois pela integridade da concepção de devido processo legal adjetivo isso se faz premente para se alcançar o equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do Direito.

A integridade política supõe uma personificação particularmente profunda da comunidade ou do Estado, de modo a engajar o seu comportamento pelos princípios da equidade, justiça ou devido processo legal adjetivo, com o objetivo de que o Estado ressoe uma só voz respeitante à igual consideração e respeito por todos.

Pela personificação, a comunidade é um agente moral, criadora de pensamentos, práticas e linguagens, a isso, acrescemos e esclarecemos, não no sentido do comunitarismo, mas no sentido do liberalismo igualitário, com diversidades de valores, de pré-concepções, mas assentada em algum consenso derivado de moralidade política, tal qual: o respeito a liberdades fundamentais como a liberdade de expressão, a liberdade à intimidade, o direito fundamental de não ser negativamente discriminado, consoante a escolha ética de cada qual no contexto de um padrão de moralidade aceito.

O Direito tem seu nascedouro na prática social de uma comunidade politicamente constituída com suas valorações morais expressas por signos linguísticos que traduzem um modo de ser no mundo, o que está muito além do significado semântico da palavra, porquanto existe um acordo substancial de fundo que supera a primazia do procedimento semântico.

A proibição constitucional da discriminação negativa traduz por um lado a existência do preconceito na sociedade e, por outro viés, o compromisso de todos em combatê-la, aplicando a repreensão necessária aos discriminadores com a devida reparação aos vitimados. Moralmente, esse é o comportamento adequado e substancialmente preconizado por uma comunidade política, afinal, a proibição da discriminação negativa é uma questão de princípio e como tal deve ser tratada.

Dworkin destaca que a integridade política é composta por dois princípios: um princípio legislativo, pelo qual os legisladores devem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido[233], assunto sobre o qual já fizemos breve referência em linhas pretéritas.

No que concerne à temática discriminação no trabalho, observa-se no ordenamento brasileiro o aspecto da integridade política mediante o princípio legislativo, com o acolhimento pela nossa Carta Política de princípios e direitos fundamentais correlatos, robustamente mencionados em passagens anteriores.

Todavia, esse princípio legislativo deve ter correspondência com o princípio jurisdicional, por intermédio de decisões judiciais que derivem de um processo judicial de qualidade, substantivo no sentido de perquirir com profundidade a existência ou não do comportamento negativamente discriminatório, o que deve ser justificado com argumentos de princípios.

Revela Dworkin que o ideal da integridade, em algumas situações, deve sacrificar a equidade ou a justiça, quando há o risco de decisões injustas serem tomadas, em ofensa a direitos individuais, pois nem sempre o que parece ser equitativo é justo; exemplo disso: a ascendência da maioria nem sempre é o melhor procedimento para tomar decisões em política, pois, algumas vezes, a maioria tomará decisões injustas sobre os direitos individuais[234].

Em casos como a discriminação no trabalho, não há como separar a equidade da justiça, de tal modo que o rito procedimental deve observar a questão substancial em discussão. Por outras palavras, o processo deve caminhar no rastro dos direitos e princípios fundamentais constitucionais, de modo a conferi-los efetividade e em respeito ao acordo substancial de fundo moral observado pela comunidade política.

---

[233] Idem, p.214.
[234] Ibidem, p.215.

Problematizar a partir do procedimento processual a ser adotado com base em regras que observaram os procedimentos democráticos de decisão, em detrimento da questão complexa que deve ser posta à apreciação, com fulcro em princípios e direitos fundamentais, significa inverter valores, e nesse contexto a segurança jurídica formal não deve servir de argumento irrefutável para decidir.

A tensão a ser diminuída não deve se referir àquela existente entre a certeza jurídica da decisão e a segurança jurídica, mediante regras procedimentais, mas refere-se ao ajuste necessário entre as decisões judiciais e os princípios de moralidade política, justificado por argumentos de princípios. Nesse passo, nossa convicção nos distancia de Habermas e Alexy e nos aproxima de Dworkin.

Em contraponto à pretensa diminuição de tensão entre a certeza jurídica e a segurança jurídica defendida no plano da racionalidade procedimental de teor moral, orientada pelo entendimento entre iguais, se situa o princípio da integridade do Direito, que prima pela necessidade de ajuste entre a virtude justiça, oriunda das decisões judiciais e dos princípios de moralidade política.

Essa distinção entre racionalidade substantiva de teor moral e racionalidade procedimental de teor moral pode ser mais bem identificada nas interpretações judiciais de casos concretos, em que as normas processuais procedimentais são insuficientes para extrair o Direito sob a melhor luz da moralidade política consubstanciada por argumentos de princípios respeitantes a direitos fundamentais individuais.

Pela racionalidade substancial de teor moral, a problematização deve iniciar com o questionamento sobre a ética geral que permeia na sociedade e que princípios e direitos fundamentais traduzem positivamente o paradigma moral de modo a extrair a melhor justificativa sobre o caso difícil.

Pela racionalidade procedimental de teor moral, havendo algum questionamento moral, o mesmo deve estar de acordo com os procedimentos positivados, o que leva à primazia de se questionar sobre qual regra procedimental deve ser aplicada no curso do processo para o enfrentamento da questão jurídica.

O jusfilósofo norte-americano argumenta que a prática política aceita a integridade como uma virtude distinta, de tal modo que cada ponto de vista deve ter

voz no processo de deliberação, mas a decisão coletiva deve, não obstante, tentar fundamentar-se em algum princípio coerente[235].

A coerência referida deve ser pertinente ao substrato enraizado na moralidade política atinente à continuidade histórica e política de determinada comunidade, que, no caso da sociedade brasileira, consoante o nosso entendimento, faz parte de um romance criptografado pelos princípios e direitos fundamentais, explícitos e implícitos em nossa Carta Política.

A inobservância da coerência entre as deliberações políticas e os princípios de moralidade política, segundo Dworkin, provoca injustiça, por mais equitativos que sejam os procedimentos que a produziram, pois nega às pessoas algum recurso, liberdade ou oportunidade que as melhores teorias sobre a justiça lhes dão o direito de ter[236], tal qual uma decisão judicial que considere e respeite o direito fundamental de não ser negativamente discriminado.

Tal assertiva nos permite assinalar que ainda que os procedimentos sejam deliberados com base em regras democráticas como a da maioria, alguns deles podem se opor à materialidade concreta dos direitos e princípios fundamentais, razão pela qual não devem ser aplicados em qualquer caso, especialmente nos casos difíceis de estatura moral.

Nesse caso, o Direito como integridade deve prevalecer, mediante argumentos de princípios que justifiquem os argumentos de equidade, resultando em decisões mais justas.

Dworkin assevera que a integridade é escarnecida sempre que uma comunidade estabelece e aplica direitos diferentes, cada um deles coerente em si mesmo, mas que não podem ser defendidos em conjunto como expressão de uma série coerente de diferentes princípios de justiça, equidade e devido processo legal[237].

A coerência dos direitos deve ser defendida a uma só voz, por toda a comunidade personificada histórica e politicamente, de modo a refletir o consenso moral, conceitualmente agasalhado no espectro político da sociedade, pois é inaceitável e contraditório que princípios de moralidade política, como o referente ao direito fundamental de não ser negativamente discriminado, componham o

---

[235] Ibidem, pp.216-218.
[236] Ibidem, p.218.
[237] Ibidem, pp.223-224.

ordenamento constitucional, mas não considerados com a relevância que lhes deve ser deferida por intérpretes do Direito, que, ao argumento de serem equitativos e observarem o devido processo legal, desprestigiam a decisão justa.

O Direito tem natureza argumentativa, de tal modo que uma decisão judicial pode ser fundamentada de forma coerente, como ocorreu com o indeferimento do direito à reparação para a trabalhadora portadora de HIV, com fulcro em preceitos civilistas. Todavia, decisão desse talante não responde à necessidade de se extrair a melhor justificativa do Direito, problematizando a questão jurídica, tendo por parâmetros os princípios de moralidade política com a devida sistematização aos princípios e direitos fundamentais constitucionais, em coerência uníssona com a voz de uma comunidade de princípios.

Essa comunidade de princípios deve ser compreendida como um agente moral norteado por questões de princípios: tolerância, igual consideração e respeito aos direitos individuais fundamentais, que devem ter prevalência quando em cotejo com interesses de índole comunitária, como o princípio do bem-comum, da supremacia do interesse público sobre o privado, do interesse da coletividade ou qualquer outro do gênero.

A sociedade política que aceita a integridade como virtude política, nos moldes propostos por Dworkin, transforma-se em uma forma especial de comunidade de princípios, por promover sua autoridade moral para assumir e mobilizar o monopólio de força coercitiva, por argumentos de princípios nos planos legislativo e jurisdicional.

A virtude política da integridade se faz premente em decisões judiciais que precisam ser ajustadas por um devido processo legal e por equidade, aos princípios, objetivos e direitos fundamentais formalizados na Constituição Federal, com o adendo de que podem existir direitos tão fundamentais quanto os formais, que não compõem o rol constitucional, pois consideramos a Carta Política como aberta materialmente a direitos decorrentes do princípio da igual consideração e respeito que guarda similaridade de conteúdo com a dignidade da pessoa humana.

Leciona o autor que a integridade também contribui para a eficiência do Direito no sentido de que as pessoas aceitam ser governadas não apenas por regras explícitas, mas, também, por princípios decorrentes de decisões passadas, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se ou contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber

e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito[238].

Substancialmente, podemos afirmar que na relação jurídica laboral, disciplinada pelo ordenamento pátrio, todas as regras expressas devem ser no sentido de assegurar os valores sociais do trabalho, o acesso efetivo aos direitos sociais, com destaque para o direito ao trabalho, às liberdades fundamentais, à dignidade da pessoa humana, entre outros princípios e direitos fundamentais. Não podem se constituir em óbice para isso regras infraconstitucionais, máxime as de caráter processual, como: "*O ônus da prova cabe a quem alega".*

Na verdade, o detalhamento da legislação e da jurisprudência tem apontado para a cultura do descumprimento de normas de princípios e direitos fundamentais, o que, não raras vezes, resulta em desrespeito e desconsideração para com o outro, em total afronta à virtude soberana da igualdade.

O valor expressivo da integridade é confirmado quando as pessoas de boa-fé tentam tratar umas às outras de maneira apropriada à sua condição de membros de uma comunidade governada pela integridade política e ver que todos tentam fazer o mesmo. A comunidade como agente moral e político tem a obrigação de identificar, em última instância para si mesma, um sistema de princípios a que seja fiel, adotando uma atitude interpretativa relativa ao exercício da fraternidade e solidariedade, principalmente em face de assuntos de fundo moral, o que está em grau de complexidade mais acentuado do que as normas positivadas e convencionadas[239].

Dentro do modo de vida constituído por uma prática comunitária, o interesse deve ser geral e propiciar os fundamentos para responsabilidades mais específicas baseadas em um igual interesse por todos os membros, em razão da reciprocidade que deve ser exigida nas obrigações associativas fraternais.

Nas passadas de tal magistério, fazendo o translado para a prática social brasileira, temos que a mesma prima pelo respeito à diversidade cultural, religiosa, política, racial e regional, assim como às liberdades fundamentais, o que constitui o catálogo de princípios e direitos fundamentais de nossa Carta Política, pelo qual devemos nos obrigar a associar e respeitar.

---

[238] Ibidem, p.229.
[239] Ibidem, pp.230-244.

O consenso político de uma comunidade histórica e politicamente constituída deve ser construído com a devida consideração e respeito à pluralidade, tendo por fulcro princípios substanciais de moralidade política, com cláusula protetiva às questões insensíveis à escolha política, o que traduz o acordo moral substancial, o que se aplica na inteireza às questões jurídicas referentes à discriminação negativa.

Para o autor, deve-se ressaltar que algumas comunidades podem ser injustas para com os membros que não fazem parte de um determinado grupo, como sói acontecer com casos de discriminação racial, religiosa etc. Esse tipo de discriminação, no entanto, em muitos casos, vai entrar em conflito não apenas com os deveres de justiça abstrata que os membros do grupo devem observar entre si, mas também com as obrigações associativas que eles têm, pois pertencem a comunidades associativas maiores ou diferentes[240].

Pode-se afirmar que a comunidade jurídica laboral está inserida em um contexto mais abrangente que é a sociedade civil e a relação desta com o Estado Democrático de Direito, de onde derivam princípios substanciais de moralidade política que devem ser aplicados à relação jurídica laboral, tal qual apregoa a Constituição da República Federativa do Brasil, ao nomear como princípios fundamentais os valores sociais do trabalho, a dignidade da pessoa humana, a cidadania, o princípio da não-discriminação negativa, a igualdade, assim como conferir importância singular às liberdades e aos direitos fundamentais individuais e sociais.

Destarte, ainda que a prática social de certos grupos minoritários seja pela postura negativamente discriminatória, a atitude interpretativa pode isolá-la como um erro, pois está condenada por princípios necessários à justificativa do resto da instituição, de acordo com o ensinamento de Ronald Dworkin.

O jusfilósofo sintetiza que uma vez que a interpretação é, em parte, uma questão de justiça, essa etapa pode mostrar que na verdade as responsabilidades aparentemente injustas não fazem parte da prática, pois são condenadas por princípios necessários à justificativa de outras responsabilidades impostas pela prática[241], como, por exemplo, a dignidade das pessoas.

---

[240] Ibidem, p. 245.
[241] Ibidem, p.247.

Decorre disso que a melhor defesa da legitimidade política — o direito de uma comunidade política de tratar seus membros como tendo obrigações em virtude de decisões coletivas da comunidade — vai ser encontrada na fraternidade da comunidade com suas obrigações concomitantes, que comporta o direito de todos serem tratados com consideração e respeito, sem preconceitos, que é uma premissa que deve se expandir para o ato interpretativo no plano jurisdicional, priorizando-se, destarte, o procedimento substancial com fulcro na integridade do Direito.

De acordo com Ronald Dworkin, uma sociedade política com características associativas fraternais pode ser veiculada pela comunidade modelada por princípios, pelos quais as pessoas são membros de uma comunidade política genuína quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados e que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político[242].

À luz de tal magistério, remetemos-nos ao ordenamento jurídico brasileiro, no qual se verifica uma hiperinflação legislativa sobre determinados direitos, que, apesar disso, são negados no cotidiano, ao argumento da imprecisão, da lacuna, da textura aberta, da plasticidade formal ou baixa densidade semântica, com a utilização da discricionariedade afastada do acordo moral substancial.

Se o respeito e a consideração mútua existissem sem ressalvas e como uma prática comum a todos, certamente, não haveria espaço para a beligerância judicial, com processos judiciais que se estendem além de um prazo razoável, em detrimento, inclusive, do direito fundamental do acesso à justiça.

Ademais, se os aplicadores do Direito imprimissem máxima efetividade às normas constitucionais, máxime, as relativas aos princípios e direitos fundamentais, não precisaríamos de detalhamento legiferante, como imposição para tornar os direitos efetivos.

Tal prática leva ao raciocínio jurídico deturpado de se perquirir sobre a existência de uma regra jurídica para deferir ou não um direito ou de que determinada questão jurídica deve se enquadrar aos parâmetros legais, sob pena de não ser conhecida. Nunca é demais lembrar que, em casos de discriminação no trabalho, é recorrente a invocação de norma processual que dificulta sobremaneira a possibilidade de prova de discriminação negativa por parte do trabalhador, que

---

[242] Ibidem, p.254.

repercurte de forma a ignorar por completo o problema da discriminação negativa no trabalho.

A política deve ser um palco de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema e sobre que concepção deve ter de justiça, equidade e devido processo legal, com a consciência de que os direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam[243].

Em se tratando do sistema jurídico brasileiro, pelo menos, todas as normas procedimentais e as decisões judiciais deveriam obedecer aos mandamentos exarados pelos princípios constitucionais fundamentais e à garantia de efetividade dos direitos fundamentais, que devem ser imperativos com relação a qualquer regra que venha a ser institucionalizada. Porquanto, tal premissa traduz essencialmente o acordo substancial em torno de princípios de moralidade política, prevalecente no âmbito da sociedade civil, compreendida esta como uma comunidade política personificada.

No modelo de princípios de Dworkin, a base racional tende para a igualdade no sentido que requer uma condição específica: sua exigência de integridade pressupõe que cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra; que cada uma deve ser tratada com o mesmo interesse, de acordo com uma concepção coerente que isso significa.

A essa assertiva, fazemos o adendo de que o esforço intelectual interpretativo deve se pautar em uma equidade substancial. Por outras palavras, qualquer procedimento deve estar enclausurado pelos princípios de moralidade política, o que significa uma interdição à discricionariedade.

Os jurisdicionados têm direito, em princípio, de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma só voz.

---

[243] Ibidem, pp.254-255.

Adotar o modelo de princípios, tendo a integridade como virtude ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal, não significa negar os procedimentos processuais estabelecidos para o andamento do processo judicial.

Uma concepção do Direito erigida sobre o princípio interpretativo da integridade estabelece direitos constitucionais substantivos, volvendo-se para questões de princípio. E, nessa esteira, os casos difíceis que não escapam à argumentação de teor moral devem ser enfrentados no plano jurisdicional como questões de princípios, de tal modo que os argumentos de princípios devem justificar as decisões.

De acordo com o Direito como integridade, as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento, diferentemente do convencionalismo que se projeta para os precedentes passados e o pragmatismo que se inclina para o futuro, sem preocupação com os fundamentos do Direito.

Desse modo, caso se tenha decidido no passado que a proibição da discriminação negativa no trabalho faz parte do acordo substancial moral da sociedade civil, isso deve se projetar para o presente e para o futuro, de modo dinâmico, com as devidas adequações impostas pela temporalidade e pela transformação dos paradigmas.

O princípio judiciário da integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados pela comunidade personificada, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade[244], o que é diferente da máxima de que o juiz cria o Direito com o seu poder discricionário, pois o Direito sempre esteve presente em uma comunidade de princípios.

Segundo o Direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam ou se derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade[245]. Por esse prisma, ao decidir sobre uma questão jurídica complexa, tal qual a dispensa arbitrária e discriminatória em face de uma trabalhadora portadora de HIV, o magistrado deve buscar a interpretação mais

---

[244] Ibidem, p.271
[245] Ibidem, p.272.

construtiva e consentânea com a prática moral da comunidade, adequando o devido processo legal, nesse sentido, com a equidade necessária.

A integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do Direito de uma comunidade; não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o Direito de um século antes, já em desuso, exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical[246].

A história de uma comunidade é feita de grandes conflitos e transformações, como um romance escrito por diversos autores em continuidade, para aproveitar a ilustração de Dworkin[247], de tal modo que cada um para dar sequência ao romance deve interpretar de forma coerente os escritos anteriores.

Para isso, o romancista não tem total liberdade criativa ou sofre total coerção mecânica pelo texto, pois o intérprete sentirá liberdade de criação ao comparar sua tarefa com a outra, mas vai sentir-se reprimido ao compará-la a uma tarefa relativamente menos dirigida, como começar a escrever um romance.

Podemos assentir que a história do mundo do trabalho, da contradição capital e trabalho, emparedando de um lado a luta por melhores condições de trabalho e de outro a maximização do capital e do lucro, passou por diversos conflitos e transformações, que resultaram na afirmação formal e material de direitos fundamentais atinentes à relação jurídica laboral, que hodiernamente são arrolados nas Cartas Políticas que formatam o Estado Democrático de Direito.

Trata-se de um romance que ainda não terminou, que está em processo de construção, e, por esse prisma, podemos afirmar que a temática discriminação no trabalho imprescinde de maior reflexão crítica, de modo que alternativas sejam vislumbradas para a real efetividade do princípio fundamental da não-discriminação negativa e do direito fundamental de não ser negativamente discriminado.

O Direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o Direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas[248]. A integridade

---

[246] Ibidem, p.274.
[247] Ibidem, pp.275-279.
[248] Ibidem, p.291.

ambiciona ser uma comunidade de princípios, mas não recomenda o que seria perverso, tal qual a tolerância para com a discriminação negativa.

Uma interpretação tem por finalidade mostrar o que é interpretado em sua melhor luz possível, e uma interpretação de qualquer parte de nosso Direito deve, portanto, levar em consideração não somente a substância das decisões tomadas por autoridades anteriores, mas também o modo como essas decisões foram tomadas e em que circunstâncias.

No Direito como integridade, deve-se decidir qual é a interpretação que mostra o histórico jurídico como o melhor possível do ponto de vista da moral política substantiva, quando existirem decisões precedentes dos mais diversos tipos, que devem ser seguidas se substanciadas por argumentos de princípios referentes a direitos fundamentais.

Essa moral substantiva, no caso da discriminação no trabalho, reside no assentimento ético da comunidade política e personificada de que todos devem ser tratados com igual consideração e respeito, razão pela qual os poderes constituídos devem primar pela virtude soberana da igualdade, no sentido concreto de garantir o acesso e a permanência no trabalho a todos aqueles que historicamente foram e são vulnerabilizados pelo preconceito negativo.

Por esse diapasão, as decisões judiciais devem traduzir o esmero de interpretar as questões jurídicas sobre a discriminação no trabalho sob a melhor luz, com apoio em conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, na melhor interpretação da estrutura jurídica e da doutrina jurídica da comunidade com personificação moral e política.

Quem quer que aceite o Direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral, posto que, se não o fizer, não poderá dizer de boa-fé que está interpretando a prática jurídica da comunidade, mas a sua prática particular, vocacionada ao isolamento pelo princípio interpretativo da integridade[249].

Devemos convir que a atividade jurisdicional tem interferência de valores moldados ao longo de uma vida permeada por convicções políticas, ideológicas, religiosas, culturais etc. No entanto, os princípios de moralidade política derivados

[249] Ibidem, p.305.

do acordo substancial moral da comunidade devem ser instrumento de frenagem para possíveis decisões discricionárias, distantes de princípios e direitos fundamentais constitucionalizados.

Nos casos difíceis, como os referentes à discriminação no trabalho, os juízes terão de desenvolver, lado a lado, sua concepção do Direito e sua moral política, de tal modo que ambas se deem sustentação mútua, pois não são excludentes, mas se complementam.

Dworkin observa que os juízes devem considerar provisórios quaisquer princípios ou métodos empíricos gerais que tenham seguido no passado, mostrando-se disposto a abandoná-los em favor de uma análise mais sofisticada e profunda quando a ocasião assim o exigir, pois é possível que um juiz enfrente problemas novos e desafiadores como uma questão de princípio, e é isso que exige o Direito como integridade[250].

Destarte, permitimo-nos ressaltar que, em se tratando de discriminação no trabalho, outrora se conviveu sem maiores problemas com paradigmas escravagistas, excludentes com relação ao trabalho da mulher, que são inaceitáveis em nossa prática jurídica atual.

O dinamismo da prática social, da continuidade histórica do romance inacabado, supera os velhos paradigmas, de tal modo que em um futuro próximo, por exemplo, tenhamos conhecimento e necessidade de combater outras formas de discriminação no mundo do trabalho, que não estão manifestamente expressas em nossa realidade. Ainda assim, o fundamento do Direito estará sempre presente, porquanto o acordo substancial moral pela não-discriminação negativa manifesta-se com maior perenidade.

Uma concepção de Direito exige uma descrição dos fundamentos do Direito — das circunstâncias nas quais as afirmações sobre o que é o Direito deveriam ser aceitas como verdadeiras ou bem fundadas — que demonstre por que o Direito autoriza a coerção. O Direito como integridade responde que os fundamentos do Direito estão na melhor interpretação construtiva das decisões jurídicas do passado (princípios e direitos fundamentais constitucionais), e que o Direito, portanto, é sensível à justiça.

---

[250] Ibidem, pp.305-308.

Devemos lembrar que os princípios de moralidade política historicamente aceitos no passado devem ser projetados para o futuro, como alhures se consignou, pois os paradigmas existem para serem superados. No ato de interpretação de uma questão jurídica complexa como a discriminação no trabalho, manter-se arraigado de forma inflexível a decisões passadas não aparenta ser uma postura recomendável para o presente e para o futuro.

Apegar-se ao pensamento dogmático de que haverá ou não direito se houver ou não expressa previsão legal pode contribuir para a mantença da injustiça social, por conseguinte, reafirmamos que a questão jurídica relativa à discriminação negativa deve ser perquirida com maior acuidade no plano jurisdicional, sob pena de estarmos simulando o combate à prática discriminatória.

Pelo exposto, a integridade só faz sentido entre pessoas que querem também justiça e equidade, ao que se pode acrescentar que substancialmente todos querem ser considerados e respeitados, almejando justiça com a devida equidade: esse deve ser o acordo substancial de natureza moral. Nessa linha de raciocínio, os intérpretes devem ter postura de total objeção à discriminação negativa, investigando cada caso com a profundidade que o caso requer, ainda que isso signifique uma maior carga de trabalho ou inovação procedimental.

No Direito como integridade, as autoridades devem tratar a todos como reunidos e vinculados numa associação de princípios, por razões que independem de qualquer identidade de convicção entre essas autoridades, tanto a respeito da adequação quanto dos princípios mais substantivos que uma interpretação põe em jogo. As razões persistem quando os juízes divergem, mas um juiz deve ser reflexivo e autoconsciente, de modo que suas sentenças são abertas ao estudo e à crítica.

Pela virtude soberana da igualdade defendida por Dworkin, a moral constitutiva determina que os seres humanos devem ser tratados como iguais pelo Estado, não porque não exista certo e errado em moral política, mas porque é assim que está certo.

A concepção de igualdade do liberalismo igualitário esposado por Dworkin é um princípio de organização política exigido pela justiça, não um modelo de vida para os indivíduos, os quais devem ser considerados personificados em uma comunidade política lastreada em princípios de moralidade política, nos termos de sua contínua prática histórica, que é sujeita às incessantes transformações com superação de paradigmas.

Apesar das pré-concepções de ordem moral, sempre haverá oportunidade para revisitar as convicções morais negativamente preconceituosas, de modo a suplantá-las por uma moralidade respeitosa ao outro, pois as perspectivas iniciais de cada um podem ser aprofundadas pela conjunção compartilhada dos pontos de vista subjetivo e objetivo, em cada caso concreto, tendo por resultante uma resposta certa e íntegra, em que as decisões judiciais são melhor ajustadas ao princípio de moralidade política da igual consideração e respeito, que se desdobra na tolerância e na integridade do Direito[251].

[251] GUEST, Stphen. *Ronald Dworkin*, op. cit., pp.294-295. Resumindo a Teoria do Direito e da Moralidade de Ronald Dworkin, Stephen Guest ressalta que "duas exigências principais são colocadas por essa teoria, para que ela tenha sucesso em sua afirmação de que o argumento jurídico é uma espécie de argumento de moralidade política. Primeiro, deve-se demonstrar que existe uma ligação entre o significado de um argumento coerente de justificação nas mãos de um juiz e uma teoria geral e ideal sobre os princípios morais fundacionais. Segundo, deve ser traçada uma ligação entre esses princípios morais fundamentais e uma teoria geral da distribuição, pois qualquer sistema com sentido interpretativo deve, para que os argumentos jurídicos tenham pleno sentido justificativo, existir em uma comunidade na qual haja um certo semblante de justiça, ou seja, adesão suficiente a princípios de justiça em uma comunidade, que forneça o sentido e a vontade para que sejam seguidas diretrizes de aprimoramento".

CONCLUSÃO

A discriminação negativa em razão de cor, naturalidade, sexo, orientação sexual, dentre outras formas, como o fato de alguém ser portador do vírus HIV, se manifesta em nossa sociedade, ainda que de forma dissimulada, o que torna mais dificultoso o combate a tal prática preconceituosa.

As dificuldades, entretanto, devem ser enfrentadas e superadas, ainda que seja uma tarefa laboriosa e com resultados a longo prazo, o que se aplica no plano jurisdicional, no que concerne à interpretação sobre a questão jurídica discriminação negativa no trabalho.

Para rememorar, em breves trechos, fundamentamos e justificamos que, ao princípio fundamental da não-discriminação negativa no trabalho, se associa o direito fundamental de não ser negativamente discriminado, o que confere ao tema discriminação negativa no trabalho a importância de uma questão de interesse público e da estatura de um caso difícil, dada a sua imbricação moral.

Com base em tais argumentos, entendemos que a temática discriminação negativa no trabalho deve ser objeto de uma interpretação substancial que retire de suas entranhas a concepção do Direito que mais se adeque à moralidade que lhe é pertinente, o que não exclui a possibilidade de arregimentar uma metodologia que se ancore na teoria interpretativa substancialista.

Feito o introito, vamos direto ao fulcro das questões levantadas no desenvolvimento desta tese: a interpretação das questões jurídicas de extensa verticalidade moral, como a discriminação negativa no trabalho, deve observar os argumentos de princípios e direitos fundamentais encartados expressa ou implicitamente em nossa Carta Política, cujos fundamentos estão na moralidade política da sociedade.

Denominamos essa assertiva de racionalidade substancial, que deve ser priorizada com relação ao discurso judicial pautado na racionalidade procedimental com apoio em um modelo de regras-princípios e procedimentos, que tem matriz teórica no agir comunicativo linguístico voltado para a aceitabilidade idealmente justificada ou para o entendimento.

Essa teoria de interpretação construtiva que vislumbra a coerência entre os princípios de moralidade política da sociedade e a justiça das decisões judiciais, nos casos difíceis, com aplicação do princípio da integridade do Direito, interdita a

projeção da discricionariedade judicial nos atos decisórios, qualificada pelo desrespeito aos argumentos balizados pelos princípios e direitos fundamentais.

O Direito será integro no deslinde de casos difíceis, de prospecção moral, como a discriminação negativa no trabalho, quando a concepção interpretativa resultar em uma decisão judicial construída com argumentos de princípios e direitos fundamentais, ajustada ao princípio de moralidade de que todos devem ser igualmente respeitados e considerados, o que é um padrão moral da sociedade traduzido pelo conceito de que as posturas negativamente preconceituosas e excludentes não devem ser toleradas pela sociedade, tampouco pelo sistema jurídico, que inclui a interpretação no plano jurisdicional.

O discurso judicial deve permitir a fluência de argumentos morais sem a preocupação com os filtros impostos por padrões procedimentais, que, caso priorizados, não em raras ocasiões, contribuem para a negativa de direitos fundamentais com afronta a princípios fundamentais.

Devemos considerar que mais que uma laboriosa fundamentação focada nos preceitos do sistema jurídico positivado, precisamos de uma justificativa para a decisão judicial que extraia o fundamento do Direito cravado na moralidade política da sociedade. Por outras palavras, a melhor fundamentação jurídica prima pela melhor justificativa pautada no discurso judicial construído por argumentos de princípios e direitos fundamentais.

Questões morais devem ser enfrentadas por argumentos morais. Uma vez problematizado o caso jurídico por tal premissa, o discurso judicial deve progredir com o desiderato de encontrar a justificativa que melhor se ajusta à moralidade política, de certa forma objetivada no ordenamento constitucional, por princípios e direitos fundamentais, e a esse ajustamento deve se fazer a adequação da fundamentação jurídica.

É nesse sentido que defendemos a prioridade da racionalidade substancial à racionalidade procedimental, que não se excluem, mas se complementam, consoante uma interpretação construtiva e íntegra, diferentemente daqueles intérpretes que buscam regras e procedimentos para externar uma fundamentação jurídica que, no entanto, excluem a melhor justificativa, além de dar azo à discricionariedade judicial.

Para nos tornarmos melhores como seres humanos, precisamos enfrentar sem ceticismo ou falibilismo a complexidade resultante das questões morais, pois

devemos ser destemidos até para modificar as nossas perspectivas iniciais pré-concebidas, o que se aplica à vida e, particularmente, é processado no plano jurisdicional quando do enfrentamento de casos difíceis de estrutura moral.

Esse aprimoramento de nossas perspectivas só é possível quando permitimos o discurso em toda a sua extensão, com a exteriorização de posicionamentos substantivos de diversos matizes, sem estar apeado a amarras procedimentais que podem funcionar como frenagem aos argumentos morais.

À argúcia supraengendrada, que destaca a complementação entre racionalidade substancial e racionalidade procedimental, poderá se opor o argumento de que não é possível qualquer discussão substantiva sem o mínimo de respeito a alguns procedimentos, sobre os quais deve haver consenso, de modo a permitir a trajetória do discurso, pois, em não sendo assim, a objetividade para se chegar a uma decisão estará comprometida.

Concordamos com isso, pois perfilhamos a compreensão de que em casos difíceis de larga envergadura moral, como a discriminação negativa no trabalho, o procedimento deve ter seu termo inicial, considerando e respeitando o padrão de moralidade política da sociedade, no sentido de não tolerar a exclusão preconceituosa.

Devemos edificar a racionalidade procedimental a partir da racionalidade substancial, problematizando a temática para a construção da melhor justificativa que permita a elaboração da fundamentação jurídica condizente, desbravando e prestigiando os princípios e direitos fundamentais, propiciando a chegada às regras que podem ser adequadas ao caso problematizado, e, caso essas não existam, temos de ousar em decidir consoante as normas principiológicas.

Discordamos de forma veemente com o caminho inverso que desvaloriza o problema, impondo-lhe grilhões procedimentais, e ignora a moral objetivada pelos princípios e direitos fundamentais, ao argumento da vagueza, da imprecisão, da baixa densidade semântica, da textura aberta, da plasticidade formal ou expressão equivalente, que remete à interpretação discricionária.

Ao contrário do que por muitos pode ser sustentado, os argumentos de princípios relativos a direitos e princípios fundamentais substantivados na Carta Política, restringem a discricionariedade, diferentemente do argumento de que os princípios se caracterizam pela indeterminação, daí a necessidade de procedimentos otimizadores para a aplicação dos mesmos.

A afronta aos argumentos de princípios e direitos fundamentais prima pela aplicação de regras agressivas à melhor concepção do Direito, de tal modo que, em alguns casos, temos o paradoxo: se não há regra, não há problema, o que exprime uma característica funcionalista do sistema jurídico, segundo a máxima de que situações complexas não podem desestabilizar o sistema. Então se afasta o problema com a aplicação de uma regra disponível no ordenamento jurídico, que, além de ignorar princípios, pode ser pela negativa de direitos fundamentais.

O processo de estabilização do sistema jurídico é contínuo e diz respeito mais ao seu conteúdo do que à sua forma, mais à prestação jurisdicional qualificada pela concepção que extrai com coerência os princípios de moralidade política do que à segurança jurídica apregoada com fulcro na certeza das decisões irradiadas de regras positivadas e legitimadas por um procedimento democrático.

A possível tensão existente no sistema jurídico não deve ser resolvida por filtros a argumentos morais, que intermedeiam o princípio da segurança jurídica e a decisão mais justa, mas pelo ajuste coerente entre a decisão judicial nos casos difíceis e a moralidade política, com a intermediação dos princípios e direitos fundamentais.

A sustentação de que devemos ser substancialistas na interpretação da complexidade das questões morais, de modo a melhor justificar as decisões judiciais, fundamentando-as com ênfase nos princípios e direitos fundamentais, pode ser refutada com o argumento de que não precisaríamos de nenhuma teoria de teor moral, pois bastaria uma hermenêutica constitucional.

Os princípios e direitos fundamentais, explícitos e implícitos, no entanto, estão enraizados na concepção moral praticada pela sociedade e, demais disso, aos princípios e direitos fundamentais positivados constitucionalmente pode ser atribuída uma interpretação não construtiva, no sentido de ser incoerente com o padrão de moralidade política.

Por conseguinte, o intérprete deve perquirir o que a sociedade pensa sobre a discriminação negativa no trabalho e se isso está incorporado na Carta Política como direito fundamental, como um princípio fundamental, de tal modo que resta induvidoso que o enfrentamento interpretativo é uma questão de interesse público.

Pela tese por nós esposada, o fundamento do Direito não se escora nas decisões passadas, vazadas por precedentes jurídicos, tampouco nas teses que dão

importância singular para as consequências para a sociedade, de uma determinada decisão derivada de um processo judicial em que o problema a ser desvendado tem seu nível de significância ampliado pelo contexto econômico ou político ao qual pertence.

As decisões passadas a que nos referimos são aquelas consuetudinariamente praticadas e acordadas moralmente pela sociedade, que são retratadas objetivamente, de modo implícito ou explícito, por princípios e direitos fundamentais e, em se tratando de decisões atinentes a questões morais, o deslinde do problema deve se dar por argumentos morais, argumentos de princípios, sem a influência arraigada à máxima de que a moral está incorporada ao Direito pelo processo decisório de legitimidade democrática.

A discriminação negativa não se presta a ser submetida a ponderações por princípios opostos. Trata-se de uma questão que deve ser interpretada com a fluência de argumentos morais sem óbices processuais e que devem se impor sem as ressalvas a outros princípios e direitos.

Tampouco, devemos invocar o argumento contemporizador de que, no decorrer de um processo judicial sobre a discriminação negativa no trabalho, temos de considerar a máxima da proporcionalidade com os seus elementos característicos: necessidade de uma providência que vislumbre a restrição de um direito em face de outro, meio adequado e proporcionalidade no sentido de optar por uma alternativa menos restritiva de direitos, pois a matriz dessa proposta admite a possibilidade da predominância de bens coletivos em detrimento de direitos individuais fundamentais, o que é inaceitável em sede de discriminação negativa no trabalho, cuja taxionomia de direito e princípio fundamental, conforme revelado no capítulo I, associa-se a outros direitos fundamentais individuais como a honra, a intimidade, a liberdade de se ser como se é, sobre os quais não deve haver tergiversação. Com isso, não descartamos a máxima da proporcionalidade aplicada à dinâmica processual, desde que otimizadora da efetividade de direitos e princípios fundamentais.

À discriminação negativa não se opõe o direito de discriminar negativamente, em qualquer tempo e lugar, de acordo com a concepção moral que adotamos. Quanto a isso, não possuímos nenhum resquício de entendimento cético que nos possa levar a acreditar que é possível a discriminação negativa em alguns casos ou que o pluralismo moral não nos permite ter posicionamento tão incisivo, o

que, de modo inevitável, nos leva ao acolhimento da tese da resposta certa com relação à melhor justificativa interpretativa sobre o tema em apreço, pois, se temos a convicção moral sobre a questão, temos a concepção a respeito da melhor interpretação.

Por ser um caso difícil, o seu enfrentamento para a sua desproblematização no plano jurisdicional não deve ser tutelado por regras procedimentais orientadoras para a construção de uma argumentação jurídica, o que, certamente, resultará em retalhamento de sua índole moral, sob os auspícios do dogma da segurança jurídica.

Os argumentos devem ser de princípios, visto que vinculados a direitos fundamentais individuais, cuja efetividade diz respeito ao interesse público. E tais princípios precisam ser satisfeitos não na medida das possibilidades reais e jurídicas existentes, mas em consideração e respeito à prática jurídica pautada pela moralidade política, que consideramos como o fundamento do Direito.

O argumento escorado na afirmação de que a decisão judicial orientada por uma interpretação mais apropriada ao paradigma de moralidade política, que proporciona uma resposta certa em óbice ao exercício do poder discricionário, caracteriza-se por ser bastante subjetivista, não deve prosperar pelo fato de que o processo decisório envolve perspectivas subjetivas e objetivas, o que acontece tanto no plano da racionalidade que identificamos como substancial quanto na racionalidade que discorremos como procedimental.

Ademais, não nos intimidamos em afirmar que seja provável a existência de maior margem de subjetividade na discussão das questões moralmente complexas, quando pretendemos nos apoiar em inúmeras regras procedimentais, que ao longo do discurso judicial obscurecem o fundamento do Direito, consistente em uma ética geral ou moralidade política da sociedade.

Temos com bastante objetividade que há um consenso conceitual em nossa sociedade, entre seres conscientemente perceptivos e não perceptivos, de que a discriminação negativa decorrente de preconceito está às escâncaras na sociedade, é excludente e necessita ser enfrentada com veemência em todos os planos. A subjetividade, no plano jurisdicional, inicia com as divergências judiciais a respeito da concepção interpretativa a ser adotada para o deslinde da questão jurídica.

A objetividade existe desde sempre e se coaduna com a moral correta e não com qualquer moral, que, se não estiver valorizada objetivamente no ordenamento constitucional, deve ser resgatada de onde sempre esteve e onde sempre está o Direito, mediante uma atitude interpretativa construtiva e coerente dos princípios de moralidade política, o que significa a integridade do Direito.

A racionalidade substancial que defendemos não exclui a possibilidade do manejo de um método ou uma forma de pensar problemático que pode ser sustentada pela teoria interpretativa do Direito como integridade.

Não vislumbramos contradição nisso, até porque as oposições doutrinárias que invocamos em face do pensar tópico-problemático e do pensamento sistemático fortaleceram o nosso processo aproximativo da racionalidade substancial e o distanciamento da racionalidade procedimental pautada no modelo de princípios-regras-procedimentos, com base no agir comunicativo idealmente justificado.

A convicção de que a discriminação negativa caracteriza-se por ser de profunda prospecção moral nos autoriza opor ressalvas às racionalidades cartesiana, funcionalista e pragmática, fincando nosso posicionamento pela priorização de uma racionalidade ética ou moral, com ponto de partida e ponto de chegada por uma via metodológica substancial.

Essa metodologia substancial deve ser manejada no sentido de pensar problemática e sistematicamente a complexidade discriminação negativa no trabalho, revelando todos os meandros possíveis da questão jurídica apreciada no plano jurisdicional, levantando todos os questionamentos possíveis sobre o tema, sem a preocupação inicial com a sua fundamentação jurídica com base no ordenamento positivo e sobre que regras podem ser aplicadas ao caso.

A problematização deve ter o esmero de encontrar a melhor justificativa de acordo com o padrão de moralidade, que no caso especifico da discriminação negativa, trata-se de uma questão insensível às escolhas políticas, pois devemos objetá-la e repreendê-la de forma regular e continua. E, o encontro meritório com essa matéria não pode desprezar a sua contextualização à luz dos direitos e princípios fundamentais e do interesse público. Além disso, trata-se de uma matéria com caráter transdisciplinar.

Diante dessas assertivas, a dinâmica processual que deve ser adotada não se coaduna com o formalismo processual ancorado em regras processuais

tradicionais, mas deve compor um discurso judicial, em que o processo deva ser um instrumento para os argumentos de princípios que confirmem o padrão de moralidade.

A complexidade do problema a ser enfrentado deve resultar em uma tutela jurisdicional mais qualificada no sentido de que o processo seja o mais exato possível, ainda que custoso, o que para muitos operadores do Direito deve parecer uma tarefa extremamente ambiciosa e, quiçá, inexequível.

A prestação jurisdicional qualificada pela maior exatidão do processo a uma decisão que reproduza os princípios de moralidade política pode se revelar ambiciosa em razão da formação dogmática dos magistrados, aliada a uma postura utilitarista, quando se prioriza encontrar regras procedimentais que permitam o julgamento de um quantitativo relevante de processos da forma mais célere possível, sem o indispensável aprofundamento meritório. Ademais, é fato de que o ingresso de magistrados nos tribunais não acompanha a rápida evolução quantitativa das demandas judiciais. Agrega-se a isso a constatação de que o assunto discriminação negativa no trabalho é tratado, via de regra, como um atributo a mais dentre tantos outros atributos trabalhistas. E, bastante desprestigiado no ensino jurídico de graduação.

Apesar das limitações expostas, temos que enveredar pelo caminho do aperfeiçoamento qualitativo, pois tais limites não são obstáculos intransponíveis quando temos o firme propósito de superá-los, apesar das posturas resistentes que encontraremos na caminhada.

Não devemos subestimar a capacidade de revisitar as nossas perspectivas iniciais ou os nossos preconceitos por intermédio da ampla abertura aos argumentos morais. O pensar problemático permite isso.

Esse viés problematizador encontramos no método tópico, que entendemos ser compatível com o pensamento sistemático indutivo, dedutivo ou dialético, pois toda problematização deve levar a um sistema. Em nosso caso particular, respeitante à interpretação substancialista da discriminação negativa no trabalho, a sistematização deve ser interna ao ordenamento jurídico, tendo por ponto de partida os princípios e direitos fundamentais, e permitir a abertura para o conhecimento transdisciplinar, conforme a complexidade da situação problema.

A aplicação do método tópico-sistemático incorpora a racionalidade procedimental à racionalidade substancial com matriz no Direito como integridade.

Assim, a racionalidade substancial e o método tópico sistemático se complementam, para ajustar o discurso judicial, as decisões judiciais, com argumentos de princípios, à moralidade política traduzida pela tolerância, pela igual consideração e respeito e integridade do Direito, aplicável ao tema discriminação negativa no trabalho, que se caracteriza como um caso difícil de relevante estatura moral, como princípio e direito fundamental, cujo interesse público é pela repressão contundente em todos os planos e, especialmente no jurisdicional.

Referências Bibliográficas

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: Uma crítica à verdade na ética e na ciência.* 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Ética e Retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALEXY**,** Robert. *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito*. Trad. Luis Afonso Hack. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

_____. *El Concepto Y La Validez Del Derecho*. Trad. Jorge M. Sena. Barcelona: Gedisa Editorial, 2000.

_____. *Conceito e Validade do Direito*. Organização: Ernesto Garzón Valdés, Hartmut Kliemt, Lothar Kuhlen e Ruth Zimmerling. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica.* Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ARENDT**,** Hannah. *A Condição Humana.* 10.ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ARISTÓTELES. *Tópicos; Dos argumentos sofísticos*. São Paulo: Abril, 1978. (Coleção Os Pensadores)

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*: *Teorias da Argumentação Jurídica (Perelman, Toulmin, Maccormick, Alexy e outros)*. 2.ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

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

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*: *Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Linguagem Jurídica*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto**.** O Modelo Jusnaturalista. In: BOBBIO, Norberto e BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986.

_____. *A Era dos Direitos.* Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10.ed. Trad. Maria Celeste Leite dos Santos. Brasília: Editora UNB, 1999.

_____. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Compiladas Por Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BOCKENFORD, Ernst-Wolfgang. *Escritos Sobre Derechos Fundamentales*. Trad. Juan Luiz Requejo Pagés e Ignácio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellsschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 13.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direitos Humanos e Discriminação no Brasil.* In: MAUÉS. Antônio Gomes Moreira; SCAFF, Fernando Facury; BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Relações Sociais no Mundo Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. *Discriminação no Trabalho.* São Paulo: LTr, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. A Posição dos Tribunais no Centro e na Periferia do Sistema Mundial. In: PIOVESAN, Flávia (Org.). *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional: Desafios do Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.* Lisboa: Calouste Gulberian, 1989.

CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPRA**,** Fritjof. *Ponto de Mutação.* Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2006.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas Sobre Derecho y Lenguage.* 4.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo: Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de Lógica Jurídica*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. pp.47 e ss.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direito Humanos*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.226.

_____. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CONCHE, Marcelo. *O Fundamento da Moral*. Trad. Marina Appenzeller e Márcia Valéria Martinzez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DESCARTES, René. *Discurso Sobre o Método*. Petrópolis-RJ: Vozes, 2008. (Coleção Textos Filosóficos)

DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Revisão Técnica: Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *A Justiça de Toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 8.ed. Trad. J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Lacouste Gulbenkian, 2001.

FARALLI, Carla. *A Filosofia Contemporânea do Direito: Temas e Desafios*. Trad. Candice Premaor Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 10.ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis-RJ: Vozes, 2008.

GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls: Um Breve Manual de Filosofia Politica.* Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes. 2008.

GILES, Thomas Ranson. *Dicionário de Filosofia*. *Termos e Filósofos*. São Paulo: E.P.U., 1993.

GOÉS, Gisele dos Santos Fernandes. *Princípio da Proporcionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GUASTINI, Ricardo. *Distinguendo*. Barcelona: Gedisa, 1999.

GUEST, Sthepen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Moral*. Trad. Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

_____. *A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política.* Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe (UFPR), Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* - Vol.1. Trad. Flávio Beno Siebeneneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* - vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição.* Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HAFT, Frijot. Direito e Linguagem. In: KAUFMANN, Artur; HASSEMER, W. (Orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Lacouste Gulbenkian, 2009.

HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial / Barcarolla, 2009.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*: *Uma introdução*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Lacouste Gulbenkian, 1991.

LUKMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. 2.ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2010.

MALLET, Estevão. Discriminação no Direito do Trabalho: soluções e perspectivas. In: Tribunal Superior do Trabalho. *Fórum Internacional Sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais.* São Paulo. LTr, 2004.

NAGEL. Thomas. *Visão a Partir de Lugar Nenhum*. Trad. Silvana Vieira. Revisão Técnica de Eduardo Giannetti da Fonseca. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

NOBRE, Marcos & TERRA, Ricardo (Orgs.). *Direito e Democracia: Um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*: *uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e a Constituição Federal de 1988. In: Tribunal Superior do Trabalho. *Fórum Internacional Sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais – Tribunal Superior do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

POSNER, Richard A. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REESE-SCHAFER, Walter. *Compreender Habermas*. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2007.

RORTY, Richard. *Pragmatismo e Política*. Trad. Paulo Ghiraldelli Jr. São Paulo: Martins, 2005. (Coleção Dialética)

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um Discurso Sobre as Ciências*. São Paulo: Cortez, 2003.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e Ações Coletivas*: *Acesso à Justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos vs. Privados*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VICO, Giambattista. *Princípios de (uma) ciência nova: acerca da natureza comum das nações*. 3.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Coleção Os Pensadores)

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência.* Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2007.

VIEIRA, Oscar Vieira. *Direitos Fundamentais: Uma leitura da jurisprudência do STF*. Colaboração de Flávio Scabin. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

VITA, Álvaro de. *A Justiça Igualitária e Seus Críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

WARAT, Luis Alberto. *O Direito e Sua Linguagem.* 2.ª versão. 2.ed. Com a colaboração de Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1995.

ZABALA, Antoni. *A Prática Educativa: Como Ensinar*. Trad. Ernani. F. da Rosa. Porto Alegre: Artmed, 1998.

ANEXOS

ANEXO I

Processo: 00119-2008-091-03-00-3
Data de Publicação: 23/07/2009

VARA DO TRABALHO DE NOVA LIMA

Processo no. : 00119-2008-091-03-00-3
Reclamante: Adriana Marina Tadim
Reclamado: Ventura e Pereira Importação e Exportação Ltda
Julgamento: 23 de julho de 2009, às 17h56min.

1 - Relatório

A reclamante alega, em síntese, que foi admitida 26.09.2005, como auxiliar de moldura, sendo dispensada em 04.04.2007. Percebia salário de R$468,73. Exercia as funções de auxiliar de moldura ficando exposta a agentes insalubres, fazendo jus ao pagamento do respectivo adicional. Diz que tinha garantia de emprego, o que não foi observado pela reclamada que a despediu. Diz que era portadora do vírus HIV e mesmo assim foi dispensada. Não recebeu as parcelas rescisórias devidas.

Atribuiu à causa o valor de R$150.000,00.

Juntou documentos e procuração.

Ata de audiência inicial às fl. 94 quando rejeitada a primeira proposta de conciliação.

Devidamente citada, compareceu a reclamada apresentando defesa escrita às fls.95/97, aduzindo, em resumo, que o valor da causa é excessivo, que o interesse em rescindir o contrato partiu da reclamante, que não havia horas extras e que não havia exposição à insalubridade.

Juntou documentos e procuração.

Manifestação da autora sobre a defesa e documentos fls. 460/444.

Laudo pericial de fls. 463/459 e 519/532.

Audiência de prosseguimento às fls. 553/554 quando encerrada a instrução processual, diante da declaração expressa das partes de que não havia outras provas a serem produzidas, passando-se às razões finais, remissivas.

Conciliação final proposta e rejeitada.

É o relatório.

2 - Fundamentos

2.1 - Impugnação ao Valor da Causa

O reclamado impugna o valor dado à causa pelo reclamante, dizendo-o exorbitante. Rejeita-se a preliminar, levando em conta que, o valor atribuído à inicial mostra-se condizente com os pedidos.

2.2 - Indenização por dano moral, material e estético

A reclamante pleiteia a indenização, ao fundamento de que, como portadora do vírus HIV foi encaminhada diversas vezes para exames hematológicos , com o que não concordava, dizendo abusivos e que sem levar suas condições de saúde a reclamada a dispensou. Pede assim uma indenização por danos morais, patrimoniais, físicos e psicológicos.

Com efeito, a legislação confere ao indivíduo o direito de pedir indenização pelos danos sofridos. Tal reparação, entretanto, prescinde da conjugação de três elementos: o fato ilícito, o dano e o nexo causal.

Nessa ordem, a reclamante alegou que foi submetida a exames hematológicos que a expuseram e que mesmo ciente de sua condição, a reclamada a dispensou.

As provas produzidas não amparam as alegações da inicial.

No que respeita ao encaminhamento de exames hematológicos, a perícia médica apurou que "a reclamante ao se submeter a exames de rotina ocupacional foi identificada alteração na contagem de células, motivo pelo qual foi encaminhada ao hematologista... e constatou o vírus de imunodeficiência humana positivo... a partir de então a reclte passou a fazer tratamentos específicos para a moléstia e que na atualidade possui controle eficaz com medicamentos anti-virais" (laudo pericial de fl.527).

Concluiu por fim pela capacidade laborativa da autora.

Assim sendo, as provas produzidas não permitem concluir pela configuração de tratamento diferenciado. O que ficou provado é que a reclamante tinha de fazer tratamento periódico.

Por tais motivos, não se vislumbra qualquer ofensa à personalidade da reclamante, não se podendo responsabilizar a reclamada a indenizar a autora, pedido de dano moral, patrimonial, psicológico que julgo improcedente.

2.3 - Reintegração

A reclamante pleiteia sua reintegração aos serviços ou pagamento de indenização, alegando ter sofrido acidente do trabalho, o que não foi observado pela reclamada que a dispensou motivadamente.

A garantia de emprego provisória que se reclama é tratada pela Lei 8213/91, arts. 118 e 59.

O art. 118 da Lei 8213/91 garante a manutenção do contrato de trabalho na empresa, pelo prazo de 12 meses, “após a cessação do auxílio doença acidentário". Por sua vez, o art. 59 exige que o segurado fique "incapacitado para o seu trabalho e para sua atividade habitual por mais de 15 dias consecutivos" para que lhe seja concedido o auxílio doença acidentário.

O pedido da reclamante não supera o primeiro argumento.

Segundo a prova pericial realizada apurou que a reclamante recebeu benefício previdenciário por doença comum (031), o que se confirmou na perícia médica.

O perito concluiu que a reclamante não tem doença ocupacional, não existe nexo de causalidade e que ela possui capacidade laborativa (laudo de fl. 528).

Portanto, não há que se falar em garantia de emprego, pedido de reintegração e indenização que julgo improcedente.

2.4 - Horas Extras

A reclamante pretende receber horas extras da reclamada dizendo que excedia sua jornada, o que não era observado pela reclamada que não pagava horas extras.

No depoimento de fl.553 a reclamante admitiu que os cartões de ponto eram assinalados corretamente.

A prova oral revelou que a reclamante trabalhava de e fazia horas extras, especialmente quando das feiras quando o horário de trabalho era extrapolado.

Contudo, observando-se os registros de frequência se nota que os registros de frequência eram assinalados nos excessos de jornada mencionados e que a reclamada fazia o pagamento de horas extras, de modo que fica indeferido o pedido de horas extras, motivado que foi em minutos excedentes.

2.5 - Adicional de Insalubridade

A reclamante alegou que ficava exposta a agentes insalubres, não pagando o respectivo pagamento do adicional.

O laudo pericial de fls. 463/459 concluiu que a reclamante não ficava exposta a agentes insalubres, não havendo falar no pagamento do respectivo adicional.

Segundo o perito, a reclamante exercia a função de auxiliar de moldura e não mantinha contato com agentes insalubres.

Afirmou o perito nos esclarecimentos requeridos pela autora que esta não se expunha à insalubridade e não havia necessidade do uso de equipamentos de proteção, sendo apurado que fazia uso de luvas.

Assim sendo, descaracterizou a insalubridade nas atividades da reclamante, restando acatar as conclusões do perito.

Assim não há falar em pagamento do adicional de insalubridade, pedido que julgo improcedente.

E porque não apuradas condições de insalubridade, fica prejudicado o pedido de pagamento de referido adicional sobre a remuneração.

O laudo pericial realizado nesta ação descreve as atividades realizadas pela reclamante e está á sua disposição.

2.6 - Da Gratuidade da Justiça

Apresentada a declaração de pobreza de fl. 08, conforme Leis 1.060/50 e 7.115/83 defiro o pedido.

2.7 - Dos Honorários do Perito

A reclamante pagará os honorários do perito de R$1.000,00, de insalubridade e de R$1.000,00 para o perito médico, eis que parte sucumbente no

objeto da prova, isenta na forma do art. 790-B da CLT. Os honorários do perito serão pagos nos termos dos arts. 5º e 9º da Resolução 35/2007 do CSJT.

3 - Conclusão

Em face do exposto, julgo IMPROCEDENTES os pedidos formulados por Adriana Marina Tadim em face de Ventura e Pereira Importação e Exportação Ltda, de acordo com a fundamentação supra.

Os honorários do perito, ora arbitrados em R$1.000,00, para a perícia de insalubridade e de R$1.000,00 para a perícia médica, serão pagos nos termos dos arts. 5º e 9º da Resolução 35/2007 do CSJT.

Custas processuais pela reclamante, no importe de R$3.000,00 calculadas sobre o valor atribuído à causa de R$150.000,00, isenta.

Intimem-se.

Nada mais.

Lucas Vanucci Lins

Juiz do Trabalho

ANEXO II

Processo: **0011900-14.2008.5.03.0091**
Número CSJT: 00119-2008-091-03-00-3
Natureza: Ação Trabalhista - Rito Ordinário
Vara: Vara do Trabalho de Nova Lima
RECLAMANTE (s) **Adriana Marina Tadim**
Antonio Chagas Filho - OAB 056901MG
Reclamado (s) **Ventura e Pereira Importacao e Exportacao Ltda.**
Antonio Ferreira de Faria - OAB 047112MG
Distribuição: 08/02/2008

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. Nunca os magistrados foram tão fiscalizados, tão cobrados em produção e qualidade. Julgar é um ato solitário, que requer ciência e consciência social. Recolhido em seu âmago, em seu interior, em seu íntimo, em seu debate unilateral, em seu monólogo inquietante, em seu ventríloquo diálogo, 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. Drummond, num misto de lamento e de regozijo, acenou, em célebre poema, que: *"tenho apenas duas mãos e o sentimento do mundo"*. Os juízes igualmente. Têm eles o ordenamento jurídico e o sentimento do mundo. Essa a matéria bruta com o qual lidam no seu dia a dia, para o desempenho de sua árdua tarefa de julgar. 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. Lapidar o Direito e os fatos é a sua tarefa maior e mais nobre. 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. O juiz não perde nem ganha nenhuma demanda. Sente-se completamente realizado quando decide corretamente, com justiça. O mundo transforma-se cada vez mais rapidamente. As leis muito lentamente. Quem aviva e atualiza o Direito, são os intérpretes. Ler é reler. É apreender o sentido de cada palavra, de cada frase e do conjunto. Ler é, portanto e acima de tudo, interpretar, compreender e atribuir um sentido social e atual ao que foi dito pelo legislador, visando ao bem comum. A essência, vale dizer, o espírito da lei é também, de certa forma, a nossa essência, o nosso espírito, a nossa alma. Da mesma maneira que não existe vida sem luz, não existe linguagem sem metáfora, sem um dizer para além das palavras. Costumo afirmar que, em toda norma jurídica, faltam ou sobram palavras. Tudo depende mais do intérprete, do que do próprio texto, que sempre possui um contexto, um *transtexto,* um *metatexto.* 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. Em certas situações pode ocorrer deficiência na interpretação; nunca na norma jurídica. Os conceitos de discriminação e preconceito podem ser extraídos de seus próprios significados. O verbo discriminar, segundo *Aurélio Buarque de Holanda Ferreira,* que vem "do latim *discriminare*, tem o significado de "diferençar, distinguir, discernir, estabelecer diferenças", ao passo que o vocábulo preconceito vem do latim

praeconcetu e tem o sentido de conceito ou opinião formados antecipadamente, sem se levar em conta o fato que os conteste, e de intolerância, ódio irracional ou aversão a outras raças, credos, religiões, etc. *(Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda, "Novo Dicionário da Língua Portuguesa", 2ª edição, 31ª Impressão, Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 1986).* Por sua vez, abuso de direito é o desvio de sua finalidade, cujos contornos são sociais. Definitivamente, não pode a empregadora discriminar a empregada aidética, nem abusar do exercício de determinado direito, como o potestativo de resilição contratual, que também se sujeita às regras da razoabilidade e da ponderação. 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 facho 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. O resto são penhascos de ouro e de silêncio. Muita promessa, pouca realização, num país de muita desigualdade, muitos pobres, desempregados e excluídos... Passados quase vinte anos de vigência da Constituição Federal, os cidadãos reclamam mais efetividade, menos debate acadêmico a respeito dela. Aliás, quem realmente precisa da efetividade dos direitos sociais está, normalmente, excluído dos debates científicos e da apreensão técnica de seu sentido, não obstante sejam aqueles que menos necessitam dos seus resultados práticos as pessoas encarregadas da sua interpretação, assim como de sua aplicação. Durante anos, as discussões giraram em torno das funções dos princípios, assim como da efetividade das normas constitucionais. Esgotado esse debate, talvez outras controvérsias surjam e a concretude da Constituição, talvez, continue relegada para segundo plano. O cidadão comum, a empregada e a desempregada brasileira, a pessoa pobre, a

excluída, mas também a rica, a empresária, a incluída, digital ou não, todos, sem exceção, todos querem uma Constituição mais *prêt à porter;* menos *alta costura.* Enfim, menos *plumas e paetês, menos brilhos* e mais *luzes,* mais *cortes* e menos recortes, menos *promessas* e mais *realizações.* Sabe-se que os princípios jurídicos são, simultaneamente, *chave* para a abertura do ordenamento jurídico, e *chave* para o fechamento dos casos difíceis. Portanto, em certa medida, são também, paradoxalmente, *fim*. Há infinitos pela estrada da Constituição, sem prévia significação de que uma esteja certa e outra equivocada. Compreender o sentido teleológico da norma, interpretá-la e aplicá-la é uma luta diária, constante, interminável e difícil de ser vencida. 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.

Recurso ordinário da Reclamante, às fls. 584/597, arguindo preliminarmente a nulidade da sentença por negativa de prestação jurisdicional. No mérito, sustenta que, por ser portadora do vírus HIV, sua dispensa foi discriminatória, devendo ser reintegrada no emprego. Afirma fazer jus à indenização por dano moral, eis que foi dispensada por ser portadora da AIDS.

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA – EMPREGADA PORTADORA DO VIRUS HIV

Pretende a Recorrente a reforma do julgado, para ser reintegrada no emprego, com o recebimento da remuneração e das vantagens asseguradas à categoria no período de afastamento, parcelas vencidas e vincendas, recolhimentos previdenciários e FGTS, a partir de 04.04.2007.

Na hipótese, é inquestionável a ciência da Empregadora da doença contraída pela Obreira.

Com efeito, no exame demissional, em 06.06.2006, (fl. 54), constatou-se que a Reclamante tinha apresentado alteração nas plaquetas, quando foi solicitada a avaliação de hematologista (fl. 53).

Diante dessa situação, o aviso prévio datado de 12.05.2006 foi cancelado (fl. 111), bem como o aviso prévio datado de 12.06.2006 (fl. 113).

Posteriormente, a Reclamante foi dispensada, com novo aviso prévio, concedido em 04.04.2997, à fl. 107.

A despeito das argumentações apresentadas pela Recorrida, acompanho a doutrina e a jurisprudência, que consideram incabível a dispensa de empregada portadora do vírus HIV, com maior ênfase nos casos em que a empregadora tinha ciência da doença, ainda que não profissional.

Antes de mais nada, reverencio o MM. Juiz da Vara de origem; o competente, culto, fino e íntegro Dr. Lucas Vanucci Lins, a quem sempre rendi e rendo todas as homenagens, já que se trata de um dos grandes expoentes da nossa magistratura, de quem sempre aprendo valorosas lições.

Todavia, neste caso ouso divergir de S. Exa., embora saiba que a tarefa será muito difícil.

Pois bem.

A completude do ordenamento jurídico não passa de uma quimera, donde a importância da doutrina e da jurisprudência como verdadeiras fontes de direito.

Não importa apenas a letra da lei, porém o seu espírito, isto é, o seu alcance social, cabendo ao intérprete a realização de uma equilibrada ponderação entre as hipóteses de garantia de emprego expressamente previstas e aquelas implicitamente emergentes da lei.

Cultora do belo, a sociedade, embora repleta de defeitos, é intolerante, principalmente com os desesperançados, isto é, com aqueles que, um dia disse *Cecília Meireles,"* já não moram em nada".

Frequentemente, tudo o que não está dentro de um pré-concebido padrão contemporâneo de beleza sofre discriminação: assim se passa com a pessoa gorda, com a pessoa muito alta ou muito baixa, com o manco, com o surdo-mudo e com o cego, com a pessoa feia e mal vestida, etc.

Sabe-se que, quando se trata de doença incurável, o grau de discriminação aumenta.

O que dizer, então, da AIDS, doença dos séculos , que tanto mata, e ameaça continuar sendo uma das principais causas de óbitos em nosso país e no mundo?

Ninguém desconhece que o portador do vírus HIV e o aidético, em geral, sofrem discriminação pelo indivíduo, pelo grupo, pela sociedade e pela empresa. Pensar o contrário é ignorar a realidade.

Não se pode esquecer que, no passado, os leprosos e os mutilados pelas máquinas da primeira revolução industrial foram também discriminados e jogados à própria sorte, por uma sociedade aparentemente liberal, porém intolerante, insensível, e acima de tudo discriminadora. Será que o erro está se repetindo? Parece que sim. Basta que se olhe para o que está acontecendo no mundo atual, sem que se queira medir antecipadamente as consequências futuras dos problemas jurídicos associados com a AIDS, que continuam a crescer como a própria epidemia.

De todas as discriminações, talvez as de maior grau de dificuldade de superação sejam as de que, como a AIDS, acarretam a perda do emprego: sem emprego, não há salário: sem salário não há como enfrentar com dignidade a doença terminal. E o círculo vicioso não pára aí. Na crise atual, obter novo emprego é tarefa praticamente impossível para quem é portador do vírus da AIDS ou aidético.

Será que o Direito do Trabalho, também em crise em uma sociedade em crise generalizada, tem conseguido ou conseguirá dar uma resposta satisfatória a esta situação adversa pela qual o ser humano vem passando?

Procuraremos responder a esta pergunta por etapas.

No período em que o trabalho do homem era regido pelo Direito Civil, as doenças e as mutilações eram causas dissolutivas ou suspensivas do contrato de locação de serviços: ou o contrato era rescindido, ou o trabalhador ficava sem receber a contraprestação necessária ao seu sustento (sem trabalho não havia salário), tudo de acordo com a vontade prevalente do locatário da mão-de-obra.

Com o surgimento do Direito do Trabalho, houve uma mudança de rota, deixando a enfermidade de constituir-se forma de descumprimento de obrigação.

Alteraram-se as posturas, mudaram-se os valores: este novo ramo do Direito buscou, acima de tudo, garantir o emprego e o salário. Na mesma proporção em que se restringia a necessidade da efetiva prestação de serviços para o pagamento do salário (adquirindo significativa expansão o conceito de salário social/previdenciário), as legislações evoluíam no sentido da continuidade da relação de emprego.

O instituto da suspensão do contrato de trabalho, com o alastramento das hipóteses de interrupção, ganhou relevo. Com isto passou-se a admitir, cada vez mais, a percepção do salário, sem que o empregado trabalhasse.

O tempo atual, já se disse e se repete, é de retração do mercado de trabalho subordinado. Escasseiam-se os empregos; alastram-se as falsas cooperativas e a pejotização, assim como as outras formas de terceirização ilícita da mão-de-obra; aumentam as discriminações, dentre as quais ganham destaque as relacionadas com a AIDS, doença que desde o seu surgimento está sem controle, o que torna mais difícil ainda a existência de um espaço no mercado de trabalho, por menor que seja, para os portadores do vírus HIV e para os aidéticos.

Parafraseando *Camus*, indaga-se: a solução seria então declarar-se o estado de peste e fechar a empresa para os portadores do vírus HIV e para os aidéticos?

"A contrario sensu", a melhor paráfrase seria com Castro Alves: *" Colombo fecha (abre) a porta dos teus mares".*

A síndrome de imunodeficiência adquirida (SIDA ou AIDS) que, segundo *Pedrotti,* é "o conjunto de alterações provocadas pela perda de imunidade mediada por células, a partir da ação de um agente viral, provavelmente o HTLV 3 ou LAVE e que se manifestam pelo aparecimento de infecções oportunistas e/ou neoplasias, particularmente o sarcoma de kaposi" (*Pedrotti, Irineu Antônio, "Da AIDS e do Direito", Revista dos Tribunais, 1982, abril de 1993, vol. 690, pág. 295)*, nem sempre acarreta a impossibilidade da prestação de serviços, por parte dos doentes, permitindo-lhes, sem risco para os companheiros de trabalho e para a sociedade, a ocupação de um posto de trabalho.

É óbvio que algumas atividades poderiam ser preservadas, não como áreas proibidas ou intocáveis, porém sujeitas a um maior cuidado médico-científico, no momento da contratação. Poderia ser o caso, por exemplo, do cozinheiro de um colégio, de um restaurante de qualquer empresa, que fornece refeição para os seus empregados ou para terceiros; de um enfermeiro, de um padeiro, etc.

Contudo, mesmo que algumas atividades possam, em princípio e apenas por cautela, ficar sem acesso ao doente, o que não se pode negar é que existe uma gama enorme de atividades, cujo exercício é plenamente compatível com os infectados e os aidéticos.

Nessa perspectiva, o desemprego pode deixar de ser para essas pessoas a terra do exílio. A partir do momento em que se conseguir diminuir o preconceito em torno da doença, na admissão – já que é dificílimo provar a discriminação – e quando forem instituídas normas atribuindo estabilidade aos infectados com o HIV/AIDS, estar-se-á começando a lançar em evidência o verdadeiro propósito de tratar com gravidade assunto tão grave quanto o trabalho para os infectados e os aidéticos.

É importante lembrar que a AIDS pode ser contraída sem que a ela se associe a prática de qualquer ato inerente aos denominados grupos de risco. A lei da probabilidade não estabelece nenhuma imunidade a quem quer que seja: o forte ou o fraco; o rico ou o pobre; o branco ou o preto; o homem ou a mulher.

Assim, pouco importa a forma pela qual a doença foi contraída. Esta é, aliás, a primeira premissa desarticuladora da discriminação.

Ora bem, *Aurélio Buarque de Holanda Ferreira* ensina que o verbo discriminar, do latim *discriminare*, tem o significado de "diferençar, distinguir, discernir, estabelecer diferenças", ao passo que o vocábulo preconceito vem do latim *praeconcetu* e tem o sentido de conceito ou opinião formados antecipadamente, sem se levar em conta o fato que os conteste, e de intolerância, ódio irracional ou aversão a outras raças, credos, religiões, etc. *(Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda, "Novo Dicionário da Língua Portuguesa", 2ª edição, 31ª Impressão, Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 1986).*

A discriminação pode não ser hoje tão ostensiva quanto no passado: os índios e os negros foram açoitados na sua dignidade por séculos e séculos e só recentemente isto foi abertamente admitido pelas elites.

O preconceito em torno da AIDS, na maioria das vezes assentado na falta de informações médicas seguras sobre a doença, leva à discriminação ao mais alto grau de intolerância individual e coletiva, conduzindo o aidético a uma situação de desprezo, desrespeito e desespero incompatível com o direito à vida, conforme previsto no art. 5º, inciso LXI, da Constituição da República.

E o pior é que tudo, na esmagadora maioria das vezes, se passa de maneira silenciosa, oculta, rasteira e sorrateira. Embora o açoite físico tenha sido abolido, a linguagem social moderna continua a mesma: a semântica não sofreu alteração e o homem discrimina calado, em profundo silêncio, sem voz; discrimina no olhar, no gesto, na ação e na omissão; discrimina, em suma, no desprezo ao seu

semelhante. Quando se está diante de doença grave como a AIDS, há pouquíssima solidariedade e quase nenhuma compaixão.

Na esfera trabalhista, não existe norma jurídica que de maneira expressa garanta a estabilidade ao soropositivo ou a pessoa que já desenvolveu a doença.

Observa *Márcio Túlio Viana*, em estudo em torno da Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995, que proíbe discriminações para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, que o legislador já deixara "de fora outras hipóteses, previstas expressamente na Constituição, como as práticas discriminatórias decorrentes de deficiência (art. 7º, inciso XXXI)" *(Viana, Márcio Túlio, "Proteção contra atos discriminatórios", In: "O que há de novo em Direito do Trabalho", Coordenadores. Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault, São Paulo: LTr, 1997, pág. 97).*

Destaca, ainda, *Viana*, que a Lei n. 9.029 aumenta a eficácia da norma constitucional básica a respeito da igualdade, nas hipóteses em que especifica – posto que as criminaliza, além de prever casos de responsabilidade pré-contratual e contratual. E acentua: "não se pode, naturalmente, aplicá-las às hipóteses não previstas, pois o direito penal não admite analogia."

Por razão desconhecida, a verdade é que, no imaginário vértice da legislação trabalhista, continua, portanto, a AIDS, sem proteção normativa expressa – a Lei n. 9.029/95 não lhe fez qualquer referência.

A discriminação no acesso ao emprego ou a estabilidade ao portador do vírus HIV e ao doente de AIDS não foi objeto de tratamento na Lei n. 9.025/95, ou em qualquer outra lei, apesar da existência de intensas e numerosas práticas discriminatórias decorrentes da deficiência oriunda desta doença.

Não significa isso que os juízes não estejam buscando uma solução equânime para esta questão atual e tormentosa. A jurisprudência, como fonte formal de direito, vem de algum tempo para cá, fornecendo subsídios preciosos para o intérprete.

Na primeira instância, onde nascem os debates acerca das controvérsias individuais entre empregado/empregador e onde o juiz fica frente a frente com as partes envolvidas no litígio, as suas decisões são, em temas polêmicos, marcadas pelo pioneirismo.

São vários os casos de sentenças proferidas pelas Varas do Trabalho, determinando a reintegração imediata de empregado infectado pelo vírus da AIDS e de empregado aidético, independentemente da ocorrência de trânsito em julgado, por entender que a dispensa sem justa causa constitui ato discriminatório.

No âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, uma das primeiras decisões nesse sentido foi prolatada em ação movida por empregado em face de empresa de transporte interestadual, e que tramitou na 11ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte. Contra a ordem de reintegração antes da coisa julgada, a empresa impetrou, com sucesso, mandado de segurança, suspenso o retorno do empregado até a solução final do processo *(TRT da 3ª Região, Mandado de Segurança n. 282/94).*

Também perante a Segunda Instância Trabalhista, são encontrados muitos julgados, coibindo a prática discriminatória conta o aidético, merecendo destaque os seguintes arestos:

"Discriminação – Toda discriminação é sempre odiosa, tanto que o artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 a proíbe. A saúde, também por força constitucional, é direito de todos. Assim, a dispensa imotivada do aidético, que em pouco mais de quatro meses implementaria o prazo de garantia de emprego, objeto de norma negociada, constitui triste exemplo de discriminação. A despedida implicaria, em última análise, na sua própria morte. A reintegração, *in casu*, podia ser feita por meio de cautelar inominada." (TRT 3ª Reg. / MS 76/93 – Rel. Juiz Dárcio Guimarães de Andrade).

"Servidor Público – Aplicação da Lei n. 7.670/88 – Reintegração – Aidético – Dispensa anti-social ou arbitrária obstativa ao seguro-doença discriminatória – Nulidade do ato patronal. O empregado portador do vírus AIDS não é beneficiário de estabilidade (Lei n. 7.670/88), por não ostentar a condição de servidor público. A reintegração, *in casu*, decorre do ato patronal eivado de nulidades, configurando-se a despedida anti-social ou arbitrária, obstativa ao seguro doença, além de discriminatória (inteligência e aplicação do art. 5º da CF/88, art. 5º da LICC, artigo 476 da CLT e princípios protetores do Direto do Trabalho)". (TRT/3ª Reg. 6763/94 – Rel. Juiz Álfio Amaury dos Santos).

"Portador de vírus HIV – Despedimento injusto – Presunção de Discriminação – Reintegração – O despedimento injusto de empregado portador do vírus HIV, ainda que assintomático, presume-se discriminatório e, como tal, não é

tolerado pela ordem jurídica pátria, impondo-se, via de consequência, sua reintegração.” (TRT/3ª Reg. RO 16691/94 – Rel. Juiz Levi Fernandes Pinto).

Já tive, inclusive, a oportunidade de comentar uma decisão pioneira sobre o tema, na Revista n. 74 do nosso TRT.

Tratava-se de acórdão da lavra do Exmo. Desembargador, recém falecido, Dr. Álfio Amaury dos Santos, cuja ementa foi acima transcrita.

Na oportunidade, escrevi que:

“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.

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 quanto mais casuística, tanto maior a possibilidade de injustiças.

O Direito possui um fim belíssimo em favor do qual devemos lutar: a realização da Justiça.

Todavia, sem os fatos, sem a realidade, o Direito não tem vida; sua soma é nula, seu fim são fragmentos.

Sem o advogado, sem o processo e sem o juiz, nos casos de não cumprimento espontâneo da regra, o Direito não se realiza e a justiça não é alcançada.

Nunca, como na atual quadra da história, os juízes tiveram tanta responsabilidade social. Nunca as decisões do Judiciário tiveram tamanha importância e repercussão. Nunca os juízes foram tão fiscalizados, tão cobrados em produção e qualidade.

Nada mais justo. Afinal, o Estado tem um gasto enorme com esse relevante serviço público, tão essencial à cidadania quanto vários outros, como, por exemplo, a educação, a saúde e a segurança.

Julgar é um ato solitário. Talvez, por isso e apesar disso, o douto Desembargador Relator do acórdão em comento, o ilustre Dr. Álfio Amaury dos Santos, tenha assinalado, com absoluta propriedade, em linguagem extremamente científica e poética, que ***“o juiz não pode fechar os olhos aos fatos que o rodeiam. A sentença é o seu sentimento (sentire), a resposta do seu pensar, da sua razão, do seu coração ao fato social”.***

Embora julgar seja um ato intimista, praticado solitariamente, não é um ato *sozinho*, nem *isolado*, ou mesmo *desconectado* do mundo real.

Ao contrário. Recolhido em seu âmago, em seu interior, em seu íntimo, em seu debate unilateral, em seu monólogo, em seu ventríloquo diálogo, o juiz não pode desprezar o mundo que o cerca. No momento do julgamento, o seu pensar tem de estar povoado pela realidade social, da qual é parte, agente e ator.

Continuo com a minha imprudência: todo juiz tem um pouco de poeta, ou se preferir o leitor, de filósofo.

Essa outra afirmativa, talvez um pouco mais ousada do que a inicial, pode continuar soando mal aos ouvidos de muitas pessoas, juízes ou não.

Carlos Drummond de Andrade, num misto de lamento e de regozijo, acenou, em célebre poema, que: ***"tenho apenas duas mãos e o sentimento do mundo"***.

Os juízes igualmente. Têm eles o ordenamento jurídico e o sentimento do mundo. Esse o material bruto com o qual lidam no seu dia a dia, para o desempenho de sua árdua tarefa de julgar.

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. Lapidar o Direito e os fatos são a sua tarefa maior e mais nobre. Se não puderem estar mais-além do seu tempo, que pelo menos estejam no seu tempo.

Para julgar exigem-se os fatos, o conhecimento profundo da Ciência do Direito, e a sensibilidade de um artista, 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 próprio. O juiz não perde nem ganha nenhuma demanda. Sente-se completamente realizado quando decide corretamente, com justiça.

O Desembargador Álfio Amaury dos Santos, durante as décadas em que honrou a magistratura trabalhista, julgou com os olhos voltados para a realidade do seu tempo e para além dela.

O mundo transforma-se cada vez mais rapidamente. As leis muito lentamente. Quem aviva e atualiza o Direito, são os intérpretes. Daí ter dito, no início, que o juiz deve caminhar dentro e fora da norma jurídica, sem ultrapassar as barreiras do ordenamento jurídico. Ler é reler. É apreender o sentido de cada palavra, de cada frase e do conjunto. Ler é, portanto e acima de tudo, interpretar,

compreender e atribuir um sentido social e atual ao que foi dito pelo legislador, visando ao bem comum. A essência, o espírito da lei é também, de certa forma, a nossa essência, o nosso espírito. Da mesma maneira que não existe vida sem luz, não existe linguagem sem metáfora. Costumo afirmar que, em toda norma jurídica, faltam ou sobram palavras. Tudo depende mais do intérprete, do que do próprio texto, que sempre possui um contexto, um *transtexto,* um *metatexto.* Em suma, toda norma jurídica se esconde nela própria; possui um lado muito visível, muito claro, mas possui também um lado oculto, aguardando para ser descoberto no momento exato; ser analisado, interpretado, compreendido e ser aplicado às novas situações fáticas. Em certas situações pode ocorrer deficiência na interpretação; nunca no texto da norma jurídica...

Definitivamente, cada dia fico mais convencido de que julgar é uma arte; das mais difíceis.

E é exatamente essa difícil e desafiante arte de julgar que está bem refletida no v. acórdão em que o seu douto Relator determinou a reintegração de empregado portador do vírus da AIDS, porque a resilição contratual estava eivada de nulidades, configurada a despedida anti-social ou arbitrária, obstativa ao seguro doença, além de discriminatória. Há nesta notável e inédita decisão um misto da nossa realidade social: coisas boas (o trabalho com tudo de bom que ele favorece) e ruins (a AIDS, que fala por si), próprias do nosso tempo, com as quais temos de lidar, mas que certamente não foi a Reclamante que a criou sozinha...

Num primeiro momento, o v. acórdão entendeu que a Reclamante não ostentava a condição de servidor público, pelo que não se lhe aplicavam os benefícios da Lei 7670/88.

Num segundo momento, hirto e erguido o raciocínio arguto, na análise da questão relativa ao poder potestativo de resilição contratual do empregador, prevaleceu a tese da limitação dessa controvertida faceta do poder empregatício, em face das peculiaridades do caso.

Houvesse o julgador caminhado, estrita e rigidamente na letra da lei ordinária, o desfecho do caso teria sido outro.

Caminhar do lado de fora de lei, em suas curvas e encruzilhadas, em seus vãos e em seus desvãos, em seus píncaros e em seus desfiladeiros, não constitui, por isso, ato arbitrário, desagregador, assistemático, sem traços científicos e avesso ao bom senso. Antes, revela que o intérprete subiu no dorso da lei e olhou

a sua volta, estendeu o olhar e pôs os pés a frente, na realidade que o cerca e dela não se distanciou ao julgar o caso que se lhe apresentava.

Seria o prolator desta decisão pioneira meio poeta, meio filósofo?

Não.

Acho que bem mais do que isso.

Era um juiz completo, com a sensibilidade e a responsabilidade social de ambos, de um poeta e de um filósofo.

Merece transcrição trecho do v. acórdão que revela o altíssimo grau de sensibilidade e de responsabilidade social de seu emérito prolator.

Ei-lo:

"*Não se trata da consagração do arbítrio, da emoção ou da piedade, mas de exigir que o magistrado "marche com o seu tempo", não se mantendo estagnado, atrelado a padrões jurídicos que já não mais atendem às premências sociais. Nesses instantes, é preciso criar uma* ***paranorma,*** *ou "um conceito centrado no juiz para fazer atuar a ordem jurídica à vista da necessidade de adaptação das regras à realidade concreta dos fatos". Assim, a emoção – o sentimento, participa da atividade pela própria raiz que já se traduz no termo "sentença". Não se trata de um elemento passional, mas "de fruto de dedução e de indução, semeados pelas diversas fases da informação, pelo contraditório, pelas provas e pelas normas jurídicas".*

E onde está o vértice e onde estão as vértebras do pioneirismo, do *vir e estar o juiz a frente do seu tempo*?

Penso que não está na determinação, em si, da reintegração. Está um pouco mais adiante, está para além desse comando. Está na aurora e no crepúsculo do Direito e da Justiça.

No que traz de novidade, importam os sólidos fundamentos adotados. E como são brilhantes e inovadores!

Partindo da premissa de que o Reclamante pretendia o direito ao emprego, ao trabalho e, sem se desviar do conjunto probatório, o ilustre Desembargador Álfio Amaury dos Santos invocou o abuso de direito por parte da empresa que ignorou o fato social, decorrente da privação do trabalho, considerando que a dispensa fora obstativa ao acesso à saúde e ao auxílio-previdenciário, assim como, com idêntica firmeza e intensidade, invocou a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, prevista no art. 7º, inciso I, da Constituição Federal.

Deu, portanto, luz e efetividade à norma constitucional mais importante para o trabalhador brasileiro – garantia de emprego - enquanto por vinte anos aguardamos uma regulamentação que sabemos dificilmente ocorrerá.

Mas é ao plano da efetividade das normas constitucionais que quero me ater, sem nenhum ateísmo, um pouco mais, navegando, por assim dizer, na corrente e na corredeira do v. acórdão.

Hoje, mais do que nunca, quer-se atribuir à Constituição Federal o valor que ela desde sempre mereceu: holofote, intensíssimo facho de luz, direcionado a todo ordenamento jurídico, mas sobretudo à legislação infraconstitucional, 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. O resto são penhascos de ouro e de silêncio. Muita promessa, pouca realização, num país de tantos pobres, desempregados e excluídos...

Passados quase vinte anos de vigência da Constituição Federal, o cidadão reclama mais efetividade, menos debate acadêmico.

Aliás, quem realmente precisa da efetividade dos direitos sociais está, normalmente, excluído dos debates científicos e da apreensão técnica de seu sentido, não obstante sejam aqueles que menos necessitam dos seus resultados práticos as pessoas encarregadas da sua interpretação, assim como de sua aplicação.

Parece-me que foi Renato Russo quem cantou que *“palavras são erros e os erros são nossos”*.

No entanto, pior erro é quando as palavras são utilizadas como instrumento de dominação.

Quem se vale das palavras para fazer valer a força e a injustiça ou para vencer o pobre, o inculto ou o analfabeto é geometricamente injusto.

O v. acórdão precursor é um bom exemplo de coragem contra essa injustiça social generalizada e estampada na desigualdade social, como tal vista em poucas épocas da humanidade.

Durante anos, as discussões giraram em torno das funções dos princípios, assim como da efetividade das normas constitucionais. Esgotado esse

debate, talvez outros surjam e a concretude da Constituição talvez continue relegada para segundo plano.

Nestes momentos de incerteza é que entra em cena a atuação criativa do juiz, principalmente daquele juiz que domina a arte de julgar e que quer realizar a justiça.

O cidadão comum, o empregado e o desempregado brasileiro, o pobre, o excluído, mas também o rico, o empresário, o incluído, digital ou não, todos, sem exceção, todos querem uma Constituição mais *prêt à porter;* menos *alta costura.*

Enfim, menos *plumas e paetês, menos brilhos* e mais *luzes,* mais *cortes* e menos recortes, menos *promessas* e mais *realizações.*

O eminente Desembargador Álfio, com a força da sua inteligência, da sua cultura jurídica e de sua sensibilidade social de grande jurista, da sua coragem, sem muitos adjetivos e advérbios, utilizou dos verbos e dos substantivos para dar concretude ao constitucionalismo brasileiro, garantindo o direito ao trabalho, inclusive, se fosse o caso com readaptação, a um trabalhador portador do vírus da AIDS.

O medo generaliza-se quando se trata dessa doença. Mas um juiz não pode ter medos. A lei, a verdade e a justiça são as suas armas.

Sabe-se que os princípios jurídicos são, simultaneamente, *chave* para a abertura do ordenamento jurídico, e *chave* para o fechamento dos casos difíceis. Portanto, em certa medida, são também ***fim***. Aliás, todo o Direito é finalístico. Essa percepção aguda do ordenamento jurídico como um todo sistemático e finalístico para fazer justiça, existe e dói naqueles que julgam, preocupados em fazer realmente justiça. Há infinitos pela estrada da Constituição. Saber escolher, interpretá-la e aplicá-la é uma luta diária, constante, interminável e difícil de ser vencida.

E foi com fundamento em vários princípios constitucionais, verdadeiras e autênticas fontes de direito, que o v. acórdão desviou-se do entendimento até então corriqueiramente prevalente: a dispensa sem justa do empregado, excetuadas as hipóteses expressamente previstas em lei, constitui um sagrado e intocável direito potestativo da empregadora. Todavia, o v. acórdão não se contentou com essa meia verdade. Sustentou-se solidamente em vários princípios constitucionais, para conferir a garantia de emprego ao portador do vírus da AIDS: a) do valor social do trabalho; b) da dignidade da pessoa humana; c) da igualdade (não discriminação).

Por todas essas razões jurídicas e sociais, o v. acórdão representa um norte, um caminho pioneiramente desbravado.

Tocou na ferida maior do nosso tempo, em se tratando de relações trabalhistas: a democratização da empresa.

O art. 1o. da Constituição Federal estatui que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado democrático de direito.

Inovou o legislador ao inserir o adjetivo *democrático,* dotado de tanta força simbólica, de tanta metáfora.

Faz-se urgente a democratização da empresa, pela via da co-gestão, da verdadeira participação nos lucros e resultados e por tantos outros caminhos possíveis.

Julgados, como o que ora se traz à republicação, com breves, modestos e limitados comentários, principalmente por quem tão pouco tem para dizer, além de representar o resgate da memória do tempo naquilo que teve e tem muito valor, ilumina o caminho de nós, juízes, que temos o dever de dar efetividade à Constituição e às leis da República, distribuindo justiça.

Acredito, por fim, que, com tal decisão, o seu prolator, o grande jurista e Desembargador Dr. Álfio Amaury dos Santos, atingiu o sonho, o ideal, e a realização de todo juiz: a certeza de que nada faltou ou falhou nem dentro nem fora dele. Na busca da realização da Justiça foi completo; foi presente e foi futuro; certamente não foi passado".

Na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, encontram-se também *acórdãos* no mesmo sentido, conforme se vê da ementa abaixo transcrita, da lavra do Ministro Valdir Righetto:

"Reintegração – Empregado portador do vírus da AIDS – Caracterização de despedida arbitrária . Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao empregado portador da síndrome da imunodeficiência adquirida, ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides a eles submetidos. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao aidético o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o

princípio da isonomia insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil." (TST/RR 21.7791/95.3 – Ac. 2ª T 3.473/97, 14.5.97, Rel. Min. Valdir Righetto).

Em determinado trecho de seu voto, assim se expressou o Ministro Relator:

"Impossível se faz compreender que, nos dias de hoje, uma Empresa multinacional, de tamanho porte, venha a praticar atos desumanos, arbitrários e que ferem de morte a vida daquele que, com a venda de sua força de trabalho, contribuiu durante o tempo em que saudável esteve, para que a ilustre empregadora atingisse o seu fim primordial, qual seja, o lucro.

A simples e mera alegação de que não há preceito legal que garanta o direito do aidético de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e que lesiona de maneira categórica o princípio da isonomia, insculpido no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil."

E, *data venia*, não mais se sustenta a tese de que a empresa visa somente ao lucro, após a edição do novo Código Civil Brasileiro de 2002, que definitivamente cambiou as relações havidas entre as partes, ampliando para o campo privado a noção de justiça social, preconizada no Estado Democrático de Direito, através de suas normas eminentemente públicas.

Perde força a autonomia da vontade, elevando em mais alto grau a preocupação do legislador com o desnível que rege as relações privadas, através do prestígio das normas de caráter público e da proteção à parte mais fraca.

Indubitavelmente, o novo Código Civil Brasileiro traz uma feição publicista às relações privadas.

Entre as suas novidades, destacam-se a função social do contrato e, também, a função social da empresa, que deixa de ser apenas instrumento do lucro para assumir importante papel no desenvolvimento do País, andando lado a lado com o Estado, na busca da propalada justiça social.

Conquanto transite na zona gris entre o direito público e privado, o direito do trabalho não faz ouvidos moucos à nova legislação civil e, tampouco, aos objetivos sociais por esta almejados.

A Exma. Juíza Taísa Maria Macena de Lima, através do compêndio "O Contrato no Código Civil de 2002: Função Social e Principiologia", publicado na Revista n. 67 deste Egr. Tribunal, páginas 51/63, traz um prestigioso relato das

mudanças das relações privadas, as quais podem ser perfeitamente aplicadas a este ramo do direito, em face da repercussão inolvidável nas relações do capital e trabalho.

Peço vênia para citar suas lições:

“O Código Civil de 2002, fundado entre outros no princípio da socialidade, entra em vigor, quando ‘vozes liberais’ estão a clamar por mudanças no Direito do Trabalho, os ares de socialidade determinam um novo modelo de contratualidade.

Com efeito, o modelo de contrato que exsurge das múltiplas fontes do Direito Privado (Constituição da República, macrossistema representado pelo Código Civil e microssistemas, representados pelos estatutos) revela a aproximação do Direito Civil com o Direito do Trabalho. Mas não se verifica uma civilização do direito do trabalho; ao contrário é o Direito Civil que assimilou conceitos e princípios que, por muito tempo, pareciam confinados ao âmbito juslaboral.

Claro que muitos institutos e teorias do Direito Civil permanecem inaplicáveis ao Direito do Trabalho. Todavia, naquilo em que o Direito Civil pode ser invocado para solver conflitos decorrentes do contrato de trabalho, uma mais intensa harmonia e coesão das fontes jurídicas viabiliza a justiça social que o novo Direito Civil propõe.”

Portanto, em consonância com as normas constantes do novo CCB, ao Direito do Trabalho também se consagra a função social da empresa, de modo que esta não é mais voltada apenas para o lucro, pois as relações entre as partes não estão mais dissociadas do olhar do Estado. Empresa e Estado se agregam para promover o bem estar social e melhoria das condições de seus empregados e das comunidades a ela associadas.

Por tudo exposto, a dispensa sem justa causa de empregado aidético presume-se discriminatória, restando clara, nos autos, a ausência de prova em contrário, cujo ônus pesava sobre os ombros da Reclamada.

Deveria a empresa, em vez de promover a dispensa imotivada, lamentavelmente homologada pelo Sindicato (v. fl. 59), zelar pela saúde de sua empregada que, após o afastamento, tem a esperança de retomar, à medida do possível, suas atividades e, assim, lutar contra a doença, sentindo-se útil à comunidade.

Por derradeiro, mais reforça o argumento de discriminação velada a atitude da empresa que, embora alegue o conhecimento da doença, ainda assim não coloca o emprego à disposição dela.

Assim, provejo o apelo, para declarar nula a dispensa ocorrida em 04.04.2007, determinando a reintegração da Recorrente no emprego, condenando a Reclamada ao pagamento dos salários, vantagens contratuais e legais, vencidas e vincendas, de todo o período desde a dispensa, excetuados os meses em que Obreira esteve afastada pelo INSS.

Determino a devolução das verbas rescisórias pagas por ocasião da dispensa, a fim de evitar o enriquecimento ilícito da Reclamante, autorizando-se a compensação com os valores deferidos em juízo, a serem apurados em liquidação.

Determino ainda que a Reclamante proceda à devolução ao FAT dos valores eventualmente recebidos a título de Seguro-Desemprego, nos moldes dos artigos 2º, I, e 10 da Lei 7.998/90.

Diante de tal provimento, determino a expedição de ofício à União e ao Ministério do Trabalho e Emprego, para que tomem as providências que entenderem cabíveis.

Provejo parcialmente, nos termos acima.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Guardando coerência com toda a fundamentação expendida no item anterior, entendo inquestionável o prejuízo na esfera moral da Reclamante, pois a dispensa discriminatória certamente lhe causou incomensurável sofrimento psicológico, afetando diretamente a auto-estima, já tão abalada com a presença da moléstia incurável.

Triste é constatar que, quando mais precisou do emprego, a fim de restabelecer a sua honra, produtividade e, até mesmo, levar adiante o tratamento, que é eterno, a Autora teve que se deparar com a frustração de ser obstada a possibilidade de seguir em frente na sua luta contra os mais danosos dos efeitos da AIDS no paciente, que são o preconceito e a sensação de inutilidade.

Se a sua empregadora, que deveria servir de exemplo e pilar para a peleja diária contra a doença e o preconceito social decorrente, a desampara no

momento mais inadequado, que era o retorno à “vida útil”, a quem mais poderia recorrer a Obreira?

Lamentável, repise-se.

Aqui, oportuno salientar que nem mesmo a reintegração no emprego poderá apagar as manchas indeléveis da angústia e da sensação de improdutividade experimentadas pela Autora, restando claramente delineado o dano moral que, na definição de Jorge Pinheiro Castelo (...) “*é aquele que surte efeitos na órbita interna do ser humano, causando-lhe dor, uma tristeza, ou qualquer outro sentimento capaz de lhe afetar o lado psicológico, sem qualquer repercussão de caráter econômico”.*

Sobre o mesmo tema leciona Caio Mário da Silva Pereira, sustentando que (...)”*o fundamento da reparabilidade do dano moral está em que, a par do patrimônio, em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam simplesmente atingidos. O conteúdo do ressarcimento, nesta hipótese, está fulcrado em um caráter punitivo, como castigo ao ofensor, e em um caráter compensatório que visa proporcionar à vítima prazeres que compensem o mal perpetrado”.*

Dessa forma, deve a empresa arcar com a indenização pelo dano moral que ora se fixa, em R$10.000,00, a qual visa a compensar e minorar o sofrimento da Autora, bem como atender a uma finalidade pedagógica, servindo de exemplo para que casos semelhantes não mais ocorram.

Aplicam-se, *in casu*, os artigos 186 e 927 do atual Código Civil Brasileiro.

São sempre lembradas as palavras de SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA, em sua obra PROTEÇÃO JURÍDICA À SAÚDE DO TRABALHADOR (Ed.LTr,1.996): "Aguiar Dias citando Minozzi adverte que o dano moral "não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado." (fl. 191).

Provejo.

Isto posto, conheço do recurso da Autora, rejeito a preliminar de nulidade da sentença, por negativa de prestação jurisdicional, e, no mérito, dou-lhe provimento parcial para declarar nula a dispensa ocorrida em 04.04.2007, determinando a reintegração da Recorrente no emprego, condenando a Reclamada

ao pagamento dos salários, vencidos e vincendos, reajustes salariais concedidos após a dispensa até a data da efetiva reintegração, inclusive férias e 13o. salário, com reflexos, incidências e repercussão no FGTS, excetuados os meses em que Obreira esteve afastada pelo INSS, observada a Súmula 381 do Colendo TST; deferir a indenização por dano moral no valor de R$10.000,00, com juros de mora contados do ajuizamento da ação, na forma do art. 883 da CLT e Súmula 200/TST, e correção monetária, contada a partir deste julgamento, autorizada a compensação do valor pago a título de rescisão contratual.

Determino ainda que a Reclamante proceda à devolução ao FAT dos valores eventualmente recebidos a título de Seguro-Desemprego, nos moldes dos artigos 2º, I, e 10 da Lei 7.998/90.

Diante de tal provimento, determino a expedição de ofício à União e ao Ministério do Trabalho e Emprego, para que tomem as providências que entenderem cabíveis.

Os salários e seus reflexos em RSRs, 13os. salários e férias + 1/3, usufruídas no curso do contrato, possuem caráter salarial, incidindo a contribuição previdenciária. Todavia, sobre as indenizações por danos morais não há incidência de contribuição para a Previdência Social.

Inverto os ônus de sucumbência, atribuindo à condenação o valor de R$30.000,00, com custas processuais de R$600,00, pela Reclamada.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, pela sua Quarta Turma, à unanimidade, conheceu do recurso da Autora; sem divergência, rejeitou a preliminar de nulidade da sentença, por negativa de prestação jurisdicional; no mérito, unanimemente, deu-lhe provimento parcial para declarar nula a dispensa ocorrida em 04.04.2007, determinando a reintegração da Recorrente no emprego, condenando a Reclamada ao pagamento dos salários, vencidos e vincendos, reajustes salariais concedidos após a dispensa até a data da efetiva reintegração, inclusive férias e 13o. salário, com reflexos, incidências e repercussão no FGTS, excetuados os meses em que Obreira esteve afastada pelo INSS, observada a Súmula 381 do Colendo TST; deferir a indenização por dano moral no valor de R$10.000,00, com juros de mora contados do ajuizamento da ação, na forma do art.

883 da CLT e Súmula 200/TST, e correção monetária, contada a partir deste julgamento. Determinou ainda que a Reclamante proceda à devolução ao FAT dos valores eventualmente recebidos a título de Seguro-Desemprego, nos moldes dos artigos 2º, I, e 10 da Lei 7.998/90. Diante de tal provimento, determinou a expedição de ofício à União e ao Ministério do Trabalho e Emprego, para que tomem as providências que entenderem cabíveis. Os salários e seus reflexos em RSRs, 13os. salários e férias + 1/3, usufruídas no curso do contrato, possuem caráter salarial, incidindo a contribuição previdenciária. Todavia, sobre as indenizações por danos morais não há incidência de contribuição para a Previdência Social. A egrégia Turma inverteu os ônus de sucumbência, atribuindo à condenação o valor de R$30.000,00, com custas processuais de R$600,00, pela Reclamada.

ANEXO III

PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO
01384-2007-021-04-00-1 RO

EMENTA: Dano moral. Discriminação racial no local de trabalho por superior hierárquico. Função punitiva e pedagógica da indenização. Restou amplamente comprovada nos autos a discriminação de cunho racial sofrida pelo autor durante seu contrato de experiência na empresa ré, praticada por seu superior hierárquico. Inobstante ser inaceitável qualquer tipo de discriminação injusta, cabe salientar a gravidade da discriminação sofrida pelo reclamante, de cunho racial, fato que de tão intolerável, mormente em face de todo o contexto histórico de lutas pela expurgação desse tipo de preconceito, constitui ilícito penal, inadmissível em qualquer local ou ambiente, e principalmente no local de trabalho, que deveria proporcionar aos trabalhadores segurança e autoconfiança no exercício de uma vida digna. Valor da indenização que se majora face a capacidade econômica da reclamada, empresa multinacional de grande porte, com inúmeros estabelecimentos e milhares de trabalhadores, tendo, por essa mesma razão, obrigação de cuidado exemplar com esse tipo de prática discriminatória no ambiente de trabalho – função punitiva/pedagógica, bem como considerando a gravidade da discriminação praticada e o dano sofrido – função reparatória.

VISTOS e relatados estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO** interposto de sentença proferida pelo MM. Juiz da 21ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, Dr. Manuel Cid Jardon, sendo recorrente **WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA. E GEDERSON LAURENI VERGARA FERREIRA** e recorrido **OS MESMOS**.

Inconformados com a sentença das fls. 273/279v , que julgou a ação procedente em parte, recorrem ordinariamente o reclamante e a reclamada.

A reclamada, consoante razões das fls.282/286, insurge-se contra a decisão que lhe condenou ao pagamento de indenização por danos morais, e honorários advocatícios no percentual de 15% sobre o valor da condenação.

O reclamante, conforme razões das fls. 299/304, insurge-se contra a decisão que rejeitou os pedidos de adicional por acúmulo de funções, adicional de insalubridade, parcelas rescisórias, seguro-desemprego, horas extras, indenização pela não-concessão de lanche, bem como postula a majoração da indenização por danos morais.

Custas processuais (fl.288) e depósito recursal (fl.287) na forma da lei.

As partes apresentam contra-razões recíprocas, o reclamante às fls. 294/297, e a reclamada às fls. 311/319.

Pelo contexto fático do processo, verifica-se que o autor foi admitido na empresa reclamada em 03/09/2007, em contrato de experiência, para desenvolver as funções de operador de caixa, sendo desligado da empresa em 03/12/2007.

Sobem os autos a este Tribunal para julgamento, sendo distribuídos a este Relator.

É o relatório.

ISTO POSTO:

1. Matéria Comum

1.1. Indenização por danos morais

A reclamada recorre ordinariamente postulando a reforma da sentença que a condenou ao pagamento de indenização por danos morais decorrente de prática de racismo sofrida pelo autor em seu ambiente de trabalho. Afirma que não restaram suficientemente comprovados os fatos narrados pelo autor na inicial, no sentido de que sofria discriminação, por ser negro, por parte de ser superior hierárquico. Ainda, sustenta que, mesmo se fossem demonstrados tais fatos, não geram direito à indenização, mas sim a rescisão imotivada do contrato, nos termos artigo 483, “e”, da CLT, o que não foi postulado pelo autor, demonstrando seu “perdão tácito”.

Afirma que o fato de o supervisor do autor ter aceitado a suspensão condicional do processo no processo criminal movido pelo mesmo motivo não constitui qualquer tipo de reconhecimento de culpa. Postula sucessivamente a redução do valor arbitrado de indenização, o qual refere ser desproporcional com os

danos supostamente sofridos. Prequestiona os artigos 818 da CLT e 944 do Código Civil (fls. 282/286).

O reclamante recorre adesivamente postulando a majoração do valor fixado a título de danos morais, de R$10.000,00 (dez mil reais) para R$ 40.000,00 (quarenta mil reais). Sustenta ter restado suficientemente demonstrado, pela prova constante dos autos, as discriminações de cunho racial que sofria em seu ambiente de trabalho, o que causou grave abalo em seu equilíbrio psicológico levando-o a desenvolver um quadro de depressão (fls. 301/303).

A sentença (fls.275v/278) condenou a reclamada a pagar ao autor a importância de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais, referindo que "o reclamante não confirmou a integralidade dos fatos noticiados na inicial", entretanto, a prova testemunhal demonstrou a configuração da falta patronal.

O dano moral se constitui na lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo. A doutrina divide o dano moral em direto e indireto. Dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial, contido nos direitos da personalidade (vida, integridade corporal, liberdade, honra, decoro, entre outros) ou nos atributos da pessoa (nome, capacidade e estado de família). Dano moral indireto consiste na lesão a um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, que produz um menoscabo a um bem extrapatrimonial ou, em outras palavras, é uma lesão não patrimonial decorrente de uma lesão a um bem patrimonial da vítima (252).

A discussão não é nova. Desde os intérpretes do Código de Napoleão, especialmente pela influência dos filósofos iluministas, vislumbrava-se a insuficiência de algumas soluções de reparação de danos, baseadas exclusivamente no Direito Penal. Na Alemanha, somente a partir de 1958, em célebre decisão do Tribunal Federal Alemão (BGH), acolheu-se a tese de reparabilidade de dano moral em um caso em que houve utilização abusiva da fotografia de uma pessoa (253). No Brasil, o art. 1547 0do Código Civil dispõe sobre a indenização de danos decorrente de injúria ou calúnia, e o art. 1548 dispõe sobre a reparação dos danos que a mulher agravada em sua honra pode exigir do ofensor. Também os arts. 1549, 1550 e 1551

---

252 - Cf. Diniz, Maria Helena - Curso de Direito Civil Brasileiro - 4ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1988, vol. 7, p. 73.

253 - Para maiores informações, ver Couto e Silva, Clóvis Veríssimo do - Principes Fondamentaux da La Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé - obra inédita, Porto Alegre, 1988, p. 59/60

dispõem sobre questões de crimes de violência sexual e ofensa à liberdade pessoal. Nosso Código Civil não tem uma cláusula geral de responsabilidade por dano moral, mas a Constituição de 1988 previu expressamente a reparação do dano moral no art. 5º, V. Diz a referida norma:

> "É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem."

O inciso X do mesmo artigo também prevê a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral, decorrente de sua violação.

Vários são os argumentos contrários à reparabilidade do dano moral. Os mais lembrados são: efemeridade do dano moral; impossibilidade de discussão em juízo de sentimentos íntimos de afeição de decoro; incerteza quanto à existência de violação a algum direito; impossibilidade de ser aferido o dano; impossibilidade de avaliação pecuniária; indeterminação do número de lesados; imoralidade da compensação da dor com o dinheiro, enriquecimento sem causa; entre outros (254).

Todos os entraves ao acolhimento da ideia de reparabilidade do dano moral foram, aos poucos, sendo afastado pela jurisprudência. Não há qualquer problema no fato do Judiciário apreciar questões delicadas e graves, mesmo porque há o recurso do segredo de justiça. Por outro lado, não se pode esquecer que o dano moral não é uma lesão abstrata, mas sim uma lesão de interesses não patrimoniais. Ainda que necessariamente envolva aspectos subjetivos, é possível estabelecer uma compensação pela dor sofrida pela vítima que, evidentemente, não reconduzirá a situação ao seu estado original. Quanto ao âmbito da arbitrariedade do julgador na fixação da indenização, o problema não é diferente de outros enfrentados em outras áreas de direito como, por exemplo, no direito de família, onde há largo espaço para a discricionariedade judicial.

Na inicial (fls. 02/15) o reclamante relatou ter sido contratado pela reclamada em 03/09/2007, em contrato de experiência por 90 dias, na função de caixa operador, e, no decurso do período de experiência, ter sido vítima de discriminação racial por parte de seu superior hierárquico, o fiscal de caixa Ronaldo.

---

254 - Cf. Diniz, Maria Helena - op. cit, p. 74/79.

Afirma que era discriminado de diversas formas, não sendo atendido pelo fiscal quando solicitava, sendo o único caixa desviado pelo fiscal para realizar limpeza do supermercado e carregar carrinhos no pátio. Aduz que o referido fiscal discriminava-o em virtude de ser negro, fazendo afirmações no sentido de que “negro só serve para limpeza”, em frente aos clientes e aos demais funcionários, o que lhe causava grande constrangimento. Juntou cópia da ocorrência policial registrada pelo crime de racismo (fls. 30-31), da reclamação feita junto à Delegacia Regional do Trabalho (fl. 29), bem como da denúncia efetuada junto à Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembleia Legislativa (fl. 35).

As testemunhas do autor ouvidas em juízo (fls. 230/234), as quais trabalharam com ele na reclamada, confirmaram as afirmações da inicial, no sentido de que o fiscal Ronaldo desviava-o para efetuar a limpeza da loja, fazendo afirmações do tipo que a limpeza “era serviço de negão” e “negro nasceu para limpar privada”, bem como que o autor tentou buscar providências junto à gerência, sem obter resultados:

> “trabalhou na reclamada de setembro a novembro de 2007; não se recorda o dia que saiu da reclamada; era no final do mês; trabalha na loja Humaitá, na av. J Renner; trabalhava em diversos horários; esclarece que trabalhou sempre no mesmo horário, das 06h até às 15h, mas ficava até às 17h; o reclamante trabalhava no turno da tarde, mas quando entrava o depoente ainda estava trabalhando, no setor da mercearia; o reclamante era operador de caixa; o setor do depoente fica distante 2 metros do setor da reclamada; **que viu uma vez o reclamante limpando um iogurte que um cliente deixou cair; que não se recorda se foi no final de outubro e começo de novembro que o chefe Ronaldo, na parte da tarde, não se recorda a hora, disse-lhe: “falou que era para ele limpar e recolher os carrinhos na frente do supermercado e ai o reclamante perguntou quando iria exercer a função de operador de caixa, o chefe respondeu que isso depois ele via, que agora era para ele limpar o chão porque isso era serviço de negão”**; o reclamante fez o

serviço e não viu se o reclamante respondeu alguma coisa; não viu se o serviço foi feito rápido; sobre esse fato de limpeza do chão o depoente não viu, somente viu na outra ocasião da limpeza do iogurte que foi antes desse fato; **que os outros caixas não faziam esse tipo de serviço**; acha que na ocasião tinham 5 caixas trabalhando; acha que tinha 2 homens e 3 mulheres; que o depoente estava na empresa só viu essa limpeza do reclamante; **o Ronaldo declarava abertamente que não gostava de negros (acha que comentava com os clientes) e que no meio de guriazinhas bonitinhas porque colocaram um negão**; o depoente saiu antes do reclamante, mas entrou junto com o reclamante; que soube com o reclamante que ele teve problemas de depressão e que ele ficou muito chateado; que Ronaldo diretamente nunca falou para o depoente que não gostava de negros; que o depoente cumprimentava normalmente Ronaldo sem ter afinidade com ele; que o depoente trabalhava movimentando-se dentro da loja; que além do reclamante havia mais uma funcionaria na função de caixa, de cor negra; que também em outros setores havia mais funcionários." (Grifado)

Testemunha Vinícius Furtado Lorenzoni – fls. 230/231

"trabalhou na reclamada um ano e 15 dias; do início de 2007 até início de 2008; trabalhava na função de supridor, no horário das 6h até às 15h; começou a suprir no DPH (papel higiênico e limpeza) e depois passou para a mercearia; que seu chefe e era o Rui; a chefe do reclamante era a Andréia; o depoente circulava por toda loja, inclusive entre os caixas; que o reclamante começou a trabalhar como operador de caixa; que o reclamante fazia diversas funções como todos fazem; que Andréia nunca desrespeitou o reclamante; que ali são várias pessoas que mandam; que tinham outros fiscais que mandam, a Patrícia e o Volnei; não sabe o motivo porque o reclamante saiu; o próprio reclamante nunca comentou com o

depoente o motivo de ter saído; **o reclamante limpava o chão, com uma bucha, limpava os caixas e buscava os carrinhos lá fora; que o Ronaldo passava o tempo brigando com os outros, o depoente esclarece que passava o tempo brigando com o reclamante e que com o depoente não brigava; que Ronaldo dizia que não gostava de preto e que preto servia para limpar o chão; que assistiu esse fato umas 3 vezes, uma dessas até estava comprando no caixa; que o reclamante não respondia, ficava quieto**; **que o reclamante levou ao conhecimento do gerente Batista; que Batista respondeu que o reclamante levava tudo a serio e isso não passava de brincadeira;** que Ronaldo era arrogante; que tirava o reclamante do caixa e colocava para limpar; que conhece as testemunhas da reclamada Adriano, Júlio e a Andala; esclarece que essas testemunhas da reclamada quando Ronaldo se dirigia ao reclamante; esclarece que Ronaldo não era arrogante com esses 3 e que Adriano trabalha no setor de perecíveis, Júlio Cezar é segurança e Andala era caixa operadora e agora trabalha na tele-vendas; Ronaldo era fiscal; o reclamante começava a trabalhar a partir das 13h até o fechamento da loja; não tem certeza; que quando o depoente entrava o reclamante não estava; que só estava o depoente quando o reclamante foi maltratado por Ronaldo; não lembra em que época aconteceram essas 3 vezes que o reclamante foi ofendido; que uma ocorrência foi no intervalo, às 13h, e a outra foi por volta de 16h30min e a outra não se lembra a hora; que acompanhou o depoente à delegacia, às 10h, depois de 1 mês do acontecido; que foi na delegacia por ter sido convocado pelo delegado; no setor do reclamante era só ele da cor negra." (Grifado)

Testemunha Paulo Marcos Gomes Nunes – fls. 231/232

"trabalhou junto com o reclamante, de junho a novembro de 2007; a depoente não se lembrava da tava de saída solicitando

> que consultasse a CTPS o que foi permitido; após consultar a CTPS informou a seguinte data: 20/11/2007; trabalha das 14h às 22h; o reclamante trabalhava no mesmo horário; na época havia mais 8 caixas trabalhando; além do reclamante havia mais 2 caixas de cor negra; que Ronaldo era fiscal e fiscalizava o trabalho dos caixas; que Ronaldo era extremamente arrogante inclusive com a depoente; que como fiscal ele auxiliava os caixa trazendo troco, quando dava problema de cartão; em relação a depoente ele se utilizava mais de gestos e que a depoente tinha que avisar quando ia no banheiro e em uma ocasião quando a depoente voltou, com muita estupidez, ele perguntou onde ela estava; **que Ronaldo não escondia de ninguém que era racista; que em relação ao reclamante assistiu umas 3 ou 4 vezes; que não dizia diretamente ao reclamante mas falava em alto e bom som para que todos ouvissem que "negro nasceu para limpar privada"; que isso foi ouvido por umas 2 vezes; que todos os serviços que tinham que ser feitas fora da rotina, como limpeza, a primeira pessoa a ser chamada era o reclamante**; acha que Ronaldo não trabalha mais na reclamada; que foi na delegacia prestar depoimento; que o reclamante foi contratado para ser caixa operador; que havia mais homens no setor de caixa." (Grifado)
>
> Testemunha Tássia Cilene França dos santos – fl.232

As testemunhas trazidas pela reclamada pouco sabiam sobre os fatos, sendo que a testemunha Adriano era desconhecida pelo reclamante e confirmou que não tinha contato com ele, bem como a testemunha Júlio, que também afirmou não ter contato com o reclamante e que em seu ponto de vista "Ronaldo era calmo", bem como a testemunha Andala, que deixava o local de trabalho antes de iniciar o horário de trabalho do autor:

> "que trabalha na reclamante desde 27/07/2005; que trabalhava como encarregado de sessão de perecíveis; que Ronaldo

começou a trabalhar no ano passado; que Ronaldo e o reclamante começaram a trabalhar na mesma época; que Ronaldo veio transferido da loja de Gravataí; que Ronaldo saiu da reclamada faz 3 meses; que Ronaldo não era prepotente com a raça negra; que acredita que não; que o depoente trabalhava próximo aos caixas; que não tinha muito contato com Ronaldo; que o reclamante limpava eventualmente o chão para ajudar os outros; inquirido, neste momento o reclamante, diz não conhecer a testemunha, que é um desconhecido; ouvida a testemunha diz que uma vez o reclamante fez um balanço a noite com o depoente; que de falar com o reclamante o depoente não tinha contato; que o depoente trabalhava se movimentado em toda loja; que outros caixas costumavam limpar o chão quando era preciso."
Testemunha Adriano Matos Cardoso – fls. 232/233

"que trabalha na reclamada faz 2 anos; que entrou em junho de 2006 na função de segurança, agora é vendedor faz 3 meses; que trabalhava das 13h às 22h; que raramente conversava com o reclamante, mais no intervalo quando batia, no refeitório; que raramente Ronaldo fazia refeições com o depoente e o reclamante; que via Ronaldo dar as escalas para os caixas; que o Ronaldo ficava direto na frente dos caixas; que, no ponto de vista do depoente, Ronaldo era calmo; que nunca teve atrito com Ronaldo; que era segurança em toda loja; que soube por comentários de terceiros que eles discutido, mas não sabe o que foi discutido nem quem inicou a discussão."
Testemunha Júlio César Gomes – fl.233

"que trabalhava na reclamada desde 02/04/2007, sempre com operadora de caixa; que trabalhava das 08h às 17h20min; que acha que o reclamante trabalhava das 14h às 22h; que Ronaldo era fiscal dos caixas; que cada dia ficava em um caixa; que nunca presenciou Ronaldo demonstrar racismo; que

> nunca viu o reclamante e Ronaldo conversando; que Ronaldo conversava com a depoente; que o reclamante conversava poucas vezes com a reclamada; inquirido o reclamante respondeu que quando começa a trabalhar a depoente já tinha saído; ouvida a testemunha disse que mais ou menos ocorria isso; que existiu um comentário de que Ronaldo teria ofendido o reclamante; que esse comentário surgiu depois que o reclamante se afastou; que ninguém mais lembra desse comentário."
>
> Testemunha Andala Vargas Bastos – fls. 233/234

No mesmo sentido foram os depoimentos das testemunhas em sede policial (fls. 247/250), que ensejaram o indiciamento e denúncia do fiscal da reclamada pelo crime de racismo (fls. 256/257 e 236/238). O fato de o fiscal da empresa ter aceitado o benefício da suspensão condicional do processo (fl. 267), não havendo instrução do processo criminal, em que pese não significar reconhecimento de culpa, faz com que os únicos elementos existentes no processo criminal sejam aqueles produzidos no Inquérito Policial, que levaram ao seu indiciamento e denúncia pela prática do crime previsto no art. 20, "caput", da Lei nº 7.716/89, e que se coadunam com os elementos de prova constantes no presente feito. Assim, não há falar em insuficiência probatória, uma vez que restou suficientemente comprovada a discriminação de cunho racial sofrida pelo autor durante seu contrato de experiência na empresa ré, praticada por seu superior hierárquico, valendo-se da omissão da gerência maior da empresa. Saliente-se, por oportuno, que a reclamada é responsável pela preservação da integridade física e psíquica de seu empregado no local de trabalho, devendo responder pelos danos decorrentes de sua ação ou omissão que causem dano ao trabalhador.

Os danos morais sofridos pelo autor, em que pesem se tratarem de dano *in re ipsa*, que dispensam prova específica, estão evidentes nos autos em virtude do tratamento psicológico a que foi submetido o autor, que desenvolveu quadro de depressão em virtude da discriminação sofrida em seu ambiente de trabalho, bem como dos documentos que comprovam sua busca de providências junto a diversos órgãos, como Delegacia Regional do Trabalho, Assembleia Legislativa e Ministério Público, além da ocorrência policial registrada (fls. 28/39), os quais denotam a

profunda mágoa e indignação sofridas pelo reclamante. Ainda, em que pese ser inaceitável qualquer tipo de discriminação injusta, cabe salientar a gravidade da discriminação sofrida pelo reclamante, de cunho racial, fato que de tão intolerável, mormente em face de todo o contexto histórico de lutas em defesa dos direitos humanos e de expurgação desse tipo de preconceito, constitui ilícito penal, inadmissível em qualquer local ou ambiente, e mormente no local de trabalho, que deveria proporcionar aos trabalhadores segurança e autoconfiança no exercício de uma vida digna.

Cabe salientar que os argumentos constantes da decisão de primeiro grau no sentido de limitar a indenização, quais seja, o fato de o autor ter afirmado na inicial ser o único negro na função de caixa no seu turno, o que foi contestado pela prova testemunhal, bem como o pouco tempo de trabalho, afiguram-se praticamente irrelevantes no arbitramento do *quantum* indenizatório, uma vez demonstrada a ocorrência da discriminação racial, nos moldes como descrita na inicial. Considerando os danos sofridos pelo autor e a função punitiva/educativa da indenização, além de a capacidade econômica da reclamada, empresa multinacional de grande porte, com inúmeros estabelecimentos e milhares de trabalhadores, tendo, por essa mesma razão, obrigação de cuidado exemplar com esse tipo de prática discriminatória no ambiente de trabalho, majora-se a o valor arbitrado de indenização por danos morais, o qual é fixado em R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), valor compatível com a gravidade da discriminação praticada, com o dano sofrido e, principalmente, com a função punitiva e educativa da indenização, considerando as condições econômicas da reclamada.

Dá-se parcial provimento ao recurso do reclamante para majorar a indenização por danos morais para R$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Consideram-se prequestionados os artigos 818 da CLT e 944 do Código Civil, mencionados pela reclamada em seu recurso.

Nega-se provimento ao recurso da reclamada.

2. Recurso da reclamada

2.1. Honorários Advocatícios

A reclamada postula a reforma da decisão no que pertine à condenação ao pagamento de honorários advocatícios. Postula que os honorários sejam fixados em percentual não superior a 10%, bem como sejam calculados sobre o valor líquido da condenação, nos termos do §1º do art. 11 da Lei nº 1.060/50 (fl.286)

A sentença condenou a reclamada ao pagamento de honorários advocatícios no percentual de 15% sobre o valor bruto da condenação (fls. 278/278v)

O percentual de 15% (quinze por cento) de honorários advocatícios mostra-se razoável com o trabalho desenvolvido pelo advogado do autor no processo, além de estar em consonância com a praxe desta Justiça Especializada. No que se refere à base de cálculo, correta a decisão de origem quanto à consideração do valor da condenação, nos termos da Súmula nº 37 do TRT 4ª Região, que assim dispõe:

> "Os honorários de assistência judiciária são calculados sobre o valor bruto da condenação."

Nega-se provimento ao recurso da reclamada.

3. Recurso do reclamante

3.1. Acúmulo de funções

O reclamante postula a reforma da sentença na parte em que indeferiu o pedido de "plus salarial" por acúmulo de funções. Alega ter sido demonstrado pela prova testemunhal produzida que era obrigado a realizar funções diversas daquelas para as quais foi contratado, fazendo jus a um adicional de 30% pelo exercício das demais atividades (fl.299).

A sentença julgou improcedente o pedido, argumentando, em síntese, que o cúmulo de tarefas dentro da jornada, desde que não demandem maior complexidade e responsabilidade e sejam compatíveis com as funções para as quais foi contratado, não ensejam adicional por acúmulo de funções, uma vez que trata-se de exercício legítimo do *jus variandi* do empregador.

O pedido importa na apreciação da base contratual. Por base contratual se entende os requisitos fáticos e jurídicos sobre os quais se fundamenta o negócio jurídico. Todo o negócio jurídico, para ser concluído, parte de determinados pressupostos. As declarações de vontade que incidem sobre um determinado objeto são condicionadas por esses pressupostos. Em um contrato de emprego, não é diferente. A estipulação das tarefas iniciais do empregado e a contraprestação do empregador são os pressupostos fáticos e ao mesmo tempo as obrigações principais de um contrato de emprego. Como o contrato de emprego é um contrato

de trato sucessivo, ou seja, suas prestações se renovam no tempo e o adimplemento parcial não extingue o contrato, é natural que a base dessa espécie de negócio jurídico possa ter variações no seu desenrolar. As variações podem ocorrer em aspectos acessórios à obrigação principal sem, contudo, modificar a sua natureza, apenas especificando ou alterando parcialmente a obrigação principal. Como o contrato de emprego é um contrato oneroso e comutativo (obrigações contrárias e equivalentes com estimativa paritária de reciprocidade proporcional), tem-se que as obrigações principais – trabalho e salário – partem de um equilíbrio inicial que deve ser revisado cada vez que houver alguma alteração. Em outras palavras, se o contrato de emprego é firmado tendo em vista uma determinada base fática (condições de trabalho) e se essa base vem a ser alterada no seu decorrer, é natural que, para manter o equilíbrio, a outra parte da obrigação (salário) também venha a ser alterada.

Analisando o contrato de trabalho das fls. 91/92, verifica-se que o autor foi admitido para exercer as funções de caixa operador. O pedido de “plus salarial” foi feito com base em serviços de limpeza da loja e do pátio que o autor alega que era obrigado a desempenhar, e que não tinham correspondência com a função para a qual foi contratado. A reclamada, em sua contestação (fls. 65/69) afirmou que o autor sempre laborou em atividades compatíveis com o cargo para o qual foi contratado, sendo que zelar pela boa aparência da loja, passando um pano se necessário, era atribuição de todos os empregados, o que não consistia em realizar toda a limpeza, visto que havia funcionários terceirizados contratados para este fim.

A prova testemunhal produzida foi no sentido de que se havia alguma limpeza a ser feita, a qual poderia ser solicitada aos caixas, pois estava dentro de suas funções acessórias, essa era solicitada ao autor, em virtude da discriminação que sofria na empresa. Nesse sentido, foram as afirmações feitas pela testemunha do autor Tássia Cilene França dos Santos, que afirmou que “que todos os serviços que tinham que ser feitos fora da rotina, como limpeza, a primeira pessoa a ser chamada era o reclamante” (fl.232). No mesmo sentido foram as afirmações da testemunha da reclamada Adriano Matos Cardoso (fl. 233), quando afirmou “que os outros caixas costumavam limpar o chão quando era preciso.” Dessa forma, e considerando também que as funções que o autor alega terem sido exercidas em acúmulo eram compatíveis com a função e remuneração para a qual foi contratado, sendo até de menor complexidade que as atribuições de caixa operador, bem como

eram desempenhadas dentro da jornada de trabalho, no tempo que o empregado está a disposição do empregador, correta a sentença ao considerar que tais atividades fazem parte do *jus variandi* do empregador, não configurando acúmulo de funções.

Diante do exposto, conclui-se que não houve alteração da base contratual do reclamante. Não restou demonstrado que o autor tenha acumulado as tarefas descritas na inicial, mas sim que passou a realizar ora uma, ora outra tarefa, não de forma cumulativa, que tenha como consequência a mudança da base contratual. A essência das obrigações principais não foi alterada, não havendo justificativa para a pretensão do reclamante.

Cabe salientar, por fim, que o fato de uma das formas de discriminação do autor se dar por ele ser o único dos caixas chamados para realização de limpezas não significa que tal atividade não fosse compatível com a sua função e com o salário que lhe era alcançado. A discriminação decorre do fato de, dentre todos os funcionários, ser sempre e somente o reclamante retirado do caixa para realizar limpeza em algum local, mas não significa que tal atividade fosse incompatível com a função de caixa, e enseje o pagamento de “plus salarial”.

Nega-se provimento ao recurso.

3.2. Adicional de insalubridade

O reclamante recorre buscando seja modificada a decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido de adicional de insalubridade. Afirma que ficava exposto a agentes insalubres na grande maioria do tempo de trabalho, quando realizava limpeza da loja, de caixas eletrônicos de bancos que ficavam no supermercado, utilizando produtos insalubres, tais como limpadores de vidros, sabão líquido, álcool, detergentes, etc. (fls. 299/300).

A sentença indeferiu o pedido, com base nas conclusões do laudo pericial (fls. 274/274v).

Na perícia realizada para averiguação da existência de insalubridade (fls. 169/172), o expert, após consignar as atividades exercidas, informadas pelo autor, concluiu pela inexistência de insalubridade em suas atividades:

> “Atividades do autor. Laborou no supermercado Maxxi, atuando nos caixas de atendimento aos clientes, tendo a incumbência

de receber valores pelas mercadorias adquiridas o que era registrado através de scanner sobre código de barras.

Recebia valores e dava o troco, sendo que os produtos eram pagos em dinheiro, cartão ou cheque.

Disse o reclamante que laborava oito horas diárias, sendo que, embora contratado para ser Operador de Caixa, fazia inúmeras outras atribuições que não lhe diziam respeito. Assim, diariamente era deslocado para o pátio para recolher os carrinhos de supermercado que os clientes deixavam no estacionamento; algumas vezes tinha que recolher detritos (papéis e restos de cigarros) no estacionamento, com uso de saquinho e pá, tendo inclusive que varrer; também em outras oportunidades retirava inços dos canteiros do estacionamento; era deslocado também para recolher vasilhames, dando comprovante (código de barras) para os clientes compensarem na hora de passar no caixa; dentro do supermercado limpou o caixa eletrônico do Unibanco com pano úmido, inclusive em partes onde havia fiação exposta; dentro do prédio do supermercado limpar os vidros das portas de acesso com detergentes (quando não tinha detergente, usava sabão em pó). Fazia uso ainda de álcool, pano tipo flanela, balde e pazinha. Alega ainda o reclamante que algumas vezes ficava na guarita de acesso ao pátio do supermercado, fornecendo ticket para os motoristas que chegavam para compras.

A reclamada diz que no contrato de trabalho consta que o Operador de Caixa pode ser deslocado para várias funções. Alguma limpeza que realiza o operador é leve, já que há pessoal de limpeza (duas por turno). Assim, a limpeza do realizada pelo Operador de Caixa é eventual, quando não há muitos clientes no supermercado.

O supermercado Maxxi da Av. A. J. Renner está situado em amplo prédio de alvenaria com telhado tipo calhetão, fluorescente de 110 Watts, piso de basalto. São vinte e três check out, sendo quatro ou cinco para atacado.

> IV – INSALUBRIDADE
>
> O reclamante laborou no reclamado por três meses.
>
> Informa o autor que não recebeu EPI. A reclamada diz que normalmente são utilizados luvas, pano e balde, podendo pegar um detergente para limpeza diretamente da prateleira.
>
> Insiste o reclamante que ficava no caixa apenas umas duas ou três horas diárias, sendo o restante em outras tarefas (vide item anterior). Na sua época, teria que trabalhar em pé no caixa.
>
> Diante do avaliado na inspeção constata-se que o autor, mesmo realizando atribuições que não a de Operador de Caixa, não tinha exposição intensa e nociva com agentes físicos, químicos ou biológicos. Detergentes em geral não constam da NR-15.
>
> Assim, muito embora ressalte-se que tinha problemas de pressão alta e que não poderia fazer esforço de puxar carrinhos de supermercado, no sol, não há envolvimento que seja danosos em termos de agentes físicos, químicos ou biológicos, como o previsto na NR-15 (Agentes Insalubres)"

Concluiu o perito que "as atividades desenvolvidas por Gederson Laureni Vergara Ferreira , na reclamada, caracterizam-se como – **NÃO INSALUBRES**, de acordo com os anexos da NR-15, pó rnão laborar exposto a agentes nocivos em condições de risco à saúde." (Grifos do original).

Em que pese o julgador não estar adstrito as conclusões do laudo pericial, tem-se que cabe à parte interessada em resultado contrário ao apresentado no laudo produzir prova no sentido de infirmar as conclusões periciais e demonstrar a efetivo contato, razoavelmente habitual, com agentes insalubres, o que não foi feito pelo recorrente, que limita-se a afirmar que "embora não reconhecido no laudo pericial, o reclamante era exposto a agentes insalutíferos a grande maioria do tempo decorrido no cumprimento do contrato de trabalho" (fls. 299/300). Assim, correta a decisão de origem, ao acolher as conclusões do perito de confiança do juízo, que são razoáveis, em virtude de que o autor, em que pese ser frequentemente deslocado para pequenas limpezas, laborava na função de Operador de Caixa, a qual presumidamente exercia a maior parte da jornada de trabalho. No tempo em

que era deslocado de suas funções, conforme afirmado pelo próprio reclamante, desenvolvia as mais diversas atividades (recolher carrinhos, varrer o pátio, recolher vasilhames, controlar os tíquetes de estacionamento), de modo que o contato com produtos de limpeza se dava de forma eventual na jornada, não suficiente a configurar atividade insalubre. Cabe salientar, ainda, que a limpeza de caixa eletrônico ligado, próximo à sua fiação, poderia eventualmente ensejar pagamento de adicional de periculosidade (o que não fio pedido), mas não de insalubridade.
Dessa forma, nega-se provimento ao recurso do autor.

3.3. Parcelas Rescisórias e seguro-desemprego

O reclamante requer a alteração da decisão, para que seja reconhecida sua despedida sem justa causa, com o pagamento das parcelas rescisórias e de indenização referente ao seguro-desemprego. Afirma que, em que pese se tratar de contrato de experiência, somente não foi efetivado na empresa em virtude da discriminação sofrida (fl.300).

A sentença julgou improcedentes tais pedidos (fl.274v), em virtude de o autor ter mantido com a reclamada contrato de experiência, que se extinguiu no decurso do prazo determinado.

Uma interpretação mais simplória sobre o contrato de experiência ensejaria a tese de que se trata de um contrato a termo. Dessa forma, estabelecido o termo final, como foi feito no caso e tela, e não continuada a prestação do serviço, não haveria razão para a pretensão obreira. Contudo, parte da doutrina considera que o contrato de experiência está sujeito a uma condição resolutiva, verificada ao final do prazo na avaliação não satisfatória, ensejando a extinção do contrato. Dessa forma, se ao final do prazo tal condição (avaliação negativa) não for verificada, “resolve-se a cláusula de experiência, e o contrato de trabalho passa a ser a prazo indeterminado”[255]. Esse segundo entendimento é mais benéfico ao empregado, pois prestigia o princípio da continuidade da relação de emprego. Note-se, porém, que a avaliação é bilateral, ou seja, tanto o empregador, como o empregado podem extinguir o contrato, alegando não estarem satisfeitos. O empregado pode avaliar as condições de trabalho propiciadas pela empresa, as vantagens oferecidas; por sua

[255] CAMINO, Carmen – Direito Individual do Trabalho, 4ª edição, Síntese, Porto Alegre, 2004, p. 292.

vez, o empregador avalia aptidões pessoais e profissionais do trabalhador, seu comportamento[256].

No caso em tela, mesmo se adotando a interpretação que pode ensejar um caráter de continuidade à relação de emprego – que é mais benéfica ao trabalhador, nota-se que esse não foi o intuito do próprio reclamante, que, discriminado no seu local de trabalho e constrangido diante dos demais colegas, por certo não teria mais interesse em manter o vínculo laboral. Fica evidente que o autor avaliou negativamente a conduta da reclamada durante o contrato de experiência; havendo, portanto, a resolução do contrato de experiência pela caracterização da condição resolutiva.

Pelo exposto, indevidas as verbas rescisórias pleiteadas, bem como a indenização relativa ao seguro-desemprego, dada a natureza do contrato de experiência.

Nega-se provimento ao recurso do reclamante.

3.4. Adicional de quebra-de-caixa

O reclamante postula seja reformada a sentença para condenar a reclamada ao pagamento do adicional de 10% de quebra de caixa, estabelecido nas convenções coletivas da categoria (fl.300). O julgador de origem julgou improcedente o pedido sob o argumento de que, conforme afirmado pela ré na sua defesa, o adicional somente seria devido se fossem descontadas do autos eventuais diferenças encontradas no fechamento do caixa, o que não ocorria. Salientou que as normas coletivas que prevêem o adicional contemplam sua não-exigência no caso de não serem realizados descontos (fls. 274v/275).

Conforme as convenções coletivas juntadas aos autos (fls.42/52), o adicional de quebra-de-caixa, previsto na cláusula 07, é devido pelas empresas que descontem de seus empregados eventuais diferenças de caixa, sendo autorizado seu não-pagamento desde que não seja realizada tal prática, circunstância que deve constar no contrato de trabalho ou em documento entregue ao funcionário do caixa (fl.45):

---

[256] CAMINO, Carmen – Direito Individual do Trabalho, 4ª edição, Síntese, Porto Alegre, 2004, p. 291.

> “07. QUEBRA-DE-CAIXA – Os empregados que exerçam a função de caixa ou similar, perceberão um adicional no valor de 10% (dez por cento) do salário efetivamente percebido a título de quebra-de-caixa, ficando ajustado que ditos valores não farão parte integrante do salário do empregado para qualquer efeito legal.
>
> Parágrafo Único – Fica facultado o não-pagamento do adicional de quebra-de-caixa pelas empresas que não procederem no desconto de eventuais diferenças verificadas por ocasião da conferência do caixa. A referida sistemática deverá ser consignada no contrato de trabalho ou em documento entregue, mediante protocolo de recebimento, ao empregado do caixa.”

Conforme documento da fl. 93, assinado pelo reclamante, a reclamada não efetuava o pagamento do adicional de quebra-de-caixa-, não procedendo o desconto de eventuais diferenças encontradas na conferência do caixa, conforme é autorizado pelo Parágrafo Único da cláusula 07 da convenção coletiva. Dessa maneira, conforme decidido pelo juízo *ad quo*, nada é devido a tal título.

Nega-se provimento.

3.5. Horas extras e indenização pelo não fornecimento de lanche

O autor recorre também em relação ao pedido de horas extras, indeferido pelo juiz de primeiro grau, afirmando que “Reforçando as afirmativas sobre a jornada de trabalho em que o reclamante era submetido, demonstra-se claro que cumpria jornada superior ao estabelecido nas normas da categoria. As normas coletivas estabelecem o acréscimo de 10% (dez por cento) nas duas primeiras horas excedentes e 70% (setenta por cento) nas demais. Neste contexto novamente merece reforma a r. sentença, para condenar o reclamado ao pagamento das horas extras trabalhadas.” (fl.301)

A sentença indeferiu o pedido, uma vez que não foi demonstrada a existência de trabalho extraordinário não-remunerado (fl.275).

O reclamante afirmou na inicial que laborava além de 8 horas diárias e 44 semanais, requerendo a condenação da ré ao pagamento das horas extras correspondentes na forma prevista nas convenções coletivas (fls. 04/05). A

reclamada juntou aos autos os registros de horário do reclamante (fls. 95/99), bem como os comprovantes de pagamento (fls. 100/103), nos quais constam o pagamento de algumas horas extras. O autor não impugnou os registros apresentados e não apresentou demonstrativo das horas extras que entende lhe serem devidas, ônus que lhe incumbia. Ainda, conforme salientado pelo julgador de origem, os horários constantes nos registros das fls. 95/99 coadunam-se com aqueles informados pelas testemunhas ouvidas nos autos, que informaram a existência de dois turnos de trabalho, quais sejam, das 8h às 17h20min e das 14h às 22h.

Não cabe a afirmação do recorrente de que "demonstra-se claro que cumpria jornada superior ao estabelecido nas normas da categoria" (fl.301), uma vez que, durante toda a instrução, o autor limitou-se a afirmar que fazia horas extras e que essas não lhe foram corretamente pagas, não impugnando os registros apresentados pela reclamada, os quais presumem-se válidos, não apresentando diferenças pelo cotejo entre os registros de horário e os comprovantes de pagamento e tampouco em sede recursal apresentando argumentos a justificar sua pretensão de reforma da decisão de primeiro grau. Da mesma maneira ocorre com o tópico do recurso destinado ao "direito de lanche", em que o recorrente afirmou que "Em decorrência do reconhecimento das horas extras devidas ao reclamante, cabe também a condenação da reclamada o pagamento referente ao lanche devido e não pago ao reclamante quando do cumprimento de jornada extraordinária" 9fl.301). Não demonstrada a realização de mais de duas horas extras diárias, não cabe a condenação da ré ao pagamento de indenização pelo lanche não fornecido, uma vez que este somente é devido "aos empregados que tiverem a jornada de trabalho prorrogada por período superior a duas horas" (cláusula 31 da convenção coletiva de 2007/2008 – fl.47). Dessa forma, inviável a reforma da sentença pretendida.

Nega-se provimento ao recurso.

Ante o exposto,

> **ACORDAM** os Magistrados integrantes da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, negar provimento ao recurso da reclamada. Por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso do reclamante para majorar a indenização por danos morais para R$ 40.000,00 (quarenta mil

reais). Valor da condenação que se majora em R$ 30.000,00. Custas processuais majoradas em R$600,00.

Intimem-se.

Porto Alegre, 20 de maio de 2009 (quarta-feira).

JUIZ CONVOCADO FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO

Relator