

RONALDO LIMA DOS SANTOS

PLURALISMO JURIDICO NO DIREITO DO TRABALHO
A AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA COMO INSTRUMENTO
DE EFETIVAÇÃO DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de
Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo, como requisito parcial para
obtenção do título de Doutor sob a orientação da
Professora Dra. Walküre Lopes Ribeiro da Silva

FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO, 2005

CAPÍTULO VIII. FUNÇÃO OPERACIONAL DAS NORMAS COLETIVAS

1. Conceitos jurídicos indeterminados

1.1. Direito e linguagem

Toda ciência se exprime por meio de uma linguagem específica e que lhe é inerente. A cada Ciência corresponde uma linguagem; à Ciência Física corresponde a linguagem da física; dizer que há uma Ciência da Matemática equivale a se referir ao vocabulário da matemática.¹⁰⁶⁷

Por vezes, entende-se que a ciência se confunde com a sua própria linguagem, tamanha a importância desta àquela, uma vez que esta expressa os dados e os valores comunicáveis da Ciência. É o que ocorre com o Direito que, como Ciência, possui a sua própria maneira de se expressar.¹⁰⁶⁸

O direito é estudado por diversas Ciências, como a História, a Filosofia, a Sociologia, mas somente a Ciência do Direito, com propriedade, possui o direito como objeto e utiliza um método jurídico.¹⁰⁶⁹ A Ciência do Direito possui uma linguagem típica das ciências, mas o direito, como elemento cultural e ordenador da vida em sociedade, também possui a sua linguagem, que pode ou não coincidir com a da Ciência do Direito, pois, o direito é, fundamentalmente, comunicação que se perfaz para ordenar as situações de conflito ou para instrumentalizar políticas.¹⁰⁷⁰

A afirmação social do Direito depende essencialmente da linguagem como forma de manifestação, pois toda prática jurídica envolve atos de linguagem,¹⁰⁷¹

¹⁰⁶⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito...* p. 7.

¹⁰⁶⁸ Id. *Ibid.*, p. 8.

¹⁰⁶⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado...* p. 38.

¹⁰⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. p. 56.

¹⁰⁷¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 478.

porque, ao disciplinar a conduta humana, as normas jurídicas usam palavras, signos lingüísticos, que expressam o dever ser.¹⁰⁷²

A relação básica entre linguagem e direito pode ser vista sob três aspectos distintos: a) o primeiro indica que o direito, enquanto fenômeno empírico, possui uma linguagem, aqui compreendida como língua e discurso; trata-se da linguagem do direito, objeto de vários estudos como a semântica e a hermenêutica; b) o segundo é a existência de um direito da linguagem, situação em que esta aparece como objeto das disciplinas jurídicas (jusnormativo), e não da lógica ou da gramática; c) por último, fala-se em direito enquanto linguagem, num relacionamento em que ambos se assimilam, levando à tese da intranscendentalidade da linguagem.¹⁰⁷³

A linguagem jurídica manifesta-se por elementos verbais e não-verbais, sendo a primeira a maior base de expressão jurídica, principalmente por meio da escrita.¹⁰⁷⁴ Ela adquire conformação própria; algumas expressões correntes e de uso comum, ao serem transportadas para o mundo jurídico, adquirem um sentido técnico especial, assumindo uma nova significação. Por exemplo, o vocábulo competente, adjetivo, comumente empregado para designar juízo de valor, pessoa preparada para algo ou capacidade, quando transposto para o direito, adquire um novo significado, sendo utilizado para designar o juízo competente, isto é, indica o juiz que, por força de dispositivos legais de organização judiciária, tem poder para o exame de determinados casos.¹⁰⁷⁵

Por isso, pode-se assinalar que a linguagem jurídica forma um espaço de sentido e uma esfera estrutural autônomos, adequados à produção das suas próprias injunções e a influenciar os demais universos dos discursos que a circundam.¹⁰⁷⁶

O uso das palavras, no mundo jurídico, pende entre o aspecto onomasiológico (uso corrente) e o aspecto semasiológico (sua qualificação normativa). Estes dois aspectos podem coincidir, mas nem sempre isso ocorre, em virtude da conotação técnico-jurídica atribuída às palavras.¹⁰⁷⁷ Para o homem comum, não integrado à linguagem jurídico-normativa, o direito se apresentará como um conjunto de símbolos indecifráveis, inter-relacionados num repertório com estrutura própria (regras de uso).

¹⁰⁷²FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. op. cit., p. 231.

¹⁰⁷³Id. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 6.

¹⁰⁷⁴BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. op. cit., p. 478.

¹⁰⁷⁵REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito...* p. 8.

¹⁰⁷⁶BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. op. cit., p. 479.

¹⁰⁷⁷FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito...* p. 231.

A linguagem jurídica é imposta pelo postulado da alteridade. O direito não é somente um fenômeno lingüístico ou basicamente lingüístico; embora esse carácter lhe seja fundamental, ele também corresponde a uma série de fatos empíricos, que não a linguagem, como as relações de força, os conflitos de interesses, as instituições administrativas.¹⁰⁷⁸

O discurso jurídico não é um discurso descontextualizado, porque ele se produz na vida social; a linguagem jurídica compromete-se com outras instâncias, exercendo-se em meio a um conjunto de sistemas, numa dinâmica de fluxos e refluxos recíprocos, intromissões e extromissões, participando do conjunto das relações sociais, numa constante transformação dialética, que vivifica e fortalece a estrutura do sistema jurídico e a sua dinâmica, por meio do intercâmbio de valores, experiências, signos, conceitos e discursos.¹⁰⁷⁹

Uma das finalidades do estudo jurídico é exatamente o esclarecimento e a determinação do sentido dos vocábulos jurídicos, delineando as fronteiras da realidade das palavras.¹⁰⁸⁰ O Tratamento da norma como linguagem se faz por necessidade operacional desses inúmeros elementos. A elevação do direito ao nível lingüístico, não necessariamente retira a sua análise pelo prisma jurídico, pela qual se investiga a norma pelas características operacionais da teorização jurídica, como a referência à práxis decisória, à possibilidade de resolução de conflitos e a regulamentação de comportamentos.¹⁰⁸¹

Por esse prima, conduziremos nosso trabalho. Não se trata de uma tarefa hermenêutica, para a simples determinação do sentido das normas ou do correto entendimento dos significados dos seus textos e das intenções neles contidas, atribuição da dogmática hermenêutica, mas de um trabalho pragmático, cujo objetivo é a operacionalização de normas jurídicas para a sua efetiva aplicação no mundo concreto, a partir de uma concepção plural e normativa da sociedade. Não é um trabalho de hermenêutica, mas envolve hermenêutica; não é um trabalho de semiótica jurídica, mas envolve semiótica jurídica. É simplesmente um trabalho estruturado a partir de um objetivo pragmático, de natureza funcional, e para ele direcionado: a operacionalização de interesses transindividuais.

¹⁰⁷⁸FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica...* p. 6-7.

¹⁰⁷⁹BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. op. cit., p. 479-481.

¹⁰⁸⁰REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito...* p. 8.

¹⁰⁸¹FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica...* p. 7-8.

1.2. Conceitos indeterminados no mundo jurídico

No processo de seleção de condutas ou ocorrências para, por meio da valoração, convertê-las em normas jurídicas, o direito, muitas vezes, expressa-se por enunciados que não se apresentam precisos. Não raramente, a linguagem jurídica é marcada pela presença de “conceitos vagos ou indeterminados”, como “notório saber jurídico”; “bom pai de família”; “ilibada reputação”, cujo conteúdo geralmente é refratário a conceituações e enseja um certo grau de tautologia nas tentativas de definições.¹⁰⁸²

São diversas as razões pelas quais o legislador faz uso dos conceitos jurídicos indeterminados: pode ser fruto do acaso, motivado por exigências de ordem lingüística, como nas hipóteses de indeterminação vocabular; pode ser imposto pela natureza da situação fática; pode decorrer da própria intenção do legislador em atribuir uma margem de apreciação ao conceito ou em conceder um poder discricionário ao agente responsável pela sua aplicação.¹⁰⁸³ De toda forma, em certa medida, torna-se compreensível que a linguagem jurídica contenha palavras dessa espécie, porque se as leis, em geral, devem ser gerais e abstratas, a sua linguagem apresentará uma textura aberta.¹⁰⁸⁴

Os conceitos indeterminados caracterizam-se pelo seu elevado grau de indeterminação. Eles opor-se-iam aos conceitos determinados, que figurariam nas expressões referentes a medidas (o metro, o litro, a hora) ou a valores monetários (o real, o escudo, a libra). Na verdade, classificar um conceito como indeterminado já constitui um problema. Entre os conceitos indeterminados e os determinados existe apenas uma diferença no grau de indeterminação. A expressão “conceitos indeterminados” é

¹⁰⁸² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo... p. 36-37. Embora presente em todos os ramos do ordenamento jurídico, o desenvolvimento doutrinário em torno dos conceitos jurídicos indeterminados ocorreu no direito administrativo, por ser um dos ramos do ordenamento em que esses conceitos indeterminados eram empregados com maior abundância e onde se constatava as maiores dificuldades em torno dos problemas suscitados por eles. Essa excessiva utilização desses conceitos no direito administrativo é imposta pela própria natureza das funções administrativas e da sua regulamentação. A doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados originou-se na Áustria, no Século XIX, com a preocupação com o controle dos conceitos jurídicos indeterminados pelos tribunais administrativos. (SOUSA, António Francisco. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. *passim*).

¹⁰⁸³ SOUSA, António Francisco. op. cit., p. 57.

¹⁰⁸⁴ GRAU, Eros Roberto. op. cit., p. 60.

comumente empregada para designar aqueles conceitos dotados de elevado grau de indeterminação.¹⁰⁸⁵

São conceitos indeterminados marcados por alto grau de incerteza de seu conteúdo e da sua extensão. Eles se distinguem em conceitos descritivos e conceitos normativos. Os primeiros designam descritivamente objetos reais ou que, de certa maneira, participam da realidade, sendo fundamentalmente perceptíveis pelos sentidos ou, de algum modo “percepcionáveis”, como homem, morte, cópula, escuridão, vermelho. Os conceitos normativos compreendem a categoria dos conceitos jurídicos, qualificados pela referência do seu conteúdo e da sua extensão às idéias valoradoras do Direito. Embora nem todo conceito indeterminado seja normativo, os conceitos normativos freqüentemente são indeterminados num grau relativamente elevado.¹⁰⁸⁶

Os conceitos indeterminados constituem a regra geral no mundo jurídico, o que varia é simplesmente o grau de indeterminação de uma norma para outra. Alguns conceitos reproduzem com muita facilidade o consenso geral sobre o seu conteúdo, raramente suscitando grandes dúvidas a respeito deste; outros, por sua vez, tendem a suscitar maiores dúvidas, dificultando a obtenção do consenso. Há também conceitos, cujas questões morais, sociais, culturais políticas e religiosas, praticamente impossibilitam a concordância de conteúdo.¹⁰⁸⁷

Os conceitos indeterminados constituem elementos típicos das normas jurídicas, as quais geralmente apresentam fronteiras flexíveis, não rígidas ou fechadas.¹⁰⁸⁸ Até mesmo conceitos tão familiares como mesa, casa, coisa, quando transferidos para o mundo jurídico, recebem um relativo grau de indeterminação.¹⁰⁸⁹

A ambigüidade e a imprecisão são notas características da linguagem jurídica. É ambígua porque uma mesma palavra conota sentidos diversos, ou seja, em contextos distintos, designa objetos, fatos ou propriedades diferentes. É imprecisa em virtude da fluidez de determinadas palavras, pois o limite de aplicação destas são

¹⁰⁸⁵ SOUSA, António Francisco. op. cit., p. 23-25.

¹⁰⁸⁶ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 208-210.

¹⁰⁸⁷ SOUSA, António Francisco. op. cit., p. 23.

¹⁰⁸⁸ HENKE, N. Die Tatfrage. Berlin, 1966, pp. 68-80. *Apud* Id., loc. cit.

¹⁰⁸⁹ Id., loc. cit.

imprecisos. Isso não significa, entretanto, que as palavras e expressões jurídicas não tenha significação determinável.¹⁰⁹⁰

No plano dos conceitos jurídicos indeterminados, há aqueles de cunho naturalístico que são apreendidos pelo Direito (escuridão, sossego noturno, ruído, perigo, coisa) e conceitos propriamente jurídicos (assassinato, homicídio qualificado, ato administrativo). É rara a presença de conceitos absolutamente indeterminados no direito; em geral, os conceitos jurídicos são parcialmente indeterminados.¹⁰⁹¹

Nos conceitos jurídicos indeterminados há um núcleo conceitual e um halo conceitual. O núcleo conceitual é formado pela idéia clara que se tem do conteúdo e da extensão do conceito; o halo é delineado a partir das dúvidas formadas em torno do conceito, o halo do conceito inicia-se com o início das dúvidas.¹⁰⁹²

Os conceitos jurídicos indeterminados, como boa-fé, fins sociais, bem comum, constituem *topoi* ou lugares comuns que dão flexibilidade e abertura ao discurso jurídico. Sua função, entretanto, é antes auxiliar na construção de um quadro problemático do que atuar na resolução de problemas.¹⁰⁹³ Esses lugares-comuns do discurso normativo representam a inserção de um relativo grau de imprecisão pelo legislador no discurso jurídico.¹⁰⁹⁴ A linguagem jurídica apresenta uma textura aberta, decorrente da utilização de termos classificatórios gerais na sua forma de comunicação, mas que respeitam a situações de fato.¹⁰⁹⁵

Os conceitos jurídicos indeterminados podem aparecer nas próprias normas jurídicas (na elaboração da sua hipótese), na sua estatuição¹⁰⁹⁶, ou na hermenêutica (como forma de orientar o discurso aplicativo da lei).¹⁰⁹⁷

¹⁰⁹⁰ GRAU, Eros Roberto. op. cit., p. 59-60.

¹⁰⁹¹ ENGISCH, Karl. op. cit., p. 208.

¹⁰⁹² HECK, Philipp. *Apud* ENGISCH, Karl. op. cit., p. 209.

¹⁰⁹³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica...* p. 23.

¹⁰⁹⁴ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. op. cit., p. 495.

¹⁰⁹⁵ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 141.

¹⁰⁹⁶ ENGISCH, Karl. op. cit., p. 210. Karl Larenz cita o exemplo de conceito jurídico indeterminado na estatuição o § 231 do Código de Processo Penal Alemão: "o juiz-presidente pode tomar, relativamente ao acusado que compareceu em juízo, 'as medidas apropriadas' a evitar que ele se afaste para longe." Em nosso Código de Processo Civil podemos citar: "Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela rápida solução do litígio; III - prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da justiça; tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes." "Art. 332. Tanto os meios legais, como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa." "Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as

1.3. Denominação: conceitos ou termos jurídicos indeterminados?

A expressão “conceitos jurídicos indeterminados” é assaz conhecida no mundo jurídico, sendo empregada tanto no direito brasileiro quanto no direito comparado. No entanto, posições metodológicas em torno da expressão propugnam pela sua impropriedade, fundamentando-se numa espécie de paradoxismo lógico que estaria presente nesta expressão.

Adepto dessa posição, Eros Roberto Grau propugna pela inexistência de conceitos jurídicos indeterminados. Segundo o autor, todo conceito expressa uma suma de idéias, sendo, portanto, produto da reflexão; ele se expressa por meio de seu termo. O termo é, então, a expressão do conceito, o ato de expressão deste. Uma vez que os termos dos conceitos jurídicos são colhidos na linguagem natural, potencialmente ambígua e imprecisa, eles resultam indeterminados. Assim, a indeterminação estaria no termo e não nos conceitos, de forma que o correto corresponde a falar em termos jurídicos indeterminados e não em conceitos indeterminados. Conceito indeterminado não é conceito.¹⁰⁹⁸

A questão sobre a existência de conceitos indeterminados apresenta alto grau de complexidade de matrizes filosóficas, muitas delas ligadas à teoria do conhecimento, cuja análise não se coaduna com o objeto do presente trabalho. Ela ultrapassa a mera análise gramatical ou semântica da expressão. No entanto, parece-nos que não se pode tratar o conceito como algo que seja preciso e essencialmente definido,

regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.” Na Consolidação das Leis do Trabalho: § 1º do artigo 764. “Para os efeitos deste artigo, os juizes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos.” “Art. 765. Os juizes e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.”

¹⁰⁹⁷FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica...* p. 23. Como instrumentos da hermenêutica, os conceitos jurídicos indeterminados estão presentes, por exemplo, no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, e no artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.”

¹⁰⁹⁸GRAU, Eros Roberto. Poder discricionário. *Revista de Direito Público*, ano 23, n. 93, p. 42, jan./mar. 1990.

pois isso equivaleria a lhe conceder um caráter absoluto e universal, incompatível com as especulações filosóficas em torno da realidade e da sua forma de representação.

Se, como obtempera Alaôr Caffé Alves, os conceitos são os termos em sentido lógico, isto é, o conteúdo significativo das palavras¹⁰⁹⁹, num primeiro momento, a construção de Eros Roberto Grau pode parecer tautológica, pois a admissão de termos jurídicos indeterminados levaria à existência de conceitos jurídicos indeterminados, correspondentes exatamente àqueles conceitos compostos por termos jurídicos indeterminados. A indeterminação seria transferida do continente para o conteúdo, mas, uma vez que o conteúdo é indeterminado, aquele que o contém, o continente, também o seria.

Por outro lado, os conceitos não podem ser pensados isoladamente; eles encontram sua significação dentro de uma rede conceptual. O sistema conceptual, formado pelo complexo de tramas relacionais, pelas quais se estabelecem vínculos significativos, é que determina o valor significativo de cada conceito. O conceito é, por isso, uma caracterização relacional, não apontando simplesmente para um determinado ente, coisa ou processo. O conceito de elefante só pode ser determinado pelo seu conteúdo, em contraposição a outros conceitos distintos de elefante (como rinoceronte). A identidade do conceito dá-se na diferença, o que não impede que o conceito tenha um só sentido, mas este é aferido dentro de certos parâmetros.¹¹⁰⁰

Como o conceito constituiu uma caracterização relacional, o que não faz parte do conceito somente está sujeito a determinabilidade, pois, como acentua Immanuel Kant, *“Todo o conceito é indeterminado, em relação ao que nele não se contém e está*

¹⁰⁹⁹ ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 170. O conceito ou idéia é a forma intelectual pela qual se exprime o objeto do conhecimento. É a mera representação intelectual de um ser ou uma coisa, sem afirmar ou negar. Na lógica formal o conceito é abstraído das causas que lhe deram origem, sendo considerado em si mesmo. O termo é a expressão verbal do conceito, sendo o último elemento em que se decompõe a argumentação (expressão verbal da inferência). O termo não se confunde com a palavra. Conquanto haja uma conexão orgânica entre eles, às vezes são necessárias várias palavras – que, por conseguinte formam somente um termo – para exprimir um conceito, como no exemplo “animal racional”. (Id. *Ibid.*, *passim*.)

¹¹⁰⁰ Id. *Ibid.*, *passim*. Como elucidada Alaôr Caffé Alves, *“Se enunciarmos, por exemplo, a palavra ‘elefante’, compreendemo-la porque ela suscita em nossa mente não a figuração material ou a imagem do elefante, isto é, por sua presença puramente sensorial, mas sim porque evocamos o seu conceito, que faz referência a nota essenciais abstraídas de uma pluralidade de representações empíricas do animal. Se compararmos diferentes exemplares desses animais, observamos a estabilidade de algumas características, aspectos comuns (notas essenciais), em face da inconstância ou contingência de outras notas que serão acidentais a respeito do elefante. Por exemplo, todo elefante, é um vertebrado mamífero, paquiderme com longa tromba e grandes presas. Por estas notas (em conjunto) distinguimos o paquiderme elefante do paquiderme rinoceronte.”* Id. *Ibid.*, p. 197.

*sujeito ao princípio da determinabilidade, a saber, que, de dois predicados contraditoriamente opostos, só um pode convir, princípio que, por sua vez, se funda no princípio da contradição”.*¹¹⁰¹

Toda coisa se encontra subordinada ao princípio da determinação completa, pelo qual deve ser-lhe aferido um predicado entre todos os predicados possíveis das coisas, à medida que são comparáveis com os seus contrários. O princípio da determinação completa pertine ao conteúdo e não à forma lógica. Para Kant, a determinabilidade de todo conceito subordina-se à universalidade do princípio da exclusão de um meio entre dois predicados opostos, ao passo que a determinação de uma coisa submete-se à totalidade ou ao conjunto dos predicados possíveis.¹¹⁰²

Consoante Alaôr Caffé Alves, no conceito distinguem-se duas ordens de caracteres: os essenciais e os acidentais. Para a determinação do conceito importa a constatação dos seus caracteres essenciais, isto é, do seu conteúdo constitutivo. As notas essenciais são comumente abstraídas de uma pluralidade de representações empíricas referentes a um determinado ser ou objeto, e que permitem enquadrá-las dentro de um conceito. O conceito do objeto é aferido a partir da representação de uma multiplicidade de dados empíricos, por isso, o conceito é a unidade de sentido de uma multiplicidade. A precisão dos caracteres essenciais de um conceito é que é necessária para a determinação do conceito, pois são essas notas essenciais que autorizam dizer que o conceito é um só; elas determinam a sua unidade conceptual.¹¹⁰³

A precisão não caracteriza o conceito em si, o que o define é a presença dos seus caracteres essenciais. Como acentua Allaor Caffé Alves, “*para a determinação de um conceito, o importante é a indicação dos caracteres essenciais desse conceito, ou melhor, de seu conteúdo constitutivo. Os caracteres acidentais formam apenas o seu conteúdo possível.*” Essas notas essenciais, no entanto, podem ser construídas instantânea ou paulatinamente, podendo sofrer acréscimos com o curso do tempo, pois muitas notas que são consideradas essenciais, posteriormente, podem ser tidas como acidentais e vice-versa, v.g, a evolução do conceito de átomo.¹¹⁰⁴ *Mutatis mutandis*, a distinção entre

¹¹⁰¹ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura...* p. 487-488.

¹¹⁰² Id., loc. cit.

¹¹⁰³ ALVES, Alaôr Caffé. op. cit., *passim*.

¹¹⁰⁴ Id. Ibid. p. 198.

caracteres essenciais e acidentais dos conceitos equivale à diferenciação formulada por Philipp Heck¹¹⁰⁵ entre núcleo conceitual e halo conceitual.

Essa análise estrutural dos conceitos indeterminados realizada por Philipp Heck foi reassumida por Dietrich Jesch, como ponto de partida da sua teoria, cuja idéia fundamental baseia-se na existência de uma diferença quantitativa, e não qualitativa, entre os conceitos, no que se refere ao grau de determinação do conceito. Segundo Jesch, os conceitos indeterminados possuem um pequeno núcleo central (zona de certeza jurídica) e uma grande e difusa auréola conceitual, que corresponde à imprecisão do conceito. Essa estrutura dos conceitos influencia grandemente na sua estabilidade e na dinâmica do ordenamento jurídico. O núcleo do conceito é o que lhe confere estabilidade, o que determina o conceito como aquele conceito.¹¹⁰⁶ O núcleo é preciso, mas o conceito, enquanto estrutura complexa, não é inteiramente dotado de precisão.

A existência de conceitos precisos somente poderia ser concebida no mundo das idéias abstratas, na forma de um *príus* em relação à experiência. A posição de Eros Roberto Grau pode ser compreendida dentro dessa perspectiva, pois para o autor os conceitos jurídicos não são essencialistas, eles não se referem a objetos, mas sim a significações.¹¹⁰⁷ Se compreendidos a partir do mundo sensível e, tendo em vista que essa experiência é essencialmente dinâmica, mutável e pouco precisa, assim serão as suas representações, ou seja, os conceitos dela derivados. Se no plano da lógica formal a abstração conceitual é possível, no mundo jurídico, em que a norma se apresenta numa estrutural relacional e tridimensional – fato, valor e norma –, o mundo sensível é de presença constante na formulação dos conceitos jurídicos, transferindo-lhe alguns dos seus caracteres.

Segundo Kant, as representações são apreendidas pela sensibilidade, por intermédio da qual nos são dados os objetos e fornecidas as intuições, e do entendimento que pensa esses objetos provêm os conceitos.¹¹⁰⁸ Em Kant, o conceito compreende uma multiplicidade. Um conceito é uma unidade mental sintética daqueles caracteres que define certas coisas como sendo um mesmo objeto. Por isso que, em Kant, nem o tempo e nem o espaço são conceitos, exatamente porque não existem muitos diversos tempos ou muitos

¹¹⁰⁵HECK, Philipp. *Apud* ENGISCH, Karl. op. cit., p. 209.

¹¹⁰⁶JESCH, Dietrich. Unbestimmter Rechtsbegriff um Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrecher Sicht, AÖR, 1957 (82), p. 163 ss. *Apud* SOUSA, António Francisco. op. cit., p. 52.

¹¹⁰⁷GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas...* p. 62.

¹¹⁰⁸KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura...* p. 61.

espaços, como na hipótese de muitos homens. Tempo e espaço são intuição pura, *a priori*. Nenhum conceito é intuição pura ou *a priori*.¹¹⁰⁹

Na teoria aristotélica do conhecimento, o ato de conhecer significa, primeiramente, a formação de conceitos, isto é, a constituição mental de um conjunto de notas que caracteriza cada uma das essências que se apresentam na substância individual; essa operação dá-se por meio de processos de abstração e generalização que incidem sobre o material da percepção sensível.¹¹¹⁰

Não se pode compreender que o conceito em Aristóteles seja algo preciso, quando o próprio filósofo concebe o ser (a substância do conceito), como uma figura análoga, isto é, nem unívoca, nem plurívoca. Como demonstra Manuel Garcia Morente, falar em analogia do ser na filosofia aristotélica significa dizer que o ser tem distintas significações que se realizam somente parcialmente. O ser se mostra de diversas maneiras, de forma que existem diversas modalidades do ser, embora em todas elas permaneça a identidade do ser enquanto tal; por isso que, para Aristóteles, o conceito do ser é elaborado a partir de analogias. Aristóteles lançou, na Grécia, as bases fundamentais de uma teoria da analogia do ser.¹¹¹¹

O pensamento de Santo Tomás de Aquino já sublinhava as dificuldades contidas no problema do ser, também considerado como um termo ou conceito análogo na teoria tomista. O que nos interessa especificamente no momento, é demonstrar que no pensamento agostiniano já apresentava a distinção entre conceitos “unívocos” e “plurívocos”, formulados pelos lógicos. Os primeiros representam termos ou conceitos que possuem sempre o mesmo e único significado, como o conceito de homem.¹¹¹² Os conceitos equívocos, por sua vez, compreendem o conjunto de conceitos que têm duas ou mais significações completamente diversas, isto é, que podem se referir a objetos totalmente distintos.¹¹¹³ Por exemplo, em português a palavra macaco é empregada para designar tanto o animal como o aparelho para o levantamento do carro.

¹¹⁰⁹KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura... passim*.

¹¹¹⁰GARCIA MORENTE, Manuel. *Fundamentos de filosofia: lições preliminares*. Trad. Guilherme de la Cruz Coronado. 8. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1980. p. 113.

¹¹¹¹Id. *Ibid.*, p. 123.

¹¹¹²Atualmente, nem mesmo o conceito de homem é preciso. Pode ser utilizado no sentido restrito para indicar os seres humanos do sexo masculino, ou para designar o gênero da espécie humana, como contido em muitas declarações de direitos, embora essa significação venha tendo a sua utilização contestada, por relegar à mulher a um segundo plano.

¹¹¹³GARCIA MORENTE, Manuel. *op. cit.*, p. 121.

Por último, à guisa de ilustração, vale ressaltar a posição dos filósofos nominalistas, que desconfiavam da existência de conceitos, ou mesmo não admitiam a sua existência. Ao colocarem-se em oposição aos conceitualistas, consideravam que os conceitos não passavam de entidades misteriosas, cuja única notícia se dá mediante palavras. Pregavam que não se tem acesso empírico aos conceitos em si mesmos, senão por meio dos signos que os concretizam, os encarnam e os expressam, e negavam qualquer utilidade na sua persecução.¹¹¹⁴

Evidentemente que a discussão filosófica é muito mais ampla e complexa, envolvendo, além da ontologia e da teoria do conhecimento, a clássica discussão entre idealismo e realismo. A solução da problemática referente à existência ou não de conceitos jurídicos indeterminados depende, entre outros fatores, da idéia que se realiza em torno da estrutura dos próprios conceitos (termos, núcleo e halo, elementos essenciais e acidentais, etc). No entanto, essa restrita ilustração da problemática tem como intuito demonstrar que não há impropriedade no uso da expressão conceitos jurídicos indeterminados para representar aquele conjunto de elementos normativos de relativa imprecisão, vagueza e abstração; expressão esta que será empregada no desenvolver deste trabalho.

1.4. Conceitos jurídicos indeterminados e interesses transindividuais

A relação entre interesses transindividuais e conceitos jurídicos indeterminados está presente desde os primeiros embates doutrinários a respeito da existência desses interesses; nessa fase Massimo Villone considerava o interesse difuso um *"personaggio assolutamente misterioso"*.¹¹¹⁵

A posição de Massimo Villone não era dissonante da doutrina em geral, que desde o princípio não se preocupou com a conceituação dos interesses transindividuais, principalmente dos interesses difusos. A própria sugestão que o vocábulo difuso despertava, de algo fluido, com contornos imprecisos, desestimulava as tentativas de sua definição. Por outro lado, a escassez de informações sobre essa recente categoria de

¹¹¹⁴ ALVES, Alaôr Caffé. op. cit., p. 173.

¹¹¹⁵ VILLONE, Massimo. La collocazione istituzionale dell'interesse difuso. *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 73. *Apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo... p. 37.

interesses, colocava a doutrina em estado de espera de dados e elementos mais elucidadores.¹¹¹⁶

Celso Antonio Pacheco Fiorillo recorda que essa preocupação com o conteúdo dos direitos metaindividuais fora inclusive objeto de debate quando da elaboração do projeto da Lei da Ação Civil Pública. Na primeira vez que se tentou regulamentar os direitos difusos e coletivos, o inciso IV do artigo 1º do seu projeto de lei, que preceituava que a ação civil pública seria um instrumento apto à defesa, além dos direitos supracitados, de qualquer outro direito difuso e coletivo, foi objeto de veto do Presidente da República, sob a argumentação de que não havia no ordenamento jurídico uma definição legal para os interesses e direitos difusos e coletivos, o que inviabilizava a sua tutela por meio da ação civil pública enquanto pendesse de delimitação do seu conteúdo.¹¹¹⁷

Seguindo a própria natureza dos interesses transindividuais, que não se limitam a contornos rígidos e precisos, muitos dos seus institutos são definidos a partir do emprego de conceitos jurídicos indeterminados, como as expressões “meio ambiente”, “degradação ambiental”, “desenvolvimento sustentável”, “interesse público” e “interesse social”.

A presença de conceitos jurídicos indeterminados no plano dos interesses transindividuais, entretanto, não impediu a mobilização doutrinária para a definição do novo fenômeno que já se fazia sentir na sociedade.¹¹¹⁸ Contrariamente à máxima romana “*omnis definitio in jure civile periculosa est*”, a conceituação desses interesses respondeu a um objetivo pragmático, de favorecer uma visão concreta do objeto definido e possibilitar aprimoramentos futuros.¹¹¹⁹

O próprio legislador brasileiro, em face da inexistência de consenso doutrinário a respeito da definição dos interesses difusos e coletivos, adotou os conceitos que julgou mais, adequados à realidade brasileira que emergia, e foi além, ao criar o

¹¹¹⁶MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir...* p. 131.

¹¹¹⁷FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 5.

¹¹¹⁸MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo... p. 37.

¹¹¹⁹Id. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir...* p. 131.

conceito de interesses individuais homogêneos, o que propiciou a imediata tutela processual desses interesses.¹¹²⁰

Como ressaltamos alhures, embora a definição de institutos jurídicos não seja da essência da atividade legislativa, salvo nas hipóteses de interpretação autêntica, mas uma empreitada a ser realizada pela doutrina e pela jurisprudência, a definição e a tipologia dos interesses transindividuais elaboradas pelos legisladores do Código de Defesa do Consumidor (artigo 81), além de se revelar bem acertada, mostrou-se providencial, pois encurtou o caminho para a sua efetivação, ao abortar uma fase preliminar de discussões que se travaria a respeito do conteúdo e dos elementos identificadores de cada um dos interesses transindividuais. Trata-se, evidentemente, de uma conceituação instrumental, de cunho funcional, uma vez que permitiu a imediata efetivação da tutela coletiva desses interesses.

O mesmo ocorre com diversos outros interesses transindividuais, cujos termos polissêmicos traz a necessidade pragmática de conceitualização pelo legislador, que, em alguns diplomas normativos, dá azo ao cumprimento dessa missão. Por exemplo, o meio ambiente, direito eminentemente difuso, pelo menos em sua conotação naturalística, foi conceituado pelo legislador no artigo 3º da Lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.¹¹²¹ O legislador também concretizou as definições de “degradação da qualidade ambiental” e de “poluição”.¹¹²²

O interesse público, um dos *standarts* jurídicos mais avessos a conceituações, teve o seu conteúdo delineado pela Lei nº 9.784/99 - “*que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal*” -, que, com base num critério finalístico, o definiu como o “*o atendimento a fins de interesse geral, vedada a*

¹¹²⁰WATANABE, Kazuo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto...* p. 732.

¹¹²¹MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo...p. 37.

¹¹²²“Art. 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I – meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas; II – degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente; III – poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos”.

renúncia total ou parcial de poderes ou competência, salvo autorização em lei" (artigo 2º, parágrafo único, inciso II).¹¹²³

A conceituação legal de um instituto não tem o condão de retirar toda a zona de penumbra que permeia os seus diversos aspectos, razão pela qual, as definições legais são de aplicação restrita às situações normatizadas pela norma definidora, obstando, às vezes, que essa conceituação seja exportada para situações diversas da originalmente concebida. Isso porque, por ser tratar de conceitos indeterminados, eles possuem aplicação em diversos contextos; contextos estes que norteiam a adoção de um determinado critério sobre o qual ele será concebido. A constatação de outro contexto exige a adoção um novo critério, conformador do valor do conceito com a situação concreta e, conseqüentemente, uma significação mais compatível com a realidade normatizada.

Por esse prisma, constata-se, por exemplo, que a definição de interesse público, elaborada pela Lei nº 9.749/99, é limitada, servindo somente para a realidade normativa em que foi concebida. Ela não elucidou integralmente o objeto conceituado, de modo que o termo interesse público pode receber uma nova significação conforme o contexto sócio-normativo, como se observa da lei processual civil, ao prescrever a presença do Ministério Público "*nas causas em que haja interesse público, evidenciado pela qualidade da parte ou natureza da lide*" (artigo 82, inciso III, do Código de Processo Civil).¹¹²⁴

Esses modelos de conceituações legislativas são movidos por um intento concretizador e operacional do interesse; sua motivação é simplesmente instrumental, geralmente pontual e, raramente extrapolando os limites para os quais foram concebidos, nada impedindo que o instituto venha a adquirir nova configuração em outra normatização, sem que, por isso, a definição anterior seja prejudicada.

No plano do direito ambiental, por exemplo, as definições de degradação ambiental, poluição e poluidor, embora não sejam consideradas ideais,¹¹²⁵ propiciam a tipificação dos crimes e das lesões ao meio ambiente e a conseqüente aplicação de sanções

¹¹²³MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo... p. 37.

¹¹²⁴Id., loc. cit.

¹¹²⁵Em relação à propriedade da definição de meio ambiente contida na Lei nº 6.938/81, Luís Paulo Sirvinkas assinala que "o conceito legal de meio ambiente não é adequado, pois não abrange de maneira ampla todos os bens jurídicos protegidos. É um conceito restrito ao meio ambiente natural." (SIRVINKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 13).

civis, administrativas e penais previstas na própria Lei nº 6.938/81, atendendo os objetivos da sua elaboração. Para a aplicação das sanções penais, inclusive, essa definição legal torna-se mais relevante, em face do princípio da tipicidade dos crimes.¹¹²⁶

Nada impede, porém, que o meio ambiente venha a ser diversamente conceituado em outro instrumento normativo, e nem por isso deixará de fazer parte do macroconceito de meio ambiente. Os riscos decorrentes da adoção de um conceito mal-elaborado ou demasiadamente restrito, não obstam a concretização dos conceitos jurídicos indeterminados, pois eles sempre podem ser aperfeiçoados. Em relação à Lei Ambiental (Lei nº 9.605/98), por exemplo, Luís Paulo Sirvinkas assinala que *“A Lei Ambiental trouxe avanços e retrocessos. Não se trata de uma lei perfeita e acabada. Trata-se, sim, do primeiro passo para a consolidação da legislação ambiental em um futuro próximo.”*¹¹²⁷

1.5. Conceitos jurídicos indeterminados e a não efetivação de direitos sociais

1.5.1. Considerações sobre as construções teórico-jurídicas que contribuem para a não efetivação dos direitos sociais: percalços da teoria geracional dos direitos humanos

A problemática da implementação dos direitos humanos de segunda geração originou-se simultaneamente com o seu nascimento. Entre os direitos humanos, os direitos sociais se apresentam como aqueles que mais têm suscitado controvérsias a respeito da sua eficácia e da sua efetividade. As teorias a respeito da dificuldade de efetivação dos direitos sociais sustentam que ela decorre da ineficiência desses direitos que estariam representadas pelos seguintes aspectos: a) a excessiva abstração das hipóteses normativas; b) a inerente ineficiência dos instrumentos destinados à sua proteção; c) a

¹¹²⁶Em relação aos conceitos jurídicos indeterminados no campo da tipicidade penal, Vicente Grego Filho, em aula proferida na Escola Superior do Ministério Público, apontou os mencionou entre as razões que considera justificar o estudo da tipicidade, que foram assim consideradas: a) a necessidade de explicitação do bem jurídico protegido dentro da estrutura típica da ordem jurídica globalmente considerada; b) evitar o emprego de conceitos abertos e indeterminados; c) a contenção da fúria legislativa de normas incriminadoras; d) a presença de uma má técnica legislativa que compromete a segurança jurídica; e) a má técnica legislativa que leva um desvirtuamento na apreciação da norma pelos tribunais, com a dispensa de exames de circunstâncias relevantes. (SIRVINKAS, Luís Paulo. op. cit., p. 27-28).

¹¹²⁷Id. Ibid., p. 23.

insuficiência de mecanismos jurídicos para a sua concretização d) a inexistência ou inoperância das políticas públicas e privadas de prestações positivas.

Historicamente, observa-se a colocação de verdadeiras barreiras jurídicas, de cunho político-ideológico, ao reconhecimento e à efetivação dos direitos sociais.

Nos primórdios de seu reconhecimento jurídico, os direitos sociais foram recebidos como direitos com baixa normatividade; situação em que, ou tinham a sua juridicidade contestada, isto é, contesta a sua natureza jurídica de verdadeiros direitos, ou tinha sua eficácia colocada em dúvida, em virtude de pressuporem prestações positivas para a sua realização.

Admitida a juridicidade dos direitos sociais, eles foram remetidos à esfera das denominadas normas programáticas, em face da não-aceitação, por determinados setores, de que eles pudessem ser concretizados por meio de instrumentos processuais de proteção, como ocorre com os direitos de liberdade. A tese da ineficácia imediata vem sendo amenizada com a inserção do preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais em diversos ordenamentos jurídicos, o que não impediu, porém, que os direitos sociais ainda sofram um período de crise de juridicidade e efetivação.¹¹²⁸

Esse estado de dúvidas e incertezas com relação à efetivação dos direitos sociais vem sendo alimentado por diversas doutrinas, teorias e construções jurídicas de cunho político-ideológico, mesmo após a consolidação do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos sociais.

Algumas dessas doutrinas, coincidentemente, redefiniram conceitos jurídicos após o surgimento dos direitos sociais. Por exemplo, até o advento dos direitos humanos de segunda dimensão, a concepção sempre de direito subjetivo sempre esteve vinculada à idéia de direito realizável ou exercitável, isto é, juridicamente exigível; essa concepção vem sendo ideologicamente reelaborada para retirar a exigibilidade como elemento do direito subjetivo. Assim, passou-se a admitir existência de direitos subjetivos

¹¹²⁸BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 564. Em nosso país, durante anos os direitos sociais estiveram condenados a participarem do ordenamento jurídico como pseudodireitos. Entre os diversos fatores que colaboraram para essa situação, além de todos já citados, contribuiu a classificação de José Afonso da Silva, efetuada em estudo de 1968, sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, e amplamente divulgada, das normas constitucionais em normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada, sendo as normas definidoras de direitos sociais incluídas entre essa última categoria de normas (eficácia limitada), que representa o conjunto de normas definidoras de princípio institutivo ou de princípio programática, dependentes de integração normativa para a sua efetividade.

que não dotadas de exigibilidade, entre os quais se encontrariam os direitos de igualdade e solidariedade, que seriam remetidos à situação de pseudodireitos.

Como destaca Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a evolução história da teoria dos direitos subjetivos demonstra que, nas sociedades modernas, foram-se concebendo formas aparentes de direitos subjetivos, com a criação de pseudodireitos, tudo com o intento da afirmação cripto-normativa da superioridade de determinados interesses em relação a outros. São construções que encontram justificativas em interpretações de natureza ideológica, cujo objetivo é a afirmação da validade dos sistemas normativos, evitando-se que determinadas esferas de interesses possam ser questionadas. Essa tentativa de criação de pseudodireito encontra ressonância em nosso ordenamento jurídico, v.g., a norma constitucional que garante o direito ao trabalho, mas que não é complementada por nenhuma norma que obrigue um terceiro a dar trabalho ao titular daquele direito.¹¹²⁹

Toda essa ideologia busca retirar dos direitos sociais a característica da tridimensionalidade do Direito (fato, valor e norma), relegando-os a um aspecto meramente bidimensional, pois, conquanto o elemento fático seja considerado no momento da elaboração da norma de direito social, esse mesmo substrato fático parece ser esquecido no instante da sua aplicação, como se os fatos que nortearam a elaboração da norma tivessem se esvaecido do mundo social. Há uma tentativa ideológica de conversão da tridimensionalidade, presente no momento da hipótese normativa, para uma bidimensionalidade, no instante da sua aplicação.

Muitas outras considerações poderiam ser realizadas em torno das construções políticas, jurídicas e ideológicas que contribuem para o fomento da concepção da não-exigibilidade dos direitos sociais; muitas dessas construções são efetuadas com nítido caráter ideológico; outras nascem da reprodução, inconsciente ou ingênua, por doutrinas progressivas de conceitos extraídos posições reacionárias; por fim, há doutrinas que, embora construídas com a eminente preocupação com a efetivação dos direitos humanos, foram, com o tempo, tornando-se prejudiciais a esses mesmos direitos.

No primeiro aspecto, das construções ideologicamente negativas para a efetivação dos direitos sociais, pode-se citar a histórica classificação dos direitos humanos em direitos negativos e positivos, que acabou por relegar os direitos sociais para um plano secundário em aos direitos de liberdade, e de inferioridade no quesito exigibilidade.

¹¹²⁹FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica...* p. 90.

A segunda hipótese, das doutrinas que, embora elaboradas com nítido caráter progressista, acabaram apenas por reproduzir entendimentos de setores reacionários, concedendo-lhes uma roupagem progressiva, ao inseri-las na teoria dos direitos humanos, merece menção a tese de que os direitos sociais constituem direitos dependentes de ações estatais positivas. Esse pensamento, ao transferir ao Estado a exclusividade pela efetivação dos direitos sociais, acaba por retirar a responsabilidade de toda a sociedade pela sua implementação, como se o Estado fosse o único ente capaz de dar guarida e esses direitos.

Por fim, no terceiro caso, de teorias elaboradas pela doutrina dos direitos humanos que, com o decurso do tempo, tornam-se ou tornaram-se prejudiciais a esses mesmos direitos, encontra-se a teoria geracional dos direitos humanos, cuja elaboração acarretou prejuízos irremediáveis decorrentes das noções de sucessividade e de estagnidade conferidas às gerações dos direitos humanos.

A teoria geracional dos direitos humanos, amplamente divulgada, além das impropriedades nela contidas, trouxe como efeito reverso, a visão diminuta de que somente os direitos humanos civis e políticos (direitos de liberdade) fossem considerados direitos humanos por excelência, isto é, os únicos direitos que possuem mecanismos institucionalizados e expressamente determinados a garantir a sua realização imediata; o que os diferenciaria das demais gerações, cujos direitos somente se realizariam de forma progressiva. Segundo esse entendimento, os direitos humanos econômicos, sociais e culturais seriam exigíveis somente por meio da definição de políticas públicas, jamais por meio de instrumentos legais e judiciais.¹¹³⁰

A teoria da geração dos direitos humanos, ao compartimentá-los, criou a idéia da existência de que alguns direitos, os de primeira geração, seriam mais importantes que outros, os de segunda e terceira gerações, de forma que, pelo significado histórico atribuídos aos direitos de liberdade, eles mereceriam mecanismos de proteção mais eficazes.¹¹³¹

Como apontamos no capítulo anterior, a teoria geracional dos direitos humanos vem sofrendo constantes e contundentes críticas por ter propiciado a formação de

¹¹³⁰LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. O caráter expansivo dos direitos humanos na afirmação de sua indivisibilidade e exigibilidade. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. *passim*.

¹¹³¹Id., loc. cit.

ideologias tendenciosas em matérias de direitos humanos, entre as quais se destaca a elaboração de teorias degenerativas dos direitos humanos sociais, econômicos e culturais e dos seus mecanismos de efetivação, o que contribui para a visão reduzida dos direitos humanos.

A teoria geracional artificializa a evolução histórica dos direitos humanos, primeiro por colocar os direitos de “segunda geração” numa posição de inferioridade em relação aos direitos de liberdade, considerados de primeira geração; segundo por invocar a idéia de sucessividade e entre as gerações de direitos humanos; terceiro, por desqualificar a exigência de determinados direitos em face de outros; quarto, por acarretar a falsa idéia da existência de direitos estanques ou compartimentados, contrária ao princípio da indivisibilidade dos direitos.

Atualmente, a doutrina vem preferindo a utilização da expressão “dimensões dos direitos humanos”, mais condizente com os princípios da indivisibilidade e da interdependência presentes nesses direitos.

Pelo princípio da indivisibilidade, todas as dimensões dos direitos humanos são postas num mesmo patamar de importância, atenuando-se as diferenças entre os direitos de primeira, segunda e terceira dimensão, quanto à normatividade e à exigibilidade. As dimensões dos direitos humanos estão presentes em todos os indivíduos; a plenitude da pessoa humana exige que todas as dimensões dos seus direitos sejam plenamente realizadas; não há liberdade sem igualdade, nem igualdade sem liberdade e, nenhuma delas sem solidariedade e vice-versa.

Os direitos humanos formam uma unidade inseparável, sem a qual a pessoa humana não pode ser compreendida em sua integralidade. A indivisibilidade dos direitos humanos nega a subdivisão desses direitos em direitos positivos e negativos. Por ela reconhece-se que todas as dimensões dos direitos humanos exigem tanto prestações negativas como positivas para a sua realização.

Sem negar a existência de diferenças entre os direitos humanos, inclusive em relação às peculiaridades dos mecanismos de exigibilidade de cada um, a indivisibilidade salienta a impossibilidade prática de se compartimentalizar os direitos

humanos, posto que a materialização de cada dimensão depende da efetivação das demais dimensões dos direitos humanos.¹¹³²

A classificação dos direitos fundamentais a partir da necessidade ou não de prestações positivas pelo Estado para a sua implementação, histórica e ideologicamente, confunde-se com a clássica divisão entre direitos de liberdade e direitos de igualdade. Nessa perspectiva, diferenciaram-se os direitos em positivos e negativos; os primeiros se caracterizariam por constituírem direitos subjetivos cuja efetivação independeria totalmente de uma atuação positiva do Estado, pressupondo uma postura negativa deste (*non facere*); os segundos dependeriam de prestações positivas do Estado (*facere*) para serem implementados. Atrelada a essa divisão, formou-se a concepção de direitos imediatamente exigíveis e direitos de implementação progressiva ou futura.¹¹³³

Essa divisão em direitos negativos e positivos vem sendo abandonada, para se reconhecer a positividade de todos os direitos fundamentais, pois todos os direitos públicos subjetivos demandam prestações positivas, sejam direitos de liberdade, igualdade ou fraternidade. Todos eles envolvem custos operacionais, inclusive os de primeira geração, que assim nada se diferem dos direitos de segunda geração.¹¹³⁴ A positividade de todas as dimensões dos direitos humanos é decorrência da sua própria indivisibilidade. Por serem indivisíveis, a necessidade de prestação positiva para a efetivação de um deles comunica-se a todos os demais.

A disposição dos direitos humanos em direitos positivos e negativos oculta uma ideologia de exclusão social, que se realiza de forma obscura na sociedade. A concepção dos direitos de liberdade como aqueles que exigem um *non facere* do Estado exclui do exercício desses direitos diversos setores sociais que não possuem as condições materiais necessárias para a sua realização, de forma que eles se acabam tornando privilégio de elites econômicas. O direito de locomoção, propagado como direito de liberdade, só pode ser exercido por determinados indivíduos se o Estado conceder as condições materiais necessárias, como o fornecimento de transporte coletivo, subsídios de

¹¹³²LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. op. cit., p. 658.

¹¹³³GALDINO, Flávio. op. cit., *passim*.

¹¹³⁴Flávio Galdino, na profunda análise que faz da obra desses autores, ressalta que a diferenciação entre direitos positivos e negativos vem historicamente sendo utilizada para se estabelecer graus de importância e exigibilidade entre os direitos sociais e os individuais, considerando que a negatividade destes últimos (entre outros motivos) os colocaria em posição de preferência em relação aos direitos sociais. Por isso, muitos autores já se mostram sensíveis à essa realidade, aceitando a positividade de todos os direitos fundamentais. (Id. *Ibid.*, p. 204).

tarifas etc. É um típico direito de liberdade que pressupõe a uma postura positiva do Estado.

Por outro lado, todo direito humano de segunda e terceira dimensões possui um viés negativo, à medida que a sua exigência exige a preservação do seu núcleo. Aliás, a eficácia negativa dos direitos sociais foi o primeiro efeito jurídico considerado pela doutrina das denominadas normas programáticas, ao reconhecerem que os direitos sociais reconhecidos por lei suscitavam uma postura negativa, consistente na não elaboração de legislação ou não realização de atos que fossem contrários ao valor consagrado na norma jurídica de direito social.

Dentro dessa da questão da necessidade de prestações positivas, colaborou para a involução da efetivação dos direitos humanos de segunda dimensão, a concepção do Estado como sujeito passivo desses direitos. Essa visão da dependência de atos estatais para a efetivação dos direitos sociais, criou uma espécie de imunidade da sociedade com relação à responsabilidade pela satisfação desses direitos, à medida que relegou essa responsabilidade somente ao Estado, retirando-a da esfera privada.

Essa visão estatista concedeu uma dimensão econômica aos direitos sociais, fazendo depender a sua implementação de meras operações financeiras, baseadas em critérios de custo e benefício. Além de diminuir a importância social da implementação dos direitos sociais, essa visão deixou-os suscetíveis às variações econômico-financeiras do capitalismo, colocando a sua efetivação totalmente dependente da capacidade econômica dos Estados e submissa aos modelos políticos por estes adotados. Por essa razão, os direitos sociais foram ignorados e desprestigiados pelos grandes Estados Modernos, de cunho liberal e capitalista; ganharam força com o advento do *Welfare State* – Estado Social ou de Bem-Estar Social –; e se enfraqueceram a decadência desse modelo de Estado, com as crises econômicas nacionais e internacionais, com o fenômeno da globalização, com a recrudescência das doutrinas neoliberais e com a perda de poder decisório por parte do Estado.

Embora a crise de efetividade dos direitos sociais, decorrente da sua superdimensionada ligação com a necessidade de ações estatais positivas, tenha se amenizado com a universalização do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos

fundamentais, presente em diversas cartas constitucionais, inclusive a brasileira¹¹³⁵, ainda se observa uma grande distância entre o vetor fornecido por este princípio e a criação das condições jurídico-sociais para a implementação dos direitos sociais.

Se é verdade que o Estado constitui o epicentro para a efetivação dos direitos humanos de segunda dimensão, não é menos verdade que nem todas as ações positivas para a implementação desses mesmos direitos são de atribuição exclusivamente estatal. Diversos direitos sociais são, podem e devem ser implementados diretamente pela sociedade, independentemente de uma ação material estatal direta, como os direitos sociais trabalhistas.

No entanto, torna-se crucial a percepção de que a exigibilidade imediata que caracteriza os direitos trabalhistas foi propiciada pela existência de uma política governamental destinada à sua garantia, entre a qual se insere a criação de uma legislação correspondente, dotada de instrumentos próprios e adequados a justicialidade desses direitos. Aludido fenômeno não é observado em outras áreas dos direitos humanos, o que, por diversas vezes, somente demonstra a intenção de se postergar a validade dos direitos humanos, econômicos, sociais e culturais para um futuro incerto, demarcando um descompromisso com a totalidade dos direitos humanos.¹¹³⁶

1.5.2. Conceitos jurídicos indeterminados e as normas de estatuição de direitos sociais

A par dessas ponderações e, de muitas outras que poderiam ser levantadas a respeito das construções teórico-jurídicas que impedem ou prejudicam a implementação dos direitos humanos e sociais, duas outras ordens de fatores, relacionadas com a positivação desses direitos, e essenciais para a compreensão da função operacional das normas coletivas, merecem ser consideradas: a excessiva abstração e imprecisão da hipótese normativa contida nas normas de direitos sociais e a indeterminação (imprecisão, ambigüidade e abstração) das normas de estatuição desses direitos, o que nos remete à problemática dos conceitos jurídicos indeterminados no plano dos direitos sociais.

¹¹³⁵BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 564.

¹¹³⁶LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. op. cit., p. 657.

Atrelada à questão da implementação material dos direitos sociais, a imprecisão dos enunciados desses direitos gera enormes óbices e dificuldades à sua concretização jurídica e à sua implementação no mundo dos fatos, demonstrando que a consagração positiva dos direitos sociais em documentos constitucionais ainda não foi capaz de superar os obstáculos que se opõem à sua efetivação.¹¹³⁷

O grau de abstração das normas instituidoras de direitos sociais faz com que eles transitem entre as duas categorias de normas, tal como considerado pela moderna Ciência Jurídica: os princípios e as regras. Tal circunstância suscita questões a respeito da normatividade e das limitações desses direitos. A abstração ao nível principiológico faz com que as normas definidoras de direito social não expressem de forma clara e precisa os efeitos que devem ser produzidos ou as condutas que se pode exigir para o seu cumprimento. Essa situação, diante do tradicional positivismo da ciência jurídica brasileira, enseja idéias em torno da limitação da eficácia jurídica dessas normas, reconhecendo-se, quando muito, eficácia interpretativa e eficácia negativa e, mais atualmente, a vedação ao retrocesso.¹¹³⁸

Como elucida Ana Paula Barcelos, embora essa dupla eficácia (interpretativa e negativa) e a vedação do retrocesso representem um considerável avanço para a construção da normatividade dos princípios (a que acrescentamos as normas com alto grau de abstração), elas somente atuam como mecanismos que impedem a prática de ações violadoras ao espírito da norma, as denominadas ações comissivas, deixando escapar os atos omissivos, cujos prejuízos são altíssimos para os direitos sociais que pressupõem atos comissivos para a sua realização, como os direitos sociais.¹¹³⁹

O alto grau de abstração das normas de direitos sociais, decorrente do excessivo emprego de conceitos jurídicos indeterminados, inclusive nas normas de estatuição desses direitos, leva à necessária análise da ideologia que assim faz expressar os direitos sociais.

Se é inegável que a complexidade das relações sociais força o legislador a recorrer cada vez mais à utilização de conceitos jurídicos indeterminados, não é menos real a presença de uma ideologia que vê na utilização desses conceitos vagos e imprecisos uma

¹¹³⁷BARCELLOS, Ana Paula. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). op. cit., p. 16.

¹¹³⁸Id. Ibid., p. 17-19.

¹¹³⁹Id. Ibid., p. 22-23.

válvula de escape para a não regulamentação de interesses relevantes da sociedade, principalmente aqueles que se referem a determinados grupos menos favorecidos, localizados nos setores mais precários desta mesma sociedade. Por detrás de uma pseudolegislação, conformada por uma série de conceitos indeterminados, esconde-se uma das mais eficazes vias de exclusão social.

Atualmente, abalizada corrente jurídica considera, inclusive, que a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, muitas vezes, reflete uma verdadeira renúncia de regulamentação do caso concreto.¹¹⁴⁰

À incerteza do conceito indeterminado alia-se a incerteza da intenção com que ele foi empregado, que, não raramente, demonstra a adoção de um procedimento de anominação pelo legislador, que torna o conceito inaplicável até para situações que originariamente estariam nele compreendidas. Trata-se de mais um desdobramento da histórica e constante tentativa de determinadas ideologias de transformar os direitos humanos de segunda geração em pseudodireitos.

O mecanismo de utilização de conceitos jurídicos indeterminados como meio de se negar aplicabilidade aos direitos sociais é confirmado pela própria evolução histórica dos direitos humanos, comumente traçada pela doutrina, que demonstra que os direitos de primeira geração, as denominadas liberdades, originalmente vinculadas a grupos dominantes ou elites sociais, sempre foram marcadas por um alto grau de precisão normativa. Assim se conformou o direito tributário, desde o advento da *Magna Carta Libertatum seu Concordiam*, firmada em 1215, na Inglaterra, pelo Rei João Sem-Terra perante os barões e o alto clero, e o direito penal, historicamente ligado à Lei do *Habeas Corpus* inglesa de 1679¹¹⁴¹; sendo ambos regidos pelo princípio da tipicidade até os dias atuais.

Nesse contexto, não deve causar espécie que os ramos do ordenamento jurídico que se lastreiam no princípio da tipicidade olvidam-se de observar esse princípio justamente quando a norma jurídica tem como finalidade a proteção de grupos socialmente

¹¹⁴⁰SOUSA, António Francisco. op. cit., p. 18.

¹¹⁴¹Sobre o surgimento do *Habeas Corpus*, Paulo Lúcio Nogueira assinala que o instituto nasceu na Inglaterra, com o Rei João Sem Terra, pois "Os barões feudais, ameaçados nos seus direitos, compeliram o Rei João a assinar a Carta Magna, que lhes concedia garantias individuais, ficando estabelecido que ninguém poderia sofrer prisão injusta e que as pessoas livres só seriam julgadas por seus pares. Surgiram então o *habeas corpus* e o *júri popular*." (NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Instrumentos de tutela e direitos constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 1).

vulneráveis. À guisa de ilustração, citamos a norma do artigo 215 do Código Penal Brasileiro, onde está capitulado o crime de “posse sexual mediante fraude”, *ipsis verbis*: “*Ter conjunção carnal com mulher honesta...*”; o emprego do conceito jurídico indeterminado “mulher honesta” foi, historicamente, utilizado para aviltar a dignidade das mulheres que, quando vítimas de tal ato criminoso, eram submetidas às mais diversas injúrias e difamações da sua honra e pessoa, tanto pelos acusados, que para furiarem-se, à aplicação da pena, investiam contra a dignidade da vítima (mulher) para demonstrar que ela não se enquadrava no conceito, como também pelos próprios responsáveis pela aplicação da norma, que passaram a exigir da suposta vítima uma retidão de conduta incompatível com qualquer parâmetro social.¹¹⁴²

Essa mesma preocupação com a univocidade dos conceitos como forma de proteção contra o arbítrio apareceu no pensamento iluminista com relação à atividade judicial, a partir da desconfiança que havia se formado sobre a liberdade dos juizes, no período da denominada justiça de arbítrio ou gabinete – isto é, a justiça que não se acomodava às instruções dos senhores da terra, dando origem às concepções racionalistas limitadoras da flexibilidade interpretativa judicial e tornando postulado central da atividade judicial a vinculação do juiz à lei, juiz escravo da lei.¹¹⁴³

O postulado da vinculação do juiz à lei começou a ruir a partir da constatação da impossibilidade de se normatizar todas as situações possíveis e à medida que os tribunais se libertavam do poder dos senhores da terra, passando a se firmar como verdadeiras autoridades jurisdicionais autônomas e independentes, não absolutamente vinculadas aos textos legais, ou restritas à aplicação da lei, mas que dispunham de uma liberdade de decisão, totalmente necessária diante da pluralidade da vida e da sua imprevisibilidade.¹¹⁴⁴

O paradoxo está em que a flexibilidade do conteúdo da norma, posteriormente tomada no sentido positivo, como pressuposto para a realização equitativa

¹¹⁴²Esse mesmo conceito jurídico indeterminado (mulher honesta) é utilizado no artigo 216 do Código Penal, ao prever o crime de “atentado ao pudor mediante fraude”. Em geral, os crimes praticados contra a mulher são evitados de conceitos jurídicos indeterminados, cuja única função é exatamente impedir a sua aplicação. O artigo 217, ao tratar do crime de sedução, emprega os conceitos jurídicos indeterminados “inexperiência” e “justificável confiança”. “Art. 217. Seduzir mulher virgem, menor de 18 (anos) e maior de 14 (quatorze), e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança.” Os exemplos são fartos: “Art. 219. Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso”;

¹¹⁴³ENGISCH, Karl. op. cit., p. 206.

¹¹⁴⁴Id. Ibid., p. 206-207.

dos direitos, transformou-se em instrumento de inoperância dos direitos sociais, demonstrando que a questão não está na flexibilidade do conteúdo da norma, mas no grau em que esta ocorre.

A temática da operacionalização dos direitos sociais, ao exigir um grau de objetivação da norma jurídica, não se confunde com o ideal iluminista que se assentava na idéia da possibilidade do estabelecimento de uma clareza e segurança jurídicas absolutas por meio de normas rigorosamente elaboradas, que garantiriam univocidade a todas as decisões judiciais e aos administrativos.¹¹⁴⁵

A norma e o sistema jurídico, à medida que albergam diversos valores sociais fundamentais, figuram somente como ponto de partida para o estudo da operacionalização dos interesses transindividuais, cuja pragmática exige a consideração de questões éticas, políticas e sociológicas, em nada se confundindo com o aspecto reducionista da jurisprudência dos conceitos.

A operacionalização pressupõe uma maior abertura do sistema jurídico para as possibilidades de escolhas. Como acentua Herbert L. A. Hart, "*Sistemas jurídicos diferentes, ou o mesmo sistema em momentos diferentes podem, quer ignorar, quer reconhecer mais ou menos explicitamente tal necessidade de ulterior exercício de escolha na aplicação de regras gerais a casos particulares.*"¹¹⁴⁶ Trata-se de um processo de objetivação, e não de subsunção dos fatos à norma jurídica. A preocupação maior é com a adequação do valor normativo com as necessidades, não com a segurança jurídica.

A concepção iluminista do direito como um sistema normativo estava ligada às necessidades de segurança e certeza da sociedade burguesa, acarretando a preocupação de determinados setores sociais com a independência dos juízes e com a liberdade das suas decisões. A exigência dessa sistematização foi imposta aos juristas pela forma da obrigatoriedade de valorização excessiva dos preceitos legais nos julgamentos dos fatos vitais (decisivos), concedendo-se à tarefa do jurista uma função tipicamente dogmática, circunscrita à teorização e à sistematização da experiência jurídica. Essa ideologia culminou, no final do século XIX, no positivismo legal, na tese da estatalidade do direito, no desenvolvimento da Ciência Dogmática e na concepção do sistema jurídico como um sistema fechado e completo, no qual o direito se manifesta numa totalidade, que

¹¹⁴⁵BOCKELMANN, Paul. *Apud* ENGISCH, Karl. op. cit., p. 206.

¹¹⁴⁶HART, Herbert L. A. op. cit., p. 142.

se expressa por meio de um sistema de conceitos e proposições jurídicas e intimamente conexas.¹¹⁴⁷

A partir da idéia de sistema como método (ligada ao denominado procedimento construtivo e ao dogma da subsunção), o sistema jurídico passou ser estruturado de um modo normativo e referencial, no qual as normas jurídicas são remetidas a um princípio ou a um reduzido número de princípios, e deles deduzida, por meio da utilização de um método silogístico. A dogmática do século XIX, em termos de função social, atribuiu aos conceitos um caráter abstrato que permitiu sua emancipação das necessidades quotidianas dos interesses em jogo, tornando possível a neutralização dos interesses concretos presentes na formação do próprio direito.¹¹⁴⁸

A dogmática do século XIX passou a não mais se vincular a nenhum direito sagrado, ou a algum conteúdo teologicamente fundado, mas somente a normas abstratas, sobre as quais se põem facilmente novas abstrações. Esta abstração se manifestou duplamente: a própria sociedade passou a ser concebida, de modo abstrato, ao lado das normas, dos conceitos e das regras, o que permitia a sua manipulação autônoma, à medida que o sistema jurídico era considerado distinto de outros sistemas como o político, o religioso e o social; o direito distanciou-se progressivamente da realidade, tornando-se abstração de abstração.¹¹⁴⁹

Para esse processo foi decisiva a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, pelos quais a norma era dissociada da sociedade; procedimento que se consolidou no mundo jurídico, sendo o emprego de conceitos jurídicos indeterminados observado em todos os ordenamentos jurídicos. O processo de abstração passou a ser concebido como um modo de dissociar-se a norma jurídica da realidade social e veículo de manutenção do dogma da completude e da auto-suficiência do ordenamento jurídico. Como expõe Pietro Barcelona, "*O grau de autonomia da norma é diretamente proporcional ao grau de abstração e generalidade (da descrição) dos pressupostos subjetivos e objetivos que condicionam a operatividade do preceito.*"¹¹⁵⁰ As regras gerais e os padrões de comportamento são o principal instrumento de controle social, e não as normas particularizadas, por isso o direito, para garantir a sua subsistência deve,

¹¹⁴⁷FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito...* p. 80.

¹¹⁴⁸Id. *Ibid.*, p. 81.

¹¹⁴⁹Id., *loc. cit.*

¹¹⁵⁰BARCELONA, Pietro. *op. cit.*, p. 41.

predominantemente, referir-se a categoria de pessoas e a categoria de atos, coisas e circunstâncias.”¹¹⁵¹

A dificuldade em relação aos direitos sociais reside na constatação de que o emprego de conceitos jurídicos indeterminados está presente nos três principais aspectos relacionados com as normas que os disciplinam. Eles figuram tanto na hipótese normativa (no conteúdo da norma), quanto na sua forma de estatuição e na sua hermenêutica, concedendo um caráter de código fraco à norma de direito social.

Isaac Epstein, na sua análise da gramática do poder, realizada no trabalho intitulado “*Modos de comunicação das classes subalternas: subsídios para uma gramática do poder*”, com fulcro no trabalho de Max Weber, demonstra que um “código forte” é dotado de rigor denotativo e conotativo, presenciando-se a preocupação em dar um sentido unívoco à prescrição, estreitando o espaço de manobra do destinatário e dele exigindo um comportamento estrito. Um código fraco, por sua vez, é dotado da flexibilidade de sentidos.¹¹⁵² O legislador utiliza ambos os tipos de código, dependendo da situação existencial das exigências de imperatividade global do sistema, a serviço do poder de violência simbólica.¹¹⁵³

É paradoxal que a declaração de determinados direitos sociais, com a sua garantia jurídico-formal, reverta-se em uma fórmula funcional de neutralização jurídica da sua efetivação, tanto na esfera das relações com o Estado quanto no plano das relações privadas. Considerando-se que os direitos sociais se consolidam por meio de atos positivos, a indeterminação da forma da estatuição ou ausência de normas estatuidoras de direitos sociais talvez seja o aspecto mais prejudicial para a consolidação desses direitos que a própria abstração na hipótese normativa, cujo grau de abstração poder ser atenuado exatamente por meio da elaboração de normas de estatuição. Estatuir é escolher entre os diversos caminhos alternativos e possíveis para a efetivação de determinado direito.

A operacionalização dos direitos humanos depende, em largo grau, da elaboração de normas de estatuição, e da eliminação das denominadas antinomias teleológicas. Como assinala Cristiane Derani, o sistema jurídico brasileiro apresenta-se

¹¹⁵¹HART, Herbert L. op. cit., p. 137.

¹¹⁵²EPSTEIN, Isaac. *Modos de comunicação das classes subalternas: subsídios para uma gramática do poder*. In: *Comunicação e classes subalternas*. São Paulo, 1980, p. 19. *Apud* FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito...* p. 257-258.

¹¹⁵³FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito...* p. 258.

predominantemente teleológico; isto significa que, de uma forma geral, suas normas podem ser submetidas a processos de ponderação, o que lhes retira o seu caráter definitivo e prioriza a realização de determinados objetivos.¹¹⁵⁴

Com a edição de regras gerais, a teoria jurídica do formalismo ou conceptualismo intenta, para conseguir uma relativa medida de certeza ou previsibilidade, minimizar ou ocultar a necessidade de escolha, desconsiderando, de forma cega e preconceituada, o estado de ignorância em que estamos em relação a uma série de casos futuros, cuja questões suscitadas só poderão ser razoavelmente resolvidas quando surgirem ou forem identificadas.¹¹⁵⁵

A utilização de regras gerais não raramente geram incertezas nos casos concretos quanto às formas de comportamento exigidos por elas.¹¹⁵⁶ Em um sistema predominantemente teleológico a eficácia das normas jurídicas dependerá fundamentalmente da eliminação das denominadas antinomias teleológicas, presente na oposição que se verifica entre a norma que prescreve o meio para alcançar o fim e a que prescreve o fim, de forma que a aplicação da norma instrumental não conduza à inaptidão para o alcance do fim e vice-versa. Essa incongruência é constatada tanto pela insuficiência do meio eleito quanto pela própria falta da norma (lacuna).¹¹⁵⁷

A implementação dos direitos sociais, no âmbito da relação com o Estado ou no plano das relações privadas, é proporcionada pela elaboração das normas de estatuição, as quais constituem importantes vias de concretização dos direitos sociais e de garantia da exigibilidade. Por meio das normas de estatuição são retirados os óbices decorrentes da excessiva abstração, vagueza e imprecisão dos enunciados desses direitos. Elas operacionalizam normas de direitos humanos. Por meio delas, são definidos de modo claro e preciso os efeitos que devem ser produzidos e as condutas que se pode exigir para o seu cumprimento. Elas preenchem a normatividade das normas de direito social, dotando-os de alto grau de exigibilidade.

A implementação de diversos direitos humanos, além das prestações materiais positivas, pressupõem a estipulação de regras de estatuição como forma de garantir a sua exigibilidade, principalmente nas relações privadas, pois muitos direitos

¹¹⁵⁴DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max-Limonad, 2001. p. 208.

¹¹⁵⁵HART, Herbet L. A. op. cit., p. 142.

¹¹⁵⁶Id. Ibid., p. 139.

¹¹⁵⁷BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico...* p. 91.

humanos, embora não pressuponham necessariamente ações materiais positivas, perdem exigibilidade diante da indefinição em torno das ações necessárias para a sua efetivação.

A estipulação das normas de estatuição dos direitos humanos não fica totalmente dependente da vontade estatal. Embora a legislação estatal possua condições de implementar esses direitos em esferas sociais mais amplas, a autonomia privada coletiva dos grupos sociais possibilita que essas normas sejam elaboradas em diversos setores específicos da sociedade, como nas relações de trabalho, com os acordos e as convenções coletivas de trabalho e a possibilidade estipulação de cláusulas operacionais instrumentais.

2. Função operacional instrumental das normas coletivas

2.1. Conceito e objetivos

Como exposto em linhas anteriores, são denominadas de operacionais instrumentais as cláusulas dos acordos e convenções coletivas que objetivam hipóteses normativas ou valores sociais e concretizam o procedimento a ser observado pelos sujeitos das relações individuais de trabalho para a efetivação de determinado direito previsto em lei, mas que não possui eficácia material, ou esta se apresenta insatisfatória, em virtude da ausência de regulamentação a respeito de aspectos complementares que possibilitariam, de imediato, o seu cumprimento, ou por constituírem conceitos jurídicos indeterminados (fluido, dúbio, genérico ou extremamente abstrato), de modo a não se tornar eficaz em virtude da miríade de especificidades da realidade, cuja complexidade exige uma precisão do conteúdo da norma e das condutas a ser observadas para o seu alcance.

As cláusulas operacionais instrumentais constituem um *tertium genus* entre as clássicas cláusulas normativas e as cláusulas obrigacionais; sua função precípua é a instrumentalização de valores sociais ou de direitos que, embora previstos em lei, necessitam de uma objetivação normativa especificadora para sua efetivação. Elas operam por um processo de objetivação de valores normativos ou pela normatização de valores sociais.