

ORDEM PÚBLICA E OS PAPÉIS DA JUSTIÇA DO TRABALHO E MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Gisele Santos Fernandes Góes*

A ordem pública representa uma realidade histórico-cultural, traduz valores que exprimem o homem como produto de experiências humanas. Os valores são formados no campo da cultura e da história, padecendo de uma constante mutação num ciclo de complementaridade entre ser (fatos) e dever-ser (valores)¹.

Como o direito provém das relações humanas que se condensam em relações jurídicas, tem-se a construção do sistema em prol da unidade exteriorizada no binômio valor e direito. E, como resultante, o valor ordem pública existe para essa unidade.

A *ratio* da ordem pública foi convencionada pelo Estado em determinadas normas, como um imperativo dogmático, como necessidade para o funcionamento do sistema jurídico².

Tornar vivo o valor ordem pública gera uma autocircularidade positiva, no rumo de que devem ser pesquisados outros valores, dentro do contexto histórico-cultural, além de perseguir os princípios jurídicos, pois o “princípio nada mais é do que a materialização do valor. Corporifica-se o nível deontológico pelo axiológico”³.

O juiz de um sistema fundado na ordem pública possui liberdade, níveis de discricionariedade vinculados ao padrão da legalidade, como, à guisa de

* Pós-doutoranda pela Universidade de Lisboa; doutora pela PUC-SP; mestre pela UFPA; especialista; procuradora do trabalho da 8ª Região; professora de Direito Processual Civil da UFPA; membro do IBDP e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

- 1 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 204-207; *Teoria tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. cap. 5 e 6; e *Nova fase do Direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 43-45.
- 2 SCHNAID, David. P. *Filosofia do Direito e interpretação*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 61-65.
- 3 GÓES, Gisele Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

ilustração, o magistrado deve tomar posturas perante as zonas de penumbra ou zonas de incerteza dos termos jurídicos indeterminados.⁴

O valor ordem pública serve para ampliar os horizontes do ordenamento jurídico, atualizando sempre a norma jurídica, para todos os operadores do direito, especialmente, em comento, os magistrados e membros do Ministério Público, localizando-os no compasso das modificações históricas.

A ordem pública não é mais somente aspecto do direito público como pensavam os romanos, por meio da máxima *privatorum conventio iure publico non derogat* ou como sinônimo da vontade do legislador, sendo apenas o que ele diz ou sendo mero casuismo empregado de conformidade com o ramo do direito, instituições jurídicas envolvidas etc.

Hodiernamente ela é uma simbiose da organização social⁵ associada ao interesse geral⁶. O interesse geral decorre da sociedade, sendo materialização da vontade da coletividade⁷. Só se pode imaginar uma sociedade democrática, cujo caminho da ordem pública esteja assentado num mínimo organizacional com gerenciamentos internos e externos (*outputs e inputs*) de interesses gerais, como os da coletividade de modo geral.

E, nessa análise, inevitavelmente, os atores sociais sensíveis aos interesses gerais da sociedade são as instituições que recebem a maior carga valorativa de questionamentos em busca da coletividade – ou seja – o Ministério Público e o Poder Judiciário, focalizando-se no trabalhista, vez que é o propósito da articulação das reflexões.

1 – ORDEM PÚBLICA COMO RAZÃO PÚBLICA

A palavra razão é a capacidade da sociedade em dispor as suas prioridades políticas, e é fundamental que sejam públicas, para se caracterizar a convivência com o regime democrático e, desse modo, a ordem pública se expressa como razão pública.

Existem duas visões sobre a razão pública, uma de consistência substancialista e outra que é procedimentalista.

4 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 6. ed. Madrid: Civitas, 1993. t. 1. p. 440-462.

5 Visão organizacional nasceu no Estado Liberal, um Estado mínimo, porém, erigido sobre o padrão da Legalidade das instituições político-jurídicas.

6 Interesse geral é o sustentáculo do Estado Social ou Intervencionista (Estado máximo), com supremacia dos direitos sociais, em que se multiplicam as normas programáticas.

7 DALLOZ, Précis. *Droit Civil*: introduction générale. 3. ed. Paris: Dalloz, 1973. p. 123.

A substancialista é perfeitamente configurada em John Rawls, na visão da teoria da justiça (*fair agreement*) como equidade, igualdade, estabelecendo-se um regime democrático cuja tônica é a igualdade de oportunidades para todos.

A contextualização histórica que Rawls atravessou foi uma época de várias reivindicações populares na década de sessenta e acirradas na de setenta nos Estados Unidos com os movimentos de cidadania dos negros, índios, homossexuais, mulheres etc.

A corrente procedimentalista é a da teoria da ação comunicativa, do discurso racional, moldando-se como um lúcido representante dessa Jürgen Habermas, para quem a linguagem no seio da sociedade democrática advém dos cidadãos.

Em Habermas, tem-se uma esfera pública complexa, pois seu fluxo comunicacional se divide em três: esfera pública *episódica* (bares, cafês, encontro na rua), esfera pública da *presença organizada* (encontros de pais, público que frequenta o teatro, concertos de *rock*, reuniões de partidos ou congressos de igrejas) e esfera pública *abstrata*, produzida pela mídia (leitores, ouvintes e espectadores singulares e espalhados globalmente).

A sociedade civil é a pura expressão do processo comunicacional. O Estado de Direito só se completa como tal, quando se tem a prática pública da discussão, via uso público da razão e nisso acarretaria a normatividade do direito positivo e o resgate da sua legitimidade, via racionalidade comunicativa.

O que se tenciona é o cruzamento para a temática da ordem pública das visões de mundo substancialista e procedimentalista, em virtude de que Rawls foca na equidade como sustentáculo para a justiça, enquanto que Habermas vai além, erigindo um discurso racional na teoria da ação comunicativa, sendo que os dois deságuam para a razão pública na sociedade civil.

Como afirma Rouanet, com toda propriedade, “uma teoria que, do ponto de vista macroestrutural, seria rawlsiana, sendo, no plano microestrutural, habermasiana”⁸.

8 ROUANET, Luiz Paulo. *A complementaridade entre Rawls e Habermas na etapa da deliberação*. Disponível em: <<https://www.geocities.yahoo.com.br/eticaejustica/textos.html>>. Acesso em: 07 abr. 2005.

2 – A ORDEM PÚBLICA NO DIREITO DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO

Se o Judiciário Trabalhista e Ministério Público do Trabalho são os operadores do Direito destacados, em função da razão pública como ordem pública, traduzindo-se em interesses gerais da sociedade, como deve portar-se um membro da entidade ministerial e um magistrado para a consecução desses objetivos?

A conduta do Ministério Público, seja judicialmente, seja extrajudicialmente, deve ser pautada na materialização desse valor ordem pública. E o Judiciário Trabalhista, acima de tudo, no momento da motivação, constrói a razão pública, como ordem pública.

Por conseguinte, a ordem pública é muito cristalina e se esboça como *ratio* da sociedade, quando os membros do Ministério Público e Magistrados trabalhistas alcançam verdadeiramente a função do discurso jurídico, ou seja, numa perspectiva dialógica, numa perene interpretação, para se aplicar o direito da melhor forma ao encontro dos anseios da sociedade no momento decisório de escolha entre as múltiplas possibilidades.

Nessa vertente, Judiciário Trabalhista e Ministério Público devem estar sempre guiados pelo trinômio inseparável entre valor, princípios e argumentação jurídica.

O discurso jurídico, seja num Inquérito Civil Público, Termo de Ajustamento de Conduta, seja no processo já judicializado, constitui uma variante do discurso prático e a simetria de uma racionalidade funcionalista, sem perder de vista a Justiça como integridade e equidade.

Observa-se, assim, que o discurso jurídico, judicial ou extrajudicial, precisa estar vinculado, tanto à teoria procedimental⁹ quanto substancialista¹⁰.

O procedimento na regra é um instrumento de concreção do valor segurança e que sedimenta os princípios.

O tripé entre valor, princípios e argumentação jurídica se sintetiza em algumas premissas:

a) a ordem pública é um valor inserido no sistema constitucional por princípios;

9 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 178 *et seq.*

10 DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard, 1978.

b) os princípios constitucionais são vinculantes a todos os operadores do direito, na seara administrativa e judicial;

c) na argumentação principiológica há duas balizas que devem ser os núcleos de qualquer interpretação, quais sejam: a razoabilidade e proporcionalidade;

d) a forma típica é uma demonstração de segurança, mas, pela efetividade, não se pode subsumir-se a ela;

e) o sopesamento é atitude fundamental na aplicação dos princípios, enquanto que nas regras, em conflito, a conduta é de exclusão; e

f) o processo administrativo ou judicial deve adotar o formalismo valorativo, no sentido de que a conduta antiformalista é para o “elo entre o direito processual e o direito substancial”¹¹, “alinhando-se o processo aos valores da justiça, paz social, segurança e efetividade”, assim devem agir os atores sociais¹².

Podem-se sintetizar os caracteres da ordem pública:

a) substância ética singular, complexa e hierarquizada – são os valores que devem ser a exteriorização do pensamento da coletividade e instituem o substrato ético da sociedade e como é fatal a pluralidade, as prioridades são dimensionadas e hierarquizadas na esfera constitucional e infraconstitucional;

b) onipresença conceitual – o conceito de ordem pública é universal e presente em todas as Nações, com a contextualização histórica daquele momento da sociedade;

c) relatividade espacial, dinamismo e transcendência – a ordem pública é variável, dinâmica, dependendo das circunstâncias, irá mudar para se ajustar ao que seja o ideal da “maioria”. Logicamente que se torna transcendente, dado que o legislador deve atentar apenas e tão somente para a existência de uma ordem pública mínima a ser consagrada em dispositivos legais, visto que o intérprete terá um campo de mobilidade para agir em respeito até a contemporaneidade dela, dignificando e atualizando o direito, para que o texto da norma entre em compasso com o contexto da realidade.

d) versatilidade instrumental – essa característica transborda a própria aplicação da argumentação jurídica, via razoabilidade e proporcionalidade na compreensão dos princípios. Afora isso, a forma é necessária, contudo não se

11 OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 65.

12 *Id. Ibid*, p. 224.

deve pensar num formalismo oco, e sim valorativo, conjugando-se direito e processo, estando o procedimento a serviço do direito material e não o inverso¹³.

O magistrado trabalhista e membro do Ministério público, ao fazerem incidir as premissas e configurações da ordem pública, tornam-se veículos de legitimidade política e social.

2.1 – QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA NO DIREITO DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO

A ordem pública paira no sistema constitucional brasileiro e se enraíza na legislação infraconstitucional em diversos institutos jurídicos.

Logo, quando se reporta à nomenclatura “questões”, o ponto central é a avaliação no âmbito da cognição judicial.

Como se pode definir essa cognição? Toma-se o magistério de Kazuo Watanabe, para quem “a cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo”¹⁴.

Nessa esteira, desdobra-se a cognição com a teoria dos direitos fundamentais, na plena convicção do acerto da asserção de Alexandre Freitas Câmara, no sentido de que “a cognição é elemento essencial para a adequação do processo às necessidades do direito material”¹⁵ e por isso, como elemento de tutela jurisdicional adequada, nos moldes de um devido processo proporcional.

O que é que se conhece? A questão. Todavia, o que é uma questão? Francesco Carnelutti assevera que “quando uma afirmação compreendida na razão (da pretensão ou da discussão) possa engendrar dúvidas e, portanto, tenha de ser verificada, converte-se numa questão. A questão pode-se definir, pois, como um *ponto duvidoso*, de fato ou de direito, e sua noção é correlativa da afirmação”¹⁶.

13 GARMENDIA ARIGÓN, Mario. *Ordem pública e Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p. 30-56.

14 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas e Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999. p. 58-59.

15 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 269, v.1.

16 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. São Paulo: ClassicBook, 2000. p. 39, v.2.

Dessa maneira, quais seriam as questões, pontos duvidosos, no direito do trabalho e processo do trabalho que se subordinam ao trabalho de cognição pelos operadores do Direito?

Vivencia-se um texto normativo, cada dia mais lacunoso, vago e impreciso, explica-se. Pela velocidade dos fatos, o legislador jamais consegue incluir todas as hipóteses de incidência e futuros fatos geradores na codificação.

Então, como lidar com o problema da desatualização? Percorrer a estrada sem volta das cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade tipificada no círculo da legalidade.

Partilhando a trilogia mencionada, é fácil contemplar-se a ordem pública e emergem a argumentação e postulados da razoabilidade e proporcionalidade.

No campo da tutela individual do trabalho, são lúcidos os exemplos de questões de ordem pública na quantificação do dano moral; na aplicação da justa causa; nos casos de nulidade da contratação e de nulidades de modo geral.

Nas matérias de repercussão da tutela coletiva, é imprescindível ressaltar o assédio moral e processual; as situações de discriminação; o dano moral coletivo; fixação das astreintes e medidas coercitivas; análise de cláusulas de instrumento coletivo, tais como as de redução do intervalo interjornada de 11h, as quais todas demandam uma lógica do razoável, a tríade da proporcionalidade (necessidade – adequação – lei do custo e benefício) no eixo argumentativo, que vai desaguar numa motivação, preceituando o rol de justificativas, sem esquecer o dever de civilidade¹⁷.

Invocar o dever de civilidade é finalizar que o Poder Judiciário e Ministério Público devem seguir a *ratio* da ordem pública, compreendendo a estrutura geral do Estado e do processo político, a regra da maioria e os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, porque só assim atingirá o interesse geral da sociedade. As respostas a questões medulares devem ser razoáveis e proporcionais, levando em consideração o contexto da Nação brasileira.

CONCLUSÕES

O que se pretendeu deixar irrefutável é o fato de que os operadores do Direito, em particular o Ministério Público e a Magistratura Trabalhista, devem, estar cientes da responsabilidade para com os seus papéis de materialização das razões públicas eleitas dentro da ordem pública pátria.

17 O dever de civilidade é sempre exaltado em RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 265-276.

O órgão ministerial do trabalho, extrajudicialmente, quando enfrenta uma situação de trabalho infantil, ou ausência de aprendizagem numa empresa, ou se depara com a necessidade de retirar um trabalhador numa circunstância de trabalho degradante, ou forçado ou apura um tratamento desigual em função de raça, cor, sexo, ou de empresas que praticam a precarização da terceirização, ou de estágios desvirtuados, ou meio ambiente do trabalho de risco, sem ser saudável, seja em terra ou no porto, ou pesca, deve ter em mente que sua atuação é do “problema ao sistema”, jamais deixando de verificar que construirá um dado do sistema que manifesta a ordem pública brasileira como um todo.

No mesmo direcionamento, o Judiciário Trabalhista, ao desenvolver qualquer demanda, no *iter* probatório, seja de uma simples reclamatória de dispensa sem justa causa, às mais complexas de justa causa, ou de disputa intersindical, ou de dano moral, ou de trabalho escravo, ou relativas ao meio ambiente nos frigoríficos, carvoarias, indústrias, ou de pesca ou área portuária etc., é um agente de contribuição para a ordem pública nacional, fazendo o par problema – sistema viável e de mão dupla.

Nos tempos atuais, o Judiciário e Ministério Público, quando lidam com a concreção de políticas públicas, devem estar afinados nas linhas de pensamento tópico¹⁸ (do problema para o sistema) e sistemático¹⁹ (do sistema para o problema), como síntese da ordem pública brasileira.

A interpenetração é inquestionável, visto que a diversidade, pluralidade, pacto federativo e organização das instituições, tanto ministerial quanto judiciais, são singulares, ou seja, são vivenciadas no Brasil situações peculiares e que postulam soluções diferenciadas.

O que se deseja é alertar para a importância das funções desde o Procurador ou Magistrado trabalhista no primeiro degrau da sua carreira até o Subprocurador ou Ministro do Tribunal Superior do Trabalho que são os agentes públicos que unificam e uniformizam as teses, para a formação do sistema que nasceu do problema...

Eis as atribuições e reflexões no cenário da ordem pública, devendo todos estar cientes dos papéis assumidos, contribuindo para uma sociedade brasileira mais justa.

18 O “pai” do pensamento tópico é Theodor Viehweg, para quem o problema busca uma única resposta como solução. As séries de deduções realizadas sobre o problema estão inseridas no sistema. *Tópica y jurisprudencia*. Trad. Luis Díez-Picazo Ponce de León. 1ª reimpr. Madrid: Taurus, 1986. p. 53 e ss.

19 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1996. p. 277.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CANARIS, Claus-Whilelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1996.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. São Paulo: ClassicBook, 2000. v. 2
- DALLOZ, Précis. *Droit Civil: introduction générale*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1973.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard, 1978.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 6. ed. Madrid: Civitas, 1993. t. 1.
- GARMENDIA ARIGÓN, Mario. *Ordem pública e Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.
- GÓES, Gisele Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- _____. *Nova fase do Direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. *Teoria tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ROUANET, Luiz Paulo. *A complementaridade entre Rawls e Habermas na etapa da deliberação*. Disponível em: <<https://www.geocities.yahoo.com.br/eticaejustica/textos.html>> Acesso em: 07 abr. 2005.
- SCHNAID, David. P. *Filosofia do Direito e interpretação*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Trad. Luis Díez-Picazo Ponce de León. 1ª reimp. Madrid: Taurus, 1986.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas e Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.