



Received: 10.05.2019

Accepted: 18.06.2019

<http://doi.org/10.33239/rtdh.v21i.31>

3 Professor de Direito do Trabalho e da Seguridade Social das Faculdades de Direito da Universidad de la Republica, em Montevideu (Uruguai) e da Universidade CLAEH em Punta Del Leste (Uruguai). Doutor em Direito e Ciências Sociais e mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidad de la Republica. Diretor da Revista Derecho del Trabajo (editorial La Ley Uruguay - Thomson Reuters), integrante do Conselho Editorial Internacional da Revista Magister de Direito do Trabalho e do Conselho Editor da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região em Campinas - SP. Membro correspondente da Academia Nacional de Direito do Trabalho do Brasil.

<https://orcid.org/0000-0003-3854-8621>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

A noção de ordem pública social¹⁻²

La noción del orden público social

The notion of social public order

Mario Garmendia Arigón³

RESUMO

No presente artigo, aborda-se o conceito de ordem pública, um dos mais complexos e controversos do universo jurídico. São apresentadas as características típicas desta noção, com especial ênfase na diferença entre a substância e a instrumentalidade da ideia. A projeção da ordem pública em questões trabalhistas também é analisada, tanto em termos de instrumentos (imperatividade especial dos padrões trabalhistas, prevalência sobre a autonomia da vontade individual, progressividade das normas trabalhistas) quanto do ponto de vista material (a saber: o conteúdo da ordem pública laboral, integrado pelo tríptico o trabalho não é uma mercadoria, a ideia de justiça social e a especial proteção do trabalho humano).

PALAVRAS-CHAVE: autonomia da vontade; direito do trabalho; direitos fundamentais; imperatividade; ordem pública; normas trabalhistas.

RESUMEN

En el presente artículo se aborda el concepto de orden público, uno de los más complejos y controversiales de todo el universo jurídico. Se presentan los caracteres típicos de esta noción, realizándose especial hincapié en la diferencia entre la sustancia y la instrumentalidad de la idea. También se analiza la proyección que tiene el orden público sobre la materia laboral, tanto en el plano de los instrumentos (especial imperatividad de las normas laborales, prevalencia sobre la autonomía de la voluntad individual, progresividad de las normas laborales) y, asimismo, desde el punto de vista material (a saber: el contenido del orden público laboral, integrado por el tríptico el trabajo no es una mercancía, la idea de la justicia social y la especial protección del trabajo humano).

PALABRAS CLAVE: autonomía de la voluntad; derecho del trabajo; derechos fundamentales; imperatividad; orden público; normas laborales.

ABSTRACT

In the present article the concept of public order is addressed, one of the most complex and controversial of the legal universe. The typical characteristics of this notion are presented, with special emphasis on the difference between the substance and the instrumentality of the idea. The projection of public order on labor matters is also analyzed, both in terms of instruments (special imperativeness of labor standards, prevalence over the autonomy of individual will, progressivity of labor standards) and, also, from the material point of view (namely: the content of the public labor order, integrated by the triptych work is not a commodity, the idea of social justice and the special protection of human work).

KEYWORDS: autonomy of will; labor law; fundamental rights; imperativeness; public order; labor standards.

¹ Tradução e adaptação: Gabriela Costa e Silva, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia - UFBA, Analista Processual nos quadros do Ministério Público da União Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região - Campinas/SP e Editora Assistente da Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano – Revista da Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região.

² Tradução inédita para a língua portuguesa. Artigo original disponível, em versão eletrônica, no sítio na internet da Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - AADTySS (ARIGÓN, Mario Garmendia. La noción del orden público social. Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Buenos Aires, s.d. Disponível em: <https://www.aadtyss.org.ar/files/documentos/329/Garmendia,%20Mario%20-%20La%20noci%C3%B3n%20de%20orden%20p%C3%ABlico%20social.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2020).

INTRODUÇÃO: A ORDEM PÚBLICA

A ideia legal de ordem pública sempre foi tão controversa e complexa quanto crucial. Essa poderosa combinação ajudou a envolvê-la com certa mística, que foi muito bem ilustrada nessa imagem nítida na qual é comparada a "um tipo de sombra familiar que projetamos para nos defender e nos proteger, mas que ninguém ainda descobriu a substância real da qual é formada"³.

Muitos ensaios tentaram explicar sua essência ilusória.

Alguns focaram na natureza pública ou privada do interesse em jogo, sendo a ordem pública a de utilidade coletiva ou geral; o oposto da ordem privada, que envolve apenas o interesse singular do indivíduo⁴. Outros relacionaram a ordem pública com as regras ou valores que compõem o substrato essencial de um determinado sistema jurídico. Nesse sentido, eles seriam os fundamentos da organização social e do sistema jurídico gerado por uma dada sociedade⁵. Outros, os mais numerosos, apontaram sua instrumentalidade, para identificá-la com a eficácia especialmente imperativa de certas normas, que se impõe como limite contra a autonomia da vontade dos indivíduos⁶.

De qualquer forma, é de extrema importância distinguir a essência da instrumentalidade da ordem pública. Porque, enquanto o primeiro possui natureza unitária e

³ MARTÍNEZ PAZ, Enrique. El concepto de orden público en el Derecho privado positivo. **Rev. Argentina del Colegio de Abogados**, año XXI, T. XX, Nº 4, Bs. As., julio-agosto 1942, p. 668.

⁴ PLANIOL, Marcel y RIPERT, G. (con la colaboración de Esmein, P.). **Traité Pratique de Droit Civil Français**, T. VI. París: 1930, p. 303; BAUDRY-LACANTINERIE, **Précis**, t. I, p. 95; LAURENT, François. **Principes de Droit Civil Français**, t. I. 5. ed. Bruselas, París: 1893, p. 88; DEMOLOMBE, Charles. **Cours de Code Napoleon**, t. I. 2. Ed. París: 1860, p. 92; BEUDANT, Charles, **Cours de droit civil français**. 2. ed. París: 1934, p. 76; SAVIGNY, Friederic Carl von. **Traité de Droit romain**, t. VIII. Trad. Guenoux. París: 1885, p. 38.

⁵ ALGLAVE, Émile. Definition de l'ordre public en matière civile. **Revue Pratique de Droit Français**, t. XXV. Año 1868, p. 572; MARCADÉ, Victor. **Explication théorique et pratique du Code Civil**, T. I. 7. ed. París: 1873, p. 78; LAROMBIERE, M.L. **Théorie et Pratique des Obligations ou Commentaire des Titres II et IV livre III du Code Civil**, T. I. París: 1885, p. 158; GENY, François. **Méthode d'interprétation et Sources en Droit Privé Positif**. Essai critique, 2. ed. París: 1919, p. 180; BAUDRY, G., HOUQUES FOURCADE, M., **Traité Théorique et Pratique de Droit Civil**. Des personnes. 3. ed. París: 1907, p. 242; BEVILACQUA, Clovis, **Direito internacional privado**. 3. ed. 1938, p. 108; DE ROA, Julio. **Del orden público en el Derecho Positivo**. Bs. As.: 1926, p. 64; CALDERA, Rafael. **Derecho del Trabajo**, t. I. 2. ed. El Ateneo: Bs.As.: 1960, p. 58.

⁶ GOUNOT, Emmanuel. **Le principe de l'autonomie de la volonté en Droit privé**. Contribution a l'étude critique de l'individualisme juridique. París: Arthur Rousseau éditeur, 1912, p. 87; BARASSI, Ludovico. **Tratado de Derecho del Trabajo**, Bs. As.: Ed. Alfa, 1953, p. 105; MORAES FILHO, Evaristo de. **A natureza jurídica do direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil: 1954, p. 100.



integral, válida para qualquer espaço do universo jurídico, o segundo, por outro lado, é um recurso técnico que visa garantir o respeito inexorável a certas normas. Esse recurso técnico não é exclusivo, nem sempre é o mesmo, mas varia para melhor atender às particularidades de cada assunto específico. Em alguns casos, consistirá na imposição de limites intransponíveis à vontade dos indivíduos (por exemplo: indisponibilidade absoluta, imperatividade, inderrogabilidade ou eficácia particularmente imperativa das regras). Em outros, ele se manifestará como uma indisponibilidade relativa (típica da chamada ordem pública social), ou como aplicação imediata de certas normas (ou mesmo sua retroatividade), ou como imposição de limites na eventual aplicação de normas estrangeiras ou sob a forma de proteção legal automática, que visa proteger certos valores fundamentais, mesmo na ausência de regulamentos legais explícitos.

Por esse motivo, a tendência de identificar a ideia de ordem pública, com suas manifestações instrumentais, expõe o risco de cair na crença errônea de que cada disciplina jurídica poderia gerar sua própria e particular definição de instituto e, além disso, pode induzir a subestimar a verdadeira essência do conceito.

Mas os valores que compõem a noção substantiva de ordem pública são os ideais básicos de um determinado grupo social e orientam a evolução da ordem jurídica positiva, bem como a hermenêutica com a qual ela deve ser abordada.

E, nesse entendimento, a ordem pública pode ser definida como o conjunto de valores da vida que, devido à importância especial que assumem em um determinado estágio da evolução social, tornam-se parte da consciência jurídica coletiva e se tornam objetos de proteção privilegiada por parte da lei.⁷

⁷ GARMENDIA, Mario. **Orden público y Derecho del Trabajo**, 2. ed. La Ley Uruguay: 2016, p. 74.



GARMENDIA ARIGÓN, Mario. A noção de ordem pública social. *Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano*, Campinas, v. 3, p. 1-26, 2020.

1. Características

1.1. Natureza unitária, complexa e hierárquica

A ordem pública é composta de um conjunto de valores especialmente significativos para um determinado grupo social. Sua essência é nutrida por profundas convicções éticas que são integradas em um esquema de preceitos fundamentais, frequentemente chamado de consciência jurídica coletiva. Sua complexidade determina que sua natureza seja única e diversificada ao mesmo tempo. É única porque os valores que o compõem formam uma unidade básica, que se aplica a qualquer disciplina jurídica.⁸ Mas, ao mesmo tempo, é diversa, pois assume diferentes expressões instrumentais em cada ramo do Direito. Além disso, nem todos os valores desse enredo complexo têm a mesma hierarquia, pois alguns serão reconhecidos como mais centrais do que outros.

1.2. Onipresença conceitual

A ideia de ordem pública é universal porque é o substrato fundamental de qualquer sistema regulatório. Toda ordem responde a certa concepção substantiva de ordem pública e os princípios, institutos e normas que a compõem devem ser uma consagração fiel do conteúdo que cada sociedade conferiu a esse conceito. Por esse motivo, não é possível conceber a ideia de uma lei positiva na qual a noção de ordem pública não esteja presente, como a essência ou núcleo central da engenharia jurídica.

1.3. Relatividade espacial

A onipresença acima mencionada não pode nos levar a supor que em todos os sistemas jurídicos assumam um conteúdo idêntico. Sendo um resultado da realidade social, seu conteúdo

⁸ Em matéria de direitos humanos fundamentais, faz-se referência ao seu caráter global e a sua comunicabilidade e interdependência (VV.AA. **El Sistema Universal de los Derechos Humanos**. Granada: Ed. Comares, 2014, p. XVII).



é variável. Em outras palavras: a ordem pública é, como noção, onipresente, mas seu conteúdo é diferente de acordo com cada realidade social. Por esse motivo, não é possível descrever um conteúdo universalmente válido para esse conceito, embora alguns valores (os principais) tenham maior generalidade e prevalência.

1.4. Dinamismo

A questão da ordem pública é essencialmente mutável. Há quem tenha destacado a importância dessa característica como fator propulsor de mudanças no Direito, para adaptá-lo às "novas tendências sociais, políticas e econômicas em um vasto campo de possibilidades e sem a necessidade de novas leis"⁹. Como será visto, o próprio surgimento da legislação industrial, é resultado de uma importante mutação na ordem pública.

1.5. Transcendência

A ordem pública transcende o direito positivo e, portanto, não precisa necessariamente assumir uma expressão normativa específica. Sua existência não requer a declaração explícita do legislador, mas é uma emanção do profundo sentimento de uma determinada comunidade.

No entanto, a doutrina não é unânime quanto à importância ou aos efeitos que devem ser atribuídos à declaração normativa da ordem pública. Alguns opinam que apenas essa explicação normativa permite que um preceito se qualifique como ordem pública¹⁰. Outros, de outra ponta, subestimam a referência positiva¹¹ e sustentam que uma norma pode ser de ordem pública ainda sem declaração expressa¹² e que, inclusive, o intérprete pode distanciar-

⁹ FUEYO LANERI, F. La noción de orden público y su evolución útil. **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales**, n. 3-4, año XVIII, Montevideo, jul.-dic. 1967.

¹⁰ ALGLAVE, Émile. Definition de l'ordre public en matière civile. **Revue Pratique de Droit Français**, t. XXV, año 1868, p. 588.

¹¹ DEMOGUE, René. Les notions fondamentales du Droit Privé. **Essai critique**, París, 1911, p. 146.

¹² RISOLÍA. Orden público y derecho privado positivo. **Separata del Libro en Homenaje a Enrique Martínez Paz**, Buenos Aires, 1957, p. 30, cit. por LIMA, O. Orden público y renuncia al empleo. **Rev. Argentina Derecho del Trabajo**, t. XXI, Buenos Aires, 1961, p. 354.



se da declaração de ordem pública do legislador se concluir que o conteúdo da disposição não apresenta concordância com a natureza dessa noção¹³.

É provável que a melhor conclusão seja encontrada entre os dois extremos. A declaração legal é de grande importância, mas a natureza da ordem pública pode, por exemplo, também resultar de uma referência indireta, que pode ser inferida a partir do texto da regra (consequências que implica sua não conformidade, sanções etc.) ou, ainda, de seu contexto¹⁴. Mas a declaração normativa expressa não é essencial. Certos valores da vida podem ser conceituados pelo intérprete como de ordem pública, mesmo antes de serem reconhecidos como tal pelo legislador. Tanto é assim que os próprios sistemas jurídicos positivos geralmente contêm mecanismos que lhes permitem superar esses possíveis descasamentos, reconhecendo, por exemplo, a natureza não exaustiva das listas de direitos humanos especificadas nos textos constitucionais¹⁵.

1.6. Versatilidade instrumental

A indisponibilidade absoluta (também chamada imperatividade, não derogabilidade, eficácia particularmente imperativa etc.) é o mecanismo mais comumente identificado com a noção de ordem pública, a ponto de se confundir com ela. No entanto, a proteção dos valores inerentes à ordem pública nem sempre é alcançada por esse mecanismo.

Em alguns casos, é apresentado na forma de uma indisponibilidade relativa, que permite que os indivíduos tenham certa liberdade de movimento. São situações em que o próprio sistema jurídico considera que o respeito pela referida margem para a implantação da autonomia da vontade é compatível e necessário para a melhor e mais saudável proteção dos valores em jogo. Por esse motivo, apontou-se que o conceito de ordem pública não é

¹³ Para Larombiere, existem certas regras que pertencem à ordem pública por sua própria natureza (por exemplo, aquelas que se referem ao estado do povo), não é necessário que a lei explique essa circunstância. Mas há também outros que, sendo de "utilidade pública", não fazem parte natural da ordem pública e, portanto, exigem uma declaração explícita (por exemplo, aqueles que se referem à ordem dos bens). LAROMBIERE, M.L. **Théorie et Pratique des Obligations ou Commentaire des Titres II et IV libre III du Code Civil**, T. I. Paris: 1885, p. 167.

¹⁴ SUPERVIELLE, Bernardo. El orden público y las buenas costumbres. **Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración**, t. 54, Montevideo, 1956, p. 214.

¹⁵ V. gr.: Constituições da Argentina (art. 33); Brasil (art. 5, § 2); Colombia (art. 93); Equador (art. 44) Guatemala (art. 46), Nicaragua (art. 46); Paraguai (art.45); Peru (cláusula 4ª das "Disposiciones finales"); Uruguai (art. 72).



automático, nem pode ser aplicado rigidamente em todos os casos como um limite à liberdade de contratar¹⁶. Essa relativa indisponibilidade é muito típica do Direito do Trabalho, onde são admitidos espaços nos quais é possível que as partes se gerenciem em termos de autonomia da vontade.

A versatilidade da ordem pública determina que, em certos casos, o instrumento tenha outras características. Às vezes, é projetada no campo da eficácia temporária das normas legais e, nessa linha, a ordem pública às vezes permitiu justificar a eficácia retroativa ou a chamada aplicação imediata de certas normas. Como paradoxo, deve-se notar também que a mesma ordem pública geralmente é invocada para rejeitar a retroatividade das leis¹⁷.

Os instrumentos também são projetados em termos da eficácia espacial das normas legais, determinando que alguns deles não poderiam ceder no caso de aplicação de uma norma estrangeira nos casos de relações jurídicas que comprometam elementos estrangeiros¹⁸.

Como já mencionado, os sistemas legais modernos também geraram mecanismos que permitem o reconhecimento e a proteção automática de certos bens jurídicos particularmente sensíveis. Isso permite que a proteção legal dos referidos valores da vida não dependa necessariamente da existência de um reconhecimento normativo explícito, mas que pode ser antecipado e obtido mesmo na ausência de uma regra expressa. Isso também é uma manifestação do conceito de ordem pública, uma vez que essa proteção automática e autoexecutável é um poderoso instrumento destinado a preservar seu conteúdo.

¹⁶ LANFRANCHI, César. La noción de orden público en Derecho del Trabajo, en rev. argentina Derecho del Trabajo, T. XX, Buenos Aires, 1960, p. 158.

¹⁷ ROUBIER. Les conflits de lois dans le temps. París: 1929, t. I, p. 509, cit. por SUPERVIELLE, Bernardo. El orden público y las buenas costumbres. **Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración**, t. 54, Montevideo, 1956, p. 207.

¹⁸ ALFONSÍN, Q. **Curso de Derecho Privado Internacional**, Teoría del Derecho Privado Internacional. Montevideo: 1953, p. 560.



2. A ordem pública e o direito do trabalho

2.1. Do abstencionismo à intervenção da lei

Alain Supiot condensou a essência básica do Direito do Trabalho, dizendo que é "aquele que governa as trocas de trabalho e dinheiro"¹⁹. Essa relação de mudança só poderia surgir uma vez que o fenômeno do trabalho produtivo em nome de outras pessoas (uma realidade conhecida por todas as sociedades históricas)²⁰ restou juridicamente definido como livre. O que até então era explicado pelo simples exercício do direito de propriedade, exercido diretamente sobre o indivíduo, como um direito real²¹, deveria ter procurado outra justificativa legal. Assim, a propriedade deixou de ser exercida diretamente sobre a pessoa, mas seu trabalho tornou-se objeto de uma nova relação jurídica, que os juristas clássicos descreveram como um contrato entre iguais. Sob a lei do liberalismo, não havia trabalhadores, apenas indivíduos capazes de contratar e nenhuma razão poderia determinar que um tratamento diferente ou particular fosse direcionado a eles²². O desequilíbrio entre as partes, isto é, a essência principal dessa nova relação jurídica gerada a partir do trabalho industrial, estava completamente escondida atrás de um véu de *slogans* legais formais (a proclamação de liberdade, igualdade e autonomia da vontade individual²³), que o tornou perfeitamente

¹⁹ SUPIOT, Alain. **El Derecho del Trabajo**. Bs. As.: Heliasta, 2008, p. 18. Em termos similares: PALOMEQUE LÓPEZ, M. Carlos. **Derecho del Trabajo e Ideología**. 7. ed. Revisada. Madrid: Tecnos, 2011, p. 19.

²⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, M. Carlos. **Derecho del Trabajo e Ideología**. 7. ed. Revisada. Madrid: Tecnos, 2011, p. 20.

²¹ SINZHEIMER, Hugo. La democratizzazione del rapporto di lavoro. **Giornale di Diritto del lavoro e di relazioni industriali**, n. 2, 1979 (1928), p. 219 e seguintes; BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **Curso sobre la Evolución del Pensamiento Juslaboralista**. Mdeo.: FCU, 2009, p. 16. Além disso: ALONSO OLEA, Manuel, De la servidumbre al contrato de trabajo, **Cuadernillos de la Fundación Electra**, Páginas Memorables, núm. 1, Mdeo., 2014.

²² Na verdade, tudo o que a lei poderia ser chamada a intervir tinha a ver com garantir maior liberdade das partes contratantes, por exemplo, proibindo a contratação vitalícia ou determinando que ela fosse legal apenas quando concluída com um determinado termo (art. 1780 do C. Civil francês de 1804, lei Chaptal, do 22º germinal ano XI). RENARD, Alain, La prohibition de l'engagement à vie, de la condamnation du servage à la refondation du licenciement. *Généalogie d'une transmutation*, Bruxelles, Bruylant. **Penser le droit**, 2009, cit. por OLSZAK, N., cit., pp. 28-29. SUPIOT, Alain. **El Derecho del Trabajo**. Bs. As.: Heliasta, 2008, p. 19.

²³ Nos dizeres de Monereo: "[...] os trabalhadores não alcançariam, pela mera declaração de seus direitos e liberdades, uma posição contratual em termos iguais (contratuais) com a contraparte do negócio, mas veriam a persistência das condições de sujeição econômico-legal (...). Isso significava que, nas origens do capitalismo e durante a era codicística, o trânsito na realidade jurídica operava com uma sequência muito diferente: da tutela estatutária anterior a um novo estatuto unilateral transfigurado ("travestido") sob a roupa ou vestimenta do "contrato" de serviços" (mas onde o trabalho também está "regulado" por regras unilateralmente dadas pelo



invisível aos olhos dos juristas e que serviu de base para a construção e implantação hegemônica do que Monereo definiu corretamente como uma lei indiferente²⁴. Dessa forma, onde a realidade mostrava trabalhadores em situação de inferioridade em relação aos empregadores, o jurista apenas percebia pessoas livres e iguais e, portanto, sujeitos plenamente capazes de traduzir seus interesses e assumir obrigações pela via contratual.

A ilusão de liberdade encenada por essa concepção contratual-mercantil proibia a proliferação de condições miseráveis de trabalho e vida na nova classe proletária, descarregando, inclusive, suas piores consequências para as crianças²⁵. Foi para lidar com essa situação terrível que os Estados começaram a adotar algumas normas que tendiam a limitar o esforço excessivo a que eram submetidos²⁶. Essas ainda não eram normas de proteção para o trabalhador, mas, até certo ponto, para a infância, uma vez que o trabalho ainda não era apreciado como uma questão que por si só exigia uma proteção específica e qualquer regulamentação que tivesse como objeto o trabalho dos adultos era rejeitada.

Mesmo assim, é aqui que se inicia o fim do abstencionismo estatal e o início do processo de intervenção estatal, com o objetivo de corrigir as injustiças do liberalismo de Manchester. A legislação industrial surgiu como uma manifestação concreta de um novo

empregador); tudo isso sob a vigência da filosofia individualista e do formalismo jurídico" (MONEREO PÉREZ, José Luis. **Estudio Preliminar sobre Reformismo Social y Socialismo Jurídico a la obra de Anton Menger, El Derecho Civil y los Pobres**. Granada: Ed. Comares, 1998, p. 27) (tradução livre). De maneira semelhante, Palomeque cita uma passagem do artigo "A questão dos trabalhadores" de Canalejas e Méndez: "Se a pessoa que trabalha deixou de ser escrava ou serva, transformando-se em uma pessoa livre, o que implica progresso inegável, ele ainda permanece proletário, assalariado, isto é, vive em condições de inferioridade mais pronunciadas do que nunca pelo contraste dos enormes bens acumulados por alguns homens ou entidades coletivas, privilegiados pela fortuna" (CANALEJAS Y MÉNDEZ, JOSÉ. **La cuestión obrera**, RGLJ, t. 103, 1903, p. 509. In: PALOMEQUE López, M.C., **Derecho del Trabajo e Ideología**. 7. ed. Revisada. Madrid: Tecnos, 2011, p. 19 (tradução livre).

²⁴ MONEREO Pérez, José Luis. *Estudio Preliminar sobre Reformismo Social y Socialismo Jurídico a la obra de Anton Menger, El Derecho Civil y los Pobres*. Granada: Ed. Comares, 1998, p. 32.

²⁵ CHADWICK. E. **Report on the sanitary condition of the labouring population of Great Britain (1842)**. Edimburgo, University Press: 1965, p. 220-241. Disponível em: <http://archive.org/details/reportonsanitary00chaduoft>. Acesso em: 14 dez. 2020.

²⁶ O antecedente mais remoto está na Inglaterra, em 1788, quando se estabeleceu a idade mínima de 8 anos para a admissão dos aprendizes. Essa norma e outras posteriores (*Health and Morals of Apprentices Act*, de 1802; *Cotton Mills and factories Act*, de 1819, etc.) não foram cumpridas na prática. Em 1822 o Parlamento aprovou uma nova *Factory Act* que proibiu o trabalho de crianças menores de 9 anos e estabeleceu limites de horários por faixas de idades. Nessa norma se criou o primeiro corpo de inspetores ("*inspectorate of factories*"). Disponível em: <http://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/19thcentury>. Acesso em: 14 dez. 2020.



pensamento intervencionista e se desenvolveu em uma clara ruptura com a hegemonia que até então possuía o direito liberal²⁷.

Um novo Direito começaria a se formar com base em regras de proteção, que reagissem ao imperialismo do contrato²⁸ e se impusessem à vontade de indivíduos com preceitos indisponíveis subjacentes. Embora tenha sido duramente contestado desde o nascimento, esse imperativo foi o que, no final, permitiu o estabelecimento progressivo de padrões trabalhistas, para que não fossem deslocados em sua aplicação prática pelos pactos entre empregador e trabalhador²⁹.

2.2. Centralidade

A centralidade da ordem pública no Direito do Trabalho é uma característica típica dessa disciplina³⁰. A presença da pessoa humana como eixo fundamental do sistema juslaboralista determina o envolvimento de uma série de valores profundos que demandam e merecem um tratamento privilegiado do sistema jurídico. Esses valores são verdadeiras características culturais de nosso tempo histórico e são o resultado de processos evolutivos lentos de raízes sociais complexas. Isso determina que sua consideração legal não pode ser simplesmente deixada ao acaso das mudanças legislativas e que, por outro lado, é essencial fornecer a eles uma base mais sólida, conceitual e instrumental que lhes permita reconhecer sua verdadeira dimensão de "reivindicações subjetivas absolutas, válidas por elas mesmos independentemente da lei"³¹.

Por outro lado, é evidente que o imperativo especial, como manifestação instrumental com a qual a noção de ordem pública é geralmente identificada, também tem sido importante para localizar o instituto em um ponto crucial dentro da estrutura do Direito do Trabalho. A

²⁷ BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **Curso sobre la Evolución del Pensamiento Juslaboralista**. Mdeo.: FCU, 2009, p. 125 e ss.

²⁸ LYON-CAEN, Antoine. Actualité du contrat de travail. **Droit Social**, nº 7-8, jul.-ago., 1988.

²⁹ DE FERRARI, Francisco. **Lecciones de Derecho del Trabajo**, T. IV. Montevideo: Facultad de Derecho, 1964, p. 408.

³⁰ GAMONAL CONTRERAS, S. **Introducción al Derecho del Trabajo**. Santiago de Chile: Ed. Cono Sur Ltda., 1998, p. 107 e GAMONAL CONTRERAS, S. **Fundamentos de Derecho Laboral**. Santiago: LexisNexis, 2008., p. 17.

³¹ Como proposto por ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil**. Madrid: Ed. Trotta, 1995, p. 47.



legislação industrial emergiu com uma vocação francamente limitadora da autonomia da vontade, pois só assim poderia consolidar sua concepção protetora, impedindo que suas regras fossem deixadas à vontade dos indivíduos, o que certamente acabaria distorcendo-os ou, diretamente, deixando-os de lado. Foi a partir disso que se formou um núcleo de direitos trabalhistas indisponíveis às vontades particulares, estando automaticamente inserido em cada relação de trabalho, como uma espécie de estatuto pré-estabelecido, que tende a gerar uma identidade coletiva de trabalhadores assalariados.

A imposição normativa que não deixa margem para a autonomia da vontade busca principalmente eliminar a predominância econômica ou hierárquica da vontade do empregador e é apresentada como uma ferramenta essencial para implantar, com possibilidades reais de sucesso, o arsenal intuitivo do Direito do Trabalho. Isso explica que falar sobre Direito do Trabalho é quase o mesmo que falar sobre ordem pública³².

Por outro lado, ao contrário do que normalmente acontece em outras disciplinas (onde, em regra, a ordem pública apresenta uma única ou, pelo menos, uma manifestação instrumental fundamental), no Direito do Trabalho é possível apreciar o emprego de quase todos os mecanismos tutelares que estão ao seu serviço, o que incorpora um ingrediente que complica ainda mais o problema. Se for levado em consideração que é comum na doutrina abordar-se o estudo da ordem pública quase exclusivamente através da preocupação com os efeitos que o instituto causa na relação jurídica (por exemplo, perguntando se torna total ou relativamente indisponível os preceitos de uma norma legal) e, considerando que esse é um dos ramos do Direito em que vários desses instrumentos tutelares de bens que compõem a materialidade da ordem pública são mais facilmente reproduzidos, não é de surpreender que a doutrina tenha se dedicado a seu estudo com frequência e atenção.

³² TOSCA, D. M. Fuentes del Derecho del Trabajo. In ACKERMAN, Mario; TOSCA, Diego M. Tosca (coord.). **Tratado de Derecho del Trabajo** (Cap. VI), T. I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, p. 455.



2.3. A ordem pública social ou laboral

2.3.1. Precisão terminológica

As expressões ordem pública trabalhista ou social geralmente são usadas para aludir à ideia de indisponibilidade relativa, que consiste em conceber o conteúdo incorporado nas normas trabalhistas exclusivamente como mínimo, o que, enquanto seja em benefício do trabalhador, admite ser superado ou sobrepujado por padrões mais baixos ou por convenções coletivas ou mesmo individuais.

Embora isso tenha ajudado a delinear as características da ordem pública no Direito do Trabalho e, conseqüentemente, tem sido um fator importante no apoio à autonomia científica do assunto, é necessário enfatizar que seria excessivo manter a existência de uma ordem pública própria e particular para essa disciplina. Tal posição conspira contra a verdadeira abrangência substantiva da ordem pública, diminuindo a importância que o instituto realmente tem, restringindo sua estrutura conceitual a um setor específico do ordenamento.

Por outro lado, se, como parece acontecer, essas denominações resultam da confusão entre a noção de ordem pública e uma de suas manifestações instrumentais (relativa indisponibilidade); deve-se notar que não é a única manifestação ou projeção que o conceito pressupõe no Direito do Trabalho e, além disso, que outras disciplinas também recorrem à mesma técnica para proteger os preceitos que compõem a ordem pública.

No entanto, reafirmando a unidade essencial e a abrangência da ordem pública e evitando a escassez inadequada que implica identificá-las exclusivamente com a eficácia da derrogação *in melius* que os padrões trabalhistas admitem; ordem pública trabalhista e ordem pública social são conceitos que merecem ser preservados devido à expressividade que adquiriram.



2.3.2. Características da ordem pública social

a) *Supralegalidade ou transcendência*

Os valores que compõem a noção de ordem pública representam os ideais de um coletivo social. Eles não se esgotam em um conteúdo normativo estrito, mas servem como verdadeiras orientações ou guias da evolução da ordem jurídica positiva, bem como da hermenêutica com a qual ela deve ser abordada.

A ordem pública social ou trabalhista se apresenta como um viés ou faz de sua complexa integralidade substantiva da ordem pública³³ e traz a ela uma consideração marcadamente antropocêntrica do universo jurídico. A proteção do trabalho é uma expressão específica da proteção jurídica da dignidade humana³⁴ e faz parte da estrutura complexa e interdependente de valores superiores que configura a ideia de ordem pública. A proteção do ser humano trabalhador, principal núcleo do Direito do Trabalho, coloca essa disciplina no cerne dos direitos fundamentais³⁵. A constitucionalização destes bens jurídicos vinculados com a matéria laboral constitui uma expressão da elevada consideração que merecem na consciência jurídica coletiva, e os aproxima a uma concepção mais profunda do Direito que aquela a que o chamado “positivismo legislativo” lhe havia reduzido, ao identificar tudo o que pertence ao mundo do Direito, com o estabelecido explicitamente na lei³⁶.

Nesse ponto, deve-se rememorar novamente que a natureza transcendente da ordem pública em relação ao direito positivo determina que sua expressão ou explicação normativa

³³ GAMONAL CONTRERAS, S. **Fundamentos de Derecho Laboral**. Santiago: LexisNexis, 2008, p. 18.

³⁴ BARBAGELATA, H.-H. Perspectiva de una Carta de derechos fundamentales para el MERCOSUR e Papel de una Carta Social y de las Declaraciones y Pactos Internacionales en el MERCOSUR. Contenido de la Carta Social. **VII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y Seguridad Social**. Costos laborales. Carta de derechos fundamentales. Montevideo: FCU, 1993; ERMIDA URIARTE, Óscar, Meditación sobre el Derecho del Trabajo. **Cuadernillos de la Fundación Electra**, n. 1, Montevideo, 2011, p. 9.

³⁵ BARBAGELATA, H.-H. **El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales**. 2. ed. actualizada y ampliada. Montevideo: FCU, 2009, p. 219 y ss.; ERMIDA URIARTE, Óscar, Meditación sobre el Derecho del Trabajo. **Cuadernillos de la Fundación Electra**, n. 1, Montevideo, 2011, p. 9; PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los derechos humanos para el Derecho Laboral. **Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales**, n. 1, Montevideo, 1968, p. 68; PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los derechos humanos y el derecho del trabajo. **Rev. Debate Laboral**, n. 6, Costa Rica, 1990, p. 11.

³⁶ ZAGREBLESKY, G., op. cit., p. 33 e 39; FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. 4. ed. Madrid: Ed. Trotta, 2004, p. 66. UGARTE CATALDO, José Luis, **Derecho del Trabajo: invención, teoría y crítica**. Santiago: Thomson Reuters La Ley e LegalPublishing, 2014, p. 11.



específica não constitua uma condição necessária para concluir sua existência. Dessa maneira, a qualidade inerente à ordem pública que pode ser atribuída a um determinado patrimônio jurídico é independente da qualificação legislativa. Isso legitima o intérprete a concluir sobre a pertença à ordem pública de um determinado bem jurídico protegido por uma norma, apesar de permanecer em silêncio sobre o assunto. É até possível que surja a situação inversa, ou seja, que a classificação de “ordem pública” que o legislador atribui a uma determinada norma não seja necessariamente oponível ao analista, que tem o poder de concluir de outra forma, se considerar que os bens que se encontram tutelados por aquela claramente não respondem ao espírito do instituto³⁷.

A admissão dessa característica “transcendente” que a ordem pública em geral possui, bem como a expressividade exacerbada que assume no Direito do Trabalho, contribui com um componente ético inestimável para a disciplina³⁸, que se localiza, assim, em uma dimensão conceitual superior à meramente derivada dos regulamentos legais positivos.

b. Tendência à progressividade

O notável dinamismo da ordem pública assume um significado específico em questões trabalhistas, determinado pelo sinal de “progressividade”, que os leva a evoluir em um sentido que lhes confere um *status* legal cada vez mais alto.

Essa tendência ascendente só é realmente apreciável se for entendido que ordem pública e lei positiva não são noções totalmente identificáveis. Caso contrário, o jurista que inicia sua análise da ordem pública a partir de um estudo particular da legislação - e sem chegar a conceber o instituto em sua verdadeira dimensão supralegal - só perceberá sua

³⁷ LAROMBIERE, M.L. **Théorie et Pratique des Obligations ou Commentaire des Titres II et IV livre III du Code Civil**, T. I. Paris: 1885, p. 167. É, no entanto, um problema delicado, acima de tudo, porque envolve a exigência de que o intérprete realize uma atividade de avaliação da norma positiva, tarefa que alguns consideram uma questão de política e não de ciência jurídica. BULYGIN, Eugenio. El problema de la validez en Kelsen. In **Validez y eficacia del Derecho**. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2005, p. 102.

³⁸ ERMIDA URIARTE, Óscar. Ética y Derecho del Trabajo. In **Veinte Estudios Laborales en Memoria de Ricardo Mantero Álvarez**. FCU: 2004, p. 19. Francesco Carnelutti identificava como missão do Direito de impor a ética à economia (CARNELUTTI, Francesco. **Teoría General del Derecho, Teoría General del Derecho**. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1941, p. 56.



evolução como uma linha em zigue-zague, que acompanha as próprias dúvidas das normas que integram o Direito positivo.

Essa linha evolutiva ascendente reflete o que é uma constante na doutrina dos direitos humanos e se apresenta como um guia inestimável para a interpretação e aplicação da lei nessa área. A vocação da "irreversibilidade"³⁹ que se vislumbra nos níveis tutelares que esses bens jurídicos atingem, sugere em sua própria concepção a presença da dogmática juslaboralista, que sempre enfatizou o "sentido unidirecional" da ordem pública social ou trabalhista; constantemente focado em superar os limites de proteção. Do mesmo modo, a prevalência do critério mais favorável ao interesse do trabalhador - regra hermenêutica básica que no Direito do Trabalho permite determinar qual deve ser a norma aplicável entre duas que têm a vocação de ser⁴⁰, constituindo também uma diretriz a ser seguida na aplicação dos direitos humanos em geral, uma área na qual a chamada interpretação *pro cives* ou *pro libertatis*, que supõe a primazia da norma que resulte mais favorável à pessoa.

Esses conceitos adquirem importância especial em situações nas quais existem impulsos para flexibilização ou desregulamentação. Nesse sentido, Barbagelata admitiu que, embora "a tendência de flexibilizar o direito do trabalho e a consequente desregulamentação tenham causado uma redução no escopo da ordem pública do trabalho", esses processos têm limites intransponíveis com base em "uma zona de garantias básicas"⁴¹ que estão além do alcance do legislador.

No entanto, também deve ser reconhecido que essas tendências desregulatórias (manifestadas através de normas positivas ou interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais) podem, de fato, tentar despojar a instrumentalidade da materialidade da ordem pública (por exemplo, pelo reconhecimento aos particulares de maiores graus de disponibilidade) ou introduzir variantes regressivas em certos aspectos das questões trabalhistas. A estratégia, no

³⁹ Barbagelata apresenta a irreversibilidade como um corolário do princípio da progressividade, consistente na "impossibilidade jurídica de que se reduza a proteção já conferida aos trabalhadores por normas anteriores" e, com citação de Abramovich y Courtis, complementa que "A proibição de regressividade não é alheia ao Direito Constitucional" (BARBAGELATA, H.-H. **El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales**, op. cit., p. 245 e 246).

⁴⁰ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. **Los principios del Derecho del Trabajo**. 3. ed. Actualizada. Buenos Aires: Depalma, 1998, p. 99 e ss.

⁴¹ BARBAGELATA, H.-H. **El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales**, cit., p. 33.



entanto, não pode ir além do nível meramente instrumental e, apesar de seus efeitos imediatos terem o potencial de causar reduções nos níveis de proteção, é importante não perder de vista o fato de que o que é verdadeiramente transcendente está localizado em uma posição jurídica inacessível para aqueles que visam consagrar a retrogradação dos benefícios trabalhistas. A perspicácia do jurista deve, então, focalizar a busca de instrumentos que permitam superar os efeitos perniciosos imediatos advindos de uma legislação positiva e alcançar a reivindicação legal dos valores básicos que devem prevalecer.

Contudo, a progressividade não é confundida com a impossibilidade absoluta de contratempos, pois esses podem ser o resultado da própria historicidade da ordem pública. No entanto, também é necessário insistir na existência de certos valores que, devido à imanência característica à condição humana, tendem a permanecer localizados no centro do instituto, dentre os quais se encontram muitos que pertencentes ou afeitos à matéria laboral.

c. Instrumentos da ordem pública social

A progressividade da ordem pública social se expressa em pelo menos três aspectos instrumentais, por meio dos quais se tutelam os bens jurídicos que compõem a essência do instituto, e que consistem na primazia da regra da norma mais favorável ou sobreposição; conservação das condições mais benéficas; e a irrenunciabilidade por parte do trabalhador dos benefícios que lhe são reconhecidos pelo Direito do Trabalho. A conjunção desses três mecanismos tende a consagrar, por um lado, a superação sucessiva dos níveis de proteção e, por outro, a proscrição dos retrocessos das condições de trabalho que detém o trabalhador; finalidades ambas que se identificam com a ideia de progressividade acima mencionada.

Essas manifestações instrumentais da progressividade típica da ordem pública social também são frequentemente questionadas pelas correntes que desafiam o Direito do Trabalho. Não é de surpreender que tenha sido enfatizado que a desregulamentação não significa necessariamente acabar com as fontes reguladoras, mas que é muito mais inteligente, simples e eficiente operá-las de maneira diferente⁴².

⁴² ROMAGNOLI, Umberto. La desregulación y las fuentes del Derecho del Trabajo. **Reflexiones sobre el Derecho del Trabajo y la flexibilidad**. Lima: Instituto Peruano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 1994.



Além disso, a proteção efetiva dos valores que compõem a ordem pública social não pode depender da existência de regulamentos legais, porque a importância dos bens jurídicos a serem protegidos não admite que sua proteção seja adiada até que sejam explicitamente incluídos em uma norma positiva. Essa é a ideia que inspira as disposições constitucionais que obrigam o intérprete a aplicar diretamente os mecanismos que sejam coerentes com sua proteção efetiva. Embora não se possa dizer que a admissão desses mecanismos legais habilitantes da aplicação automática de instrumentos tutelares seja muito nova, por outro lado, pode-se observar que nos últimos anos foi delineada uma tendência que visa dar-lhes uma dimensão prática real, pelo menos no que diz respeito a questões trabalhistas.

A ordem social pública também utilizou outros instrumentos para garantir a validade e a proteção de seus valores. Assim, por exemplo, em termos de eficácia temporal das normas, tem-se sustentado vigência imediata das normas trabalhistas, da forma mais estrita⁴³. Inclusive, as consequências que a ordem pública social provoca na eficácia temporal das normas, podem chegar a relativizar ou atenuar o princípio da irretroatividade da lei, “pela necessidade de atender mais energicamente a proteção do trabalho e do trabalhador”⁴⁴. De maneira semelhante, em termos de eficiência espacial, a ordem pública do trabalho introduziu a regra do padrão mais favorável, que no campo do Direito Internacional implica que, quando existente mais de um ordenamento jurídico razoavelmente aplicável à relação de trabalho, há que se optar pelo mais favorável ao trabalhador⁴⁵.

⁴³ BARBAGELATA, H.-H. **Derecho del Trabajo**, t. I, vol. 1. Montevideo: FCU, 1995, p. 156. Citando Krotoschin, ensinava De La Cueva que: “A natureza da ordem pública, que as leis trabalhistas geralmente têm, exige sua aplicação imediata, ou seja, sua imposição a partir do momento de sua validade em todas as situações afetadas e com relação aos efeitos legais que no futuro se produzam. Por outro lado, essas leis, somente por exceção, terão retroatividade de segundo grau, que se refere aos efeitos que uma determinada situação teria produzido sob o Estado de Direito, para modificá-las, aumentá-las ou diminuí-las” (DE LA CUEVA, Mario. **El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo**, tomo II. 19. ed. México: Editorial Porrúa, 2003, p. 411) (tradução livre).

⁴⁴ CESARINO JUNIOR, Direito Social, cit. por Barbagelata, H.-H. **Derecho del Trabajo**, cit., nota n. 139, p. 157.

⁴⁵ RACCIATTI, Octavio Carlos. Conflicto de leyes y de jurisdicciones en materia laboral. **Rev. Derecho Laboral**, t. XXXV, n. 167, p. 609. Em geral, a doutrina aceita a aplicação desta regra à relação internacional de trabalho ainda que tenda a apontar as dificuldades para sua aplicação, derivadas da necessidade de comparação dos ordenamentos e não de normas jurídicas de comparação global que alguns autores consideram diretamente impossíveis. BARBAGELATA, H.-H. El particularismo..., op. cit., p. 159; PLÁ RODRÍGUEZ, A. Reflexiones sobre el Derecho Internacional del Trabajo. **Rev. Derecho Laboral**, t. XVIII, n. 100, p. 638; ERMIDA URIARTE, O. **Empresas multinacionales y Derecho Laboral**. Montevideo: 1981, p. 165; RACCIATTI, O. Conflictos de leyes y..., cit., p. 607; RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. Os conflitos especiais de leis no plano das relações trabalhistas, Rio de Janeiro, 1964, p. 180; SÜSSEKIND, Arnaldo. **Conflicto de Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica



d. O conteúdo da ordem pública social

Seria extremamente difícil e, além disso, metodologicamente inadequado, tentar formular uma lista de valores que possam ser considerados parte integrante da materialidade da ordem pública social. A essência unitária e integral que o instituto da ordem pública possui provavelmente se tornaria um dos elementos determinantes do fracasso dessa tarefa, pois certamente, logo após seu início, a complexa rede de cruzamentos que seria gerada devido à interdependência dos diferentes bens jurídicos que o compõem formaria um emaranhado tão impenetrável que prejudicaria qualquer utilidade ao esforço. Por esse motivo, o simples fato de se limitar a apontar, genericamente, que todos os valores inerentes à condição humana constituem parte integrante da essência da ordem pública social, não poderia ser considerado uma simplificação excessiva, mas sim o resultado inevitável do reconhecimento da estreita interdependência que mantém todos os valores inerentes à pessoa.

Nesse sentido, a totalidade dos bens jurídicos que o Direito do Trabalho protege é a materialização ou expressão concreta da matéria, de valores de alcance muito mais amplo, na medida em que estejam relacionados à natureza humana complexa.

Fazer menção à proteção de salários, ao descanso ou à necessidade de proteger a liberdade sindical implica, necessariamente, aludir a bens como vida, segurança, dignidade, liberdade, etc. Estes últimos constituem valores fundamentais que impregnam a disciplina, assumindo dimensões e orientações específicas nela, mas que, não por esse motivo, perdem sua tradição genérica substantiva⁴⁶.

Freitas Bastos, 1979, p. 26; ALONSO OLEA, M. De la servidumbre al contrato de trabajo. **Cuadernillos de la Fundación Electra**, Páginas Memorables, n. 1, Mdeo., 2014, p. 295; MORGENSTERN, Felice, **Conflictos Internacionales de derecho laboral. Investigación sobre la ley aplicable a la relación laboral internacional**. Selección Informes OIT. Madrid: Centro de Publicaciones del MTSS de España, 1987, p. 45; MARANHÃO, Delio. Campo de Aplicação do Direito do Trabalho. Instituições do Direito do Trabalho, t. I. São Paulo: 1993 p. 173. Quem cita em apoio à sua tese: KROTOSCHIN, E. **Instituciones del Derecho del Trabajo**, T. I. Buenos Aires: 1947, p. 52; GAMILLSCHEG, Franz. **Conflicts of laws in Employment Contracts and Industrial Relations in Blanpain** (Ed.). Deventer: Comparative Labour Law and Industrial Relations, 1990, p. 363.

⁴⁶ Por VICENTE PACHÉS, Fernando. El derecho del trabajador al respeto de su intimidad. **Consejo Económico y Social**, Colección Estudios, n. 64, Madrid, 1998, p. 37. O autor se refere ao fenômeno de “impregnação laboral” de direitos de titularidade geral ou inespecífica pelo fato de sua utilização por trabalhadores assalariados (também eventualmente empresários) a propósito e no âmbito do contrato de trabalho.



No entanto, como já indicado, a relação entre Direito do Trabalho e ordem pública é de ida e vinda, uma vez que também é possível notar uma "impregnação juslaboralista" de vários valores que compõem este instituto.

Mas, no perfil que a ordem pública descreve em questões trabalhistas, vislumbra-se a presença de uma ideia fundamental e norteadora, um tipo de matéria-prima a partir da qual a estrutura da ordem pública social é construída e sintetizada na fórmula matriz: "o trabalho não é uma mercadoria". Essa é a máxima em que todas as elaborações dogmáticas geradas pelo Direito do Trabalho convergem e, por esse motivo, pode ser considerada a chave principal do instituto da ordem pública social.

A fórmula, explicitada com esses termos⁴⁷ na Declaração da Filadélfia, de 1944, sobre os fins e objetivos da OIT, na realidade desde o ponto de vista jusfilosófico pode ser considerado presente por várias décadas antes, porque é precisamente inspirado por ele que o surgimento do Direito do Trabalho ocorre. Expressa um pronunciamento ético, verdadeiramente definidor de nossa cultura contemporânea, e uma característica fundamental a ser entendida, tanto a evolução da teoria geral do direito quanto, particularmente, o surgimento e desenvolvimento do Direito do Trabalho no último século⁴⁸.

A afirmação não é, precisamente, uma descrição do que acontece na realidade, mas uma afirmação do teor ético-jurídico, que estabelece uma diretriz inescapável em relação à maneira pela qual a regulação do trabalho humano deve ser concebida. A tomada de consciência a respeito da necessidade de remover a consideração legal do trabalho humano das regras comerciais, representa um avanço que enobrece o sentido evolutivo do Direito.

Essa declaração fundamental é incorporada e reproduzida em dois outros valores singularmente transcendentos e possuindo, por sua vez, um enorme potencial multiplicador. Por um lado, aquele que impõe a premissa de que o trabalho, como objeto alheio a variáveis mercantis, merece uma proteção legal privilegiada. Em segundo lugar, o valor da atribuição de justiça social, o papel de oficializar como critério básico de todo desenvolvimento jurídico-

⁴⁷ O artigo 427 do Tratado de Versalhes referia que "o trabalho não deve ser considerado simplesmente como um artigo comercial".

⁴⁸ SUPIOT, A. **El espíritu de Filadelfia, La justicia social frente al mercado total**. Barcelona: Ed. Península, 2011, p. 25; LEE, Eddy. La Déclaration de Philadelphie: retrospective et perspective. In VV.AA. **La Mondialisation, origines, développements et effects**. Québec : Les presses de l'Université Laval, 2004, p. 35 e seguintes.



regulatório relacionado ao trabalho e a cuja conquista deve ser direcionada toda a estrutura científica da disciplina que o regula.

Por conseguinte, a materialidade da ordem pública social, fica representada através de um tríptico composto pelos seguintes valores básicos: a) o trabalho não é uma mercadoria; b) o trabalho está sujeito à proteção legal especial; e c) a conquista da justiça social é o critério norteador da regulamentação jurídica do trabalho.

A partir desses três valores fundamentais brotam o reconhecimento e a proteção de uma série de direitos humanos especificamente relacionados ao trabalho, cuja transcendência os levou a refletir em textos legais da mais alta hierarquia, que podem muito bem ser conceituados como uma verdadeira reserva dos valores jurídicos do nosso tempo.

Assim, o conteúdo material da ordem pública social, composto pelo tríptico de valores fundamentais acima mencionados, e a miríade de direitos e garantias que foram gerados a partir deles, representam uma engrenagem fundamental na estrutura integral da ordem pública e eles constituem verdadeiras diretrizes identificadoras da cultura jurídica contemporânea.

CONCLUSÕES

É difícil detectar no vasto universo da ciência do direito uma noção com graus de potencialidade e complexidade semelhantes aos apresentados pela ordem pública. Sua capacidade de evocar as mais profundas bases conceituais do Direito, por sua vez, projeta-se, com energia incontestável, na provocação de efeitos jurídicos que são singularmente relevantes em termos de firmeza e rigor. A ordem pública, como uma espécie de anjo da guarda da lei, passou a constituir-se, ao mesmo tempo, em sua reserva ética fundamental e na sala de armas com a que esta conta para se equipar e defender seus bastiões mais caros.

Mas, apesar de sua transcendência, sua imagem real permaneceu velada para a inteligência dos juristas, que se esforçam para representá-la, apenas conseguindo descrever algumas das características que puderam vislumbrar.

Apesar das diferenças geralmente apreciadas entre as diferentes exposições doutrinárias, todas coincidem em destacar a substância desse conceito que tem suas raízes



nos primórdios da história do direito. Sua influência, embora difusa em termos de seus sentidos e alcance exatos, foi decisiva em quase todos os sistemas jurídicos contemporâneos e sua invocação serviu como base de autoridade para acabar com mais de uma controvérsia originada na aplicação das normas jurídicas.

Em sua dimensão substantiva, a ordem pública representa, para o estágio evolutivo atual do Direito, um amálgama intrincado de valores fundamentais, inerentes à natureza humana e provenientes de diferentes áreas do universo jurídico. O surgimento do Direito do Trabalho significou a consequência de uma mudança fundamental na concepção desses valores até agora e, por sua vez, impulsionou o aprofundamento dessas mudanças.

No entanto, não significaram uma quebra na integridade substantiva da ordem pública, mas a admissão por esse instituto de novas perspectivas e significados.

A convicção sobre a necessidade de remover o trabalho da mera consideração mercantil representava uma mudança cultural cujo significado excedia em muito os limites da lei. Era uma opção crucial na história da humanidade, e suas derivações significaram a abertura de uma nova perspectiva de vida para milhões de pessoas que, caso contrário, permaneceriam sujeitas, geração após geração, ao destino imposto pelo fato de ter nascido na opulência ou em miséria.

É verdade que o Direito do Trabalho falha em eliminar completamente todas as condições que vêm do próprio local de nascimento, mas, sem dúvida, contribuiu muito para reforçar a esperança na justiça e como veículo para alcançar a igualdade. A proteção do trabalhador é, portanto, um valor que traça o contorno da cultura jurídica contemporânea e que, por esse motivo, não pode ser considerado patrimônio exclusivo do Direito do Trabalho, mas deve ser concebido em uma dimensão superior, formando parte do acervo geral da ordem pública, pois é uma expressão válida da própria condição do ser humano.

Com relação às suas manifestações instrumentais, embora a ordem pública tenha sido tradicionalmente identificada com certa eficácia das normas legais em relação às vontades dos indivíduos, fica claro que esse conceito é extremamente restrito. É verdade que a nota do imperativo especial tem sido uma das expressões mais típicas da ordem pública, porque foi apresentada como um mecanismo necessário para preservar a validade de certos valores que, devido à sua importância, deveriam estar localizados mais além da vontade dos indivíduos.



A expressão "ordem pública social" foi gerada precisamente na forja dessa confusão entre essência e instrumentalidade, mas a carga conceitual transcendente que ela posteriormente adquiriu dá a utilidade de ratificar a importância da contribuição juslaboralista ao conceito geral de ordem pública.

A assimilação da essência da ordem pública com a eficácia imperativa de certas normas coincide com uma concepção de Direito que coloca o direito como eixo fundamental de toda a sua estrutura, e que até tende a representar total confusão entre as duas ideias. Superar esse positivismo legislativo extremo nos permite perceber a existência de certos valores que são válidos por eles mesmos e cuja validade e eficácia devem ser preservadas, independentemente do reconhecimento explícito da regra positiva. E esta é provavelmente a manifestação mais relevante que a noção de ordem pública começou a se desenvolver em nosso tempo.

Os valores imanentes à condição humana têm seu próprio brilho e permitem alcançar eficácia jurídica imediata e uma qualidade transcendente em relação ao Direito Positivo. A norma positiva deve ser adaptada e contemplar devidamente a ordem pública. Mas a existência de tal objetivo não deve levar ao erro de acreditar que é através da análise do direito positivo que a substância da ordem pública pode ser automaticamente inferida.

Pelo contrário, é possível que a norma positiva contradiga os valores integrais dessa última noção, e é tarefa do jurista discernir se tal circunstância é legitimada por razões excepcionais de interesse geral (que permitem privilegiar a proteção de certos valores em detrimento de outros) ou sim, é simplesmente uma violação da ordem pública. No campo trabalhista, essa perspectiva tem potencial para adquirir projeções interessantes sobre o sucesso que certas propostas flexíveis tiveram no nível legislativo.

A reivindicação do significado antropocêntrico do Direito do Trabalho e dos três valores básicos que essa disciplina contribuiu para o conceito de ordem pública (o trabalho não é uma mercadoria, o trabalho deve estar sujeito à proteção legal especial e ao critério da justiça social, como diretora da regulamentação do trabalho humano) constitui uma tarefa que permanece para os juristas.



REFERÊNCIAS

- ALFONSÍN, Q. **Curso de Derecho Privado Internacional**, Teoría del Derecho Privado Internacional. Montevideo: 1953.
- ALGLAVE, Émile. Definition de l'ordre public en matière civile. **Revue Pratique de Droit Francais**, t. XXV. Año 1868.
- ALONSO OLEA, Manuel, De la servidumbre al contrato de trabajo, **Cuadernillos de la Fundación Electra**, Páginas Memorables, núm. 1, Mdeo., 2014.
- BARASSI, Ludovico. **Tratado de Derecho del Trabajo**, Bs. As.: Ed. Alfa, 1953.
- BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **Curso sobre la Evolución del Pensamiento Juslaboralista**. Mdeo.: FCU, 2009.
- BARBAGELATA, H.-H. **El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales**. 2. ed. actualizada y ampliada. Montevideo: FCU, 2009.
- BARBAGELATA, H.-H. Perspectiva de una Carta de derechos fundamentales para el MERCOSUR e Papel de una Carta Social y de las Declaraciones y Pactos Internacionales en el MERCOSUR. Contenido de la Carta Social. **VII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y Seguridad Social**. Costos laborales. Carta de derechos fundamentales. Montevideo: FCU, 1993.
- BAUDRY, G., HOUQUES FOURCADE, M., **Traité Théorique et Pratique de Droit Civil**. Des personnes. 3. ed. París: 1907.
- BEUDANT, Charles, **Cours de droit civil français**. 2. ed. París: 1934.
- BEVILACQUA, Clovis, **Direito internacional privado**. 3. ed. 1938.
- BULYGIN, Eugenio. El problema de la validez en Kelsen. In **Validez y eficacia del Derecho**. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2005.
- CALDERA, Rafael. **Derecho del Trabajo**, t. I. 2. ed. El Ateneo: Bs.As.: 1960.
- CARNELUTTI, Francesco. **Teoría General del Derecho, Teoría General del Derecho**. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1941.
- CHADWICK. E. **Report on the sanitary condition of the labouring population of Great Britain (1842)**. Edimburgo, University Press: 1965, p. 220-241. Disponível em: <http://archive.org/details/reportonsanitary00chaduoft>. Acesso em: 14 dez. 2020.



- DE ROA, Julio. **Del orden público en el Derecho Positivo**. Bs. As.: 1926.
- DEMOLOMBE, Charles. **Cours de Code Napoleon**, t. I. 2. Ed. París : 1860.
- ERMIDA URIARTE, Óscar. **Empresas multinacionales y Derecho Laboral**. Montevideo: 1981.
- ERMIDA URIARTE, Óscar. Ética y Derecho del Trabajo. In **Veinte Estudios Laborales en Memoria de Ricardo Mantero Álvarez**. FCU: 2004.
- ERMIDA URIARTE, Óscar, Meditación sobre el Derecho del Trabajo. **Cuadernillos de la Fundación Electra**, n. 1, Montevideo, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. 4. ed. Madrid: Ed. Trotta, 2004.
- FUEYO LANERI, F. La noción de orden público y su evolución útil. **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales**, n. 3-4, año XVIII, Montevideo, jul.-dic. 1967.
- GAMONAL CONTRERAS, S. **Fundamentos de Derecho Laboral**. Santiago: LexisNexis, 2008.
- GAMONAL CONTRERAS, S. **Introducción al Derecho del Trabajo**. Santiago de Chile: Ed. Cono Sur Ltda., 1998.
- GARMENDIA, Mario. **Orden público y Derecho del Trabajo**, 2. ed. La Ley Uruguay: 2016.
- GOUNOT, Emmanuel. **Le principe de l'autonomie de la volonté en Droit privé**. Contribution a l'étude critique de l'individualisme juridique. Paris: Arthur Rousseau éditeur, 1912.
- KROTOSCHIN, E. **Instituciones del Derecho del Trabajo**, T. I. Buenos Aires: 1947.
- LAURENT, François. **Principes de Droit Civil Français**, t. I. 5. ed. Bruselas, París: 1893.
- LEE, Eddy. La Déclaration de Philadelphie: retrospective et perspective. In VV.AA. **La Mondialisation, origines, développements et effects**. Québec : Les presses de l'Université Laval, 2004.
- LIMA, O. Orden público y renuncia al empleo. **Rev. Argentina Derecho del Trabajo**, t. XXI, Buenos Aires, 1961.
- LYON-CAEN, Antoine. Actualité du contrat de travail. **Droit Social**, nº 7-8, jul.-ago., 1988.
- MARCADÉ, Victor. **Explication théorique et pratique du Code Civil**, T. I. 7. ed. París: 1873.
- MARTÍNEZ PAZ, Enrique. El concepto de orden público en el Derecho privado positivo. **Rev. Argentina del Colegio de Abogados**, año XXI, T. XX, Nº 4, Bs. As., julio-agosto 1942.



MONEREO PÉREZ, José Luis. **Estudio Preliminar sobre Reformismo Social y Socialismo Jurídico a la obra de Anton Menger, El Derecho Civil y los Pobres**. Granada: Ed. Comares, 1998.

MORAES FILHO, Evaristo de. **A natureza jurídica do direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil: 1954.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. Carlos. **Derecho del Trabajo e Ideología**. 7. ed. Revisada. Madrid: Tecnos, 2011.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los derechos humanos para el Derecho Laboral. **Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales**, n. 1, Montevideo, 1968.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los derechos humanos y el derecho del trabajo. **Rev. Debate Laboral**, n. 6, Costa Rica, 1990.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. **Los principios del Derecho del Trabajo**. 3. ed. Actualizada. Buenos Aires: Depalma, 1998.

PLÁ RODRÍGUEZ, A. Reflexiones sobre el Derecho Internacional del Trabajo. **Rev. Derecho Laboral**, t. XVIII, n. 100.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, G. (con la colaboración de Esmein, P.). **Traité Pratique de Droit Civil Français**, T. VI. París: 1930.

ROMAGNOLI, Umberto. La desregulación y las fuentes del Derecho del Trabajo. **Reflexiones sobre el Derecho del Trabajo y la flexibilidad**. Lima: Instituto Peruano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 1994.

RISOLÍA. Orden público y derecho privado positivo. **Separata del Libro en Homenaje a Enrique Martínez Paz**, Buenos Aires, 1957.

SAVIGNY, Friederic Carl von. **Traité de Droit romain**, t. VIII. Trad. Guenoux. París: 1885.

SINZHEIMER, Hugo. La democratizzazione del rapporto di lavoro. **Giornale di Diritto del lavoro e di relazioni industriali**, n. 2, 1979 (1928).

SUPERVIELLE, Bernardo. El orden público y las buenas costumbres. **Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración**, t. 54, Montevideo, 1956.

SUPIOT, Alain. **El Derecho del Trabajo**. Bs. As.: Heliasta, 2008.



SUPIOT, Alain. **El espíritu de Filadelfia, La justicia social frente al mercado total**. Barcelona: Ed. Península, 2011.

TOSCA, D. M. Fuentes del Derecho del Trabajo. In ACKERMAN, Mario; TOSCA, Diego M. Tosca (coord.). **Tratado de Derecho del Trabajo** (Cap. VI), T. I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005.

UGARTE CATALDO, José Luis, **Derecho del Trabajo: invención, teoría y crítica**. Santiago: Thomson Reuters La Ley e LegalPublishing, 2014.

VV.AA. El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Granada: Ed. Comares, 2014.

