

**O AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL:
UMA RELEITURA À LUZ DO TRIDIMENSIONALISMO
DE MIGUEL REALE**

THE PRIOR PROPORTIONAL NOTICE:
A RELEASE IN THE LIGHT OF THE TRIDIMENSIONALISM
OF MIGUEL REALE

Fausto Siqueira Gaia¹

Recebido em: 29/05/2017
Aprovado em: 01/09/2017

RESUMO

O presente artigo científico analisa o instituto do Direito do Trabalho do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço à luz da Teoria Tridimensional do Direito desenvolvida por Miguel Reale. O cotejo dos historicismos factual, axiológico e normativo permitirá compreender que os institutos jurídicos demandam do intérprete autêntico uma compreensão evolutiva, sem que haja a necessidade de alteração legislativa, considerando as alterações dos cenários social e econômico. O direito fundamental social do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço sofre, desde a sua regulamentação legislativa ocorrida no ano de 2011, necessidade de reinterpretação, diante da alteração do cenário macroeconômico, que impacta a dinâmica das relações de emprego.

¹ Doutorando em Direito do Trabalho – PUC/SP
Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais – FDV

Juiz do Trabalho Substituto – TRT 17

PALAVRAS-CHAVE

Aviso prévio proporcional. Tridimensionalismo.

ABSTRACT

The present scientific article analyzes the institute of Labor Law of the preliminary notice proportional to the time of service in light of the Three - Dimensional Theory of Law developed by Miguel Reale. The comparison of factual, axiological and normative historicisms will allow us to understand that legal institutes demand from the authentic interpreter an evolutionary understanding, without the need for legislative change, considering the changes in social and economic scenarios. The fundamental social right of prior notice proportional to the length of service has suffered, since its legislative regulation occurred in 2011, the need for reinterpretation, given the change in the macroeconomic scenario, which impacts the dynamics of employment relations.

KEYWORDS

Prior proportional notice. Tridimensionalism.

INTRODUÇÃO

A Teoria Tridimensional do Direito desenvolvida por Miguel Reale marcou a quebra do paradigma do purismo da Ciência do Direito, que compreendia o fenômeno jurídico apenas sob o aspecto da norma jurídica. Competiam às áreas da Sociologia Jurídica e da Filosofia do Direito as análises relativas aos fatos sociais e aos valores, de forma isolada e sem comunicação recíproca com outras searas do conhecimento científico.

A compreensão de que o Direito era adstrito apenas ao campo normativo limitava o intérprete autêntico na sua aplicação diante do caso concreto. Esse cenário demandava da Ciência do Direito a aplicação e o desenvolvimento da Teoria das Lacunas, para o constante acertamento do estado de incorreção do sistema jurídico.

O tridimensionalismo de Miguel Reale permitiu compreender que a norma jurídica é fruto da tensão dialética constante entre os aspectos factuais e axiológicos. Rompe-se, com isso, a noção de que a norma jurídica é um produto pronto e acabado a ser utilizado pelo aplicador do direito. As mudanças dos cenários factuais e axiológicos autorizam a compreensão evolutiva do fenômeno normativo. Permite-se ao intérprete autêntico reconhecer que o estado de incorreção do sistema é apenas aparente e não uma realidade.

O presente artigo científico pretende analisar, à luz da Teoria Tridimensional do Direito, o instituto do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, direito fundamental social previsto no artigo 7º da Constituição da República, que sofreu regulamentação legislativa por meio da Lei nº 12.506/2011. Procurar-se-á investigar se o instituto do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, tal como regulamentado pelo legislador ordinário, é instituto aplicável apenas em benefício do trabalhador ou também se o empregador poderá se valer do mesmo, em situações de rescisões unilaterais do contrato de trabalho decorrentes da iniciativa do trabalhador?

Para isso analisaremos as concepções do fenômeno jurídico que antecederam Miguel Reale no século XIX como forma de demonstrar a evolução histórica do pensamento sobre essas concepções. Trataremos ainda do conceito de sistema e faremos uma comparação entre o sistema concebido por Hans Kelsen e aquele concebido por Miguel Reale. Em seguida trataremos da teoria tridimensional do direito de Miguel Reale propriamente dita.

O tridimensionalismo de Miguel Reale permitirá compreender que, na análise dos fenômenos jurídicos, como é a situação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, devem ser observados conjuntamente os elementos factuais, axiológicos e normativos. Estes elementos, como será visto ao longo do presente trabalho, estão em constante tensionamento e se relacionam em uma forma peculiar da dialética – a dialética da complementariedade.

1 A ONTOGNOSEOLOGIA E O HISTORICISMO

A Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale analisa a experiência jurídica a partir de uma compreensão ontognoseológica, ou seja, de uma teoria do conhecimento que representa a correlação entre conhecimento e realidade, a partir de uma dialética própria, qual seja a dialética da complementariedade (REALE, 2002, p. 300).

Para Miguel Reale, a ontognoseologia representa duas formas de pesquisas sobre as condições do conhecimento em um primeiro momento, tanto no âmbito subjetivo (gnoseologia), quanto no âmbito objetivo (ontologia em sentido estrito). Na ontognoseologia, enquanto teoria do conhecimento, são indagados os valores envolvidos na atividade de conhecer e como esses valores fazem produzir o conhecimento objetivo.

Posteriormente, afirma o professor Miguel Reale que, nesses âmbitos, “... após essa apreciação de caráter estático, culmina em uma correlação dinâmica entre sujeito e objeto, como fatores que se exigem reciprocamente segundo um processo dialético de complementariedade” (2002, p. 30), onde o sujeito e o objeto não podem ser pensados e compreendidos de forma segregada, mas sim de forma integrada.

O fenômeno jurídico, portanto, representa tanto uma forma de manifestação da realidade quanto do conhecimento. Nesse sentido, propõe Miguel Reale que a ontognoseologia, enquanto uma teoria do conhecimento, representa uma forma de integrar os campos do fato, do valor e da norma, superando a dimensão fragmentada por justaposição de análise proposta por Gustav Radbruch (MASCARO, 2012, p. 331).

João Maurício Adeodato afirma que tanto Emil Lask quanto Gustav Radbruch compreendem os três planos, quais sejam, do fato, do valor e da norma de forma segregada, o primeiro a partir de uma concepção integradora desses

três planos e o último de uma forma justaposta (2002, p. 84).

Além de superar essa visão segregada, pretendeu-se, com a Teoria Tridimensional do Direito, superar a concepção do Direito como algo pronto e acabado, ou seja, um “dado natural”. Na realidade, a Teoria Tridimensional do Direito desenvolvida por Miguel Reale concebe a compreensão do fenômeno jurídico de forma dialética, ou seja, em constante movimento, e não como algo dado e estático.

No entanto, afirma Miguel Reale que a experiência jurídica pode ser analisada também sob o prisma ético ou da *praxis*, além da concepção gnoseológica, ou seja, do chamado historicismo axiológico, “quando o processo ontogenesiológico se põe como objetivação histórica, em termos de experiência axiológica ou histórico-cultural” (1994, p. 79).

A história não deve ser restrita ao conhecimento de fatos do passado. A perspectiva histórica deve ser compreendida dialeticamente “condicionando a coexistência humana no hoje e no amanhã, a partir de ações do passado” (BITTAR, 2016, p. 632), fazendo com que haja interdependência entre presente, passado e o futuro.

O Direito é um fato histórico e cultural e, como tal, cambiante no tempo e no espaço. Qualquer forma de conhecimento, inclusive do Direito, se compreendido de forma despida de sua dimensão histórica, implicaria um manifesto equívoco, já que o homem é um ente manifestamente histórico e, como tal, evolutivo.

O Direito não pode, no entanto, ser compreendido em um historicismo fechado, ou seja, determinado por fatos do passado, sem a possibilidade de modificação do futuro, sob pena de rompimento. O direito, assinala Miguel Reale, compreende um “*historicismo aberto*, que leva em conta o fator decisivo do *ineditismo da liberdade*, como componente do futuro, para a vivência do presente e diagnóstico do passado” (1994, p. 83) (destaques no original).

Não apenas as normas devem ser compreendidas em uma perspectiva histórica, mas também os fatos e os valores. O Direito não se reduz apenas às normas, como sustentam os normativistas, como Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, mas também aos fatos e valores.

Os valores não são objetos estáticos, mas devem ser inseridos e compreendidos em sua perspectiva histórico-evolutiva. Não é possível, assim, o valor se reduzir de forma permanente ao real, sob pena de, como assinala Miguel Reale

em sua Filosofia do Direito, perder “a sua essência que é a de superar sempre a realidade graças à qual se revela e na qual jamais se esgota” (2002, p. 207).

Além dos aspectos normativos e axiológicos, o aspecto factual também é histórico e cultural, podendo, inclusive, o mesmo fato ser estudado de forma distinta por cientistas de áreas de saber distintas.

A possibilidade de mudança é a condição para a própria permanência e estabilização das relações sociais. Tudo é mutável e cambiante, como já assinala Heráclito de Éfeso (JAEGUER, 2001, p. 227) em sua filosofia.

Assevera Miguel Reale que, além da dimensão histórica, o ato de conhecer apresenta polaridade e, ao mesmo tempo, complementariedade e correlação entre a teoria e a prática (1994, p. 82). Essa visão de Miguel Reale supera a concepção kantiana de que separação entre as instâncias teóricas e as instâncias práticas.

Cumprir acrescentar, outrossim, que é por meio da dialética da complementariedade é possível estabelecer a ligação entre as experiências gnoseológica e ética. A gnoseológica representa o ramo da filosofia que estuda o conhecimento, sua origem e a sua natureza.

A dialética da complementariedade, contudo, não se confunde com a dialética material marxiana, esta concebida como implicações entre os opostos, ou seja, entre a tese e a antítese que se superam em busca de uma síntese. A dialética da complementariedade, assinala Miguel Reale, representa o tensionamento das contradições, mantendo a correlação entre si, sem que os elementos deixem de serem contrários (1994, p. 72).

2 O SISTEMA NA TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO: AS DIMENSÕES DO FATO, DO VALOR E DA NORMA

A ciência do Direito era polarizada essencialmente em duas teorias que tentava reduzir o fenômeno jurídico apenas à esfera da norma, ora à esfera do mundo fático. O primeiro grupo era representado pelos normativistas, que reduzia o Direito à norma positiva (KELSEN, 1983, p. 17). O segundo grupo, que reduzia o fenômeno jurídico à dimensão fática, era marcado pela influência do sociologismo, em suas múltiplas vertentes, dentre elas a Escola do Direito Livre de Oskar Von Büllow (LARENZ, 1983, p. 70), do direito social e do direito concreto.

A Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale representou uma ruptura a essa tensão desses dois polos que compreendia o fenômeno jurídico, ora adstrito apenas como norma, ora apenas como fato social.

A compreensão da Teoria Tridimensional do Direito não pode ser adstrita pura e simplesmente na compreensão que a experiência jurídica se reduz ao fato, ao valor e à norma. Miguel Reale elaborou um tridimensionalismo específico, concreto e dialético, ou seja, a compreensão de que a tridimensionalidade da experiência jurídica deve ser compreendida a partir de uma visão integrada das dimensões do fato, do valor e da norma (2000, p. 28).

A Teoria Tridimensional do Direito, para o próprio Miguel Reale, representou uma evolução da sua concepção sobre a experiência jurídica, já que afirma que, em 1940, quando da confecção da sua tese intitulada “Fundamentos do Direito”, afirmara que havia uma realidade tão-somente bidimensional, “de substrato sociológico e de sentido axiológico-normativo” (1994, p. 91).

O giro apresentado pelo professor Miguel Reale foi marcado pelo reconhecimento do elemento “valor”, como elemento autônomo, ao lado dos elementos normativos e factuais, e, posteriormente, com a compreensão da dialética da complementariedade.

Miguel Reale, por meio da concepção histórica dos valores, afastou-se de outras tendências, como a dos subjetivistas, da sociologia do valor, a dos ontologistas do valor e do historicismo cultural.

No subjetivismo e no utilitarismo de Jeremy Bentham, o elemento “valor” é considerado como sendo algo intrínseco ao indivíduo, ou seja, uma ideia que parte do próprio indivíduo e de sua consciência (VÁSQUEZ, 2003, p. 288). Em lado oposto, a sociologia do valor de Émile Durkheim concebe o elemento “valor” em uma dimensão coletiva, superando o individualismo do paradigma do Estado liberal. O “valor” deriva de uma consciência coletiva (DURKHEIM, 1973, p. 273).

Nicolai Hartman, por sua vez, considera o “valor” como algo que está presente nas coisas e não no homem, de quem é independente. Esta concepção representa manifestação crítica direta ao subjetivismo. O valor, portanto, é apreendido pelo conhecimento, já que não está presente no próprio homem (HARTMANN, 2011, p. 54). Já o historicismo cultural situa o valor como algo do passado, na história.

Insta frisar, por oportuno, que o elemento “valor” para Miguel Reale (1994,

p. 94) não se confunde com a noção de “objetos ideais”. Os chamados “Objetos ideais”, para Carlos Cóssio da Escola Ecológica e referidos por Maria Helena Diniz (2009, p. 137) em sua obra, apresentam como características essenciais o fato dos mesmos serem irrealis, ou seja, não têm existência no tempo e no espaço, e, além disso, não estão na experiência e são neutros ao valor e são conhecidos por meio de atos de inteligência.

Os “objetos ideais”, portanto, são inespaciais e atemporais, ou seja, não ocupam lugar no espaço e no tempo, não pertencem à experiência sensível e são neutros em relação aos valores.

Já o elemento “valor”, para Miguel Reale, se distingue dos chamados “objetos ideais” por serem caracterizados por quatro aspectos diferenciadores, quais sejam: pela “realizabilidade”, ou seja, se apresenta como algo real e realizável no plano fático, bem como pela “inexauribilidade” ou sua inesgotabilidade, não se exaurindo quando da sua realização, pela “transcendentalidade” decorrente da extrapolação do caso particular em que é aplicado ou reconhecido, e, por fim, pela sua “polaridade”, ou seja, a sua compreensão deve se dar pensando também em seu oposto, de forma complementar (bem x mal, justo x injusto, etc.) (REALE, 1994, p. 94).

O valor, para Miguel Reale, pertence à esfera do “dever-ser”. O Valor, portanto, representa uma “intencionalidade historicamente objetivada no processo da cultura, implicando sempre o sentido vetorial de uma ação possível” (REALE, 1994, p. 94).

Além da dimensão valorativa, o fenômeno jurídico também apresenta a sua dimensão fática, na Teoria Tridimensional do Direito. O fato no Direito tanto pode decorrer de uma atividade intencional do homem, ou seja, produto da própria ação humana, como pode ser algo que acontece independentemente de sua intervenção.

Assim como os valores, os fatos assumem uma dimensão histórica, ou seja, o fato de que cuida o jurista “é algo que somente o é enquanto se situa no envolver na história, recebendo significado no contexto ou na estrutura em que ele ocorre” (REALE, 1994, p. 95). Além disso, para Miguel Reale todo o fato no historicismo axiológico recebe uma qualificação axiológica, ou seja, somente é pensável com uma referência ao elemento “valor”, mas a este elemento não se reduz (1994, p. 95).

Dessa forma, compreende-se que na Teoria Tridimensional do Direito fato

e valor não são elementos estanques e incomunicáveis. Pelo contrário, são dimensões entrelaçadas em si que se tencionam mutuamente.

Nesse sentido, Miguel Reale realiza a concepção normativa de Kelsen, para quem a norma jurídica é uma proposição inicial, lógica e dada. Para Miguel Reale:

não nos é possível enunciar uma norma jurídica obedecendo tão-somente a conexões lógicas *a priori* do pensamento *in abstracto*, ainda quando nos propomos atingir hipoteticamente um resultado; nem podemos conceber a norma jurídica como uma relação neutra e objetiva, como se fosse simples cópia ou retrato de conexões de natureza factual. Toda norma jurídica assinala uma tomada de posição perante os fatos em função tensional de valores (REALE, 1994, p. 96).

Dessa forma, há que se compreender em Miguel Reale a construção de um normativismo concreto, ou seja, ligado a fatos e aos valores. Daí porque se pode compreender a afirmação de que a “norma jurídica é a sua interpretação” e que “Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores” (REALE, 1994, p. 97).

A norma jurídica representa, portanto, a qualificação valorativa de um fato em determinado contexto histórico. A norma jurídica não pode ser considerada como algo dado e nem pode ser considerada imutável no tempo, já que tanto os valores quanto os fatos são dimensões históricas e, como tais, cambiantes.

As mudanças da norma jurídica podem ser decorrentes tanto de alterações semânticas, quanto de alterações supervenientes de fatos e dos valores que regem dada sociedade podendo implicar, inclusive, a sua revogação (REALE, 1994, p. 101).

Os elementos fáticos e valorativos permanecem em constante tensão e evolução no tempo e no espaço, o que, por consequência, implica alterações na norma em seu sentido. A sociedade é cambiante e, como tal, os fatos sociais e os valores. Daí porque para Miguel Reale:

A regra jurídica, destinada a reger os comportamentos humanos ou de ordenar serviços ou instituições, jamais se desprende da vida social, exercendo influência sobre a sociedade e alterando o seu significado em virtude da reação de seus destinatários (REALE, 1994, p. 101).

A compreensão da norma jurídica como algo estático deve ser superada, já que o Direito pertence ao mundo da vida e, a este, está interligado

e inter-relacionado.

A dialética da complementariedade, na Teoria Tridimensional do Direito, representa esse movimento e a constante tensão entre os elementos fáticos, axiológicos e normativos, historicamente considerados.

O sistema na Teoria Tridimensional do Direito desenvolvida por Miguel Reale é um sistema aberto, múltiplo, dinâmico e prospectivo, onde não há hierarquia entre os seus elementos. A análise dos elementos do Direito é feita concomitantemente, ou seja, fato, valor e norma são analisados em igualdade estrutural.

O sistema para Miguel Reale apresenta abertura e em comunicação constante dos seus elementos constitutivos, já que os mesmos são compreendidos e estudados conjuntamente. Há, assim, no sistema de Miguel Reale, subsistemas de fatos, de valores e de normas que se comunicam constantemente, um socorrendo o outro. Diferentemente se apresenta o sistema do modelo desenvolvido por Hans Kelsen, onde o sistema é fechado e retrospectivo.

O ordenamento jurídico para Miguel Reale é o conjunto de normas, de fatos e de valores que se encontram em pé de igualdade e devem, deste modo, ser compreendidos conjuntamente. Permite-se, assim, para este autor, que qualquer problema que se verifique no subsistema normativo, os subsistemas fáticos e valorativos poderão ser acionados para socorrê-lo.

Diante desse grau de abertura e dinamismo do sistema para Miguel Reale, será analisado na próxima parte do nosso trabalho os impactos do tridimensionalismo na compreensão do instituto do Direito do Trabalho do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

3 O TRIDIMENSIONALISMO DE MIGUEL REALE E O AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL AO TEMPO DE SERVIÇO

O direito poderá, como já afirmado na parte anterior do nosso trabalho, sofrer alterações ao longo do tempo, tendo em vista a sua dimensão viva e histórica. Como já foi dito, a tensão dialética entre a dimensão axiológica e a dimensão fática provoca a alteração normativa, já que a norma jurídica está inserida no chamado mundo da vida e, como tal, é cambiante no tempo e no espaço.

Sendo a norma jurídica produto da tensão dialética entre os campos dos valores e dos fatos, tem-se que a alteração de quaisquer dessas dimensões pro-

vocará invariavelmente alteração da norma jurídica, ainda que não se modifique o texto normativo.

Os dados linguísticos contidos no texto normativo por si só representam apenas os elementos visíveis na atividade de concretização da norma jurídica, ou seja, a “ponta do iceberg” (MÜLLER, 2013, p. 86) de onde parte o operador do direito na atividade intelectual. Os dados da realidade representam nesta toada fatores relevantes na atividade de constituição da norma jurídica, considerando que o Direito e a realidade são influenciáveis entre si.

O papel do texto da norma é apenas o de estabelecer o marco inicial da atividade de concretização diante do caso posto. Daí porque se tem a necessidade de verificar os elementos concretos do caso, ou seja, do mundo dos fatos, para a constituição da norma jurídica.

A compreensão da Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale pode ser melhor apresentada a partir de situações do caso concreto, onde é possível verificar a tensão dialética entre os elementos valorativos e factuais que redundam a compreensão do alcance da norma jurídica.

No âmbito do direito material do trabalho, valemo-nos do instituto do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, positivado na Constituição da República. O direito ao aviso prévio é um direito fundamental social, assegurado pela Constituição da República de 1988 em seu artigo 7º, XXI. Dispõe o texto da norma jurídica que é assegurado o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, de no mínimo trinta dias, nos termos da lei.

Antes mesmo do reconhecimento do direito ao aviso prévio como direito fundamental social, a Consolidação das Leis do Trabalho já previa o direito ao aviso prévio, tanto aplicável em favor do empregado, quanto em favor do empregador.

Na dicção do texto consolidado, especialmente do artigo 487, tem-se que o aviso prévio é um direito que pertence às partes do contrato de trabalho, e não apenas ao empregado. Desse dispositivo da Consolidação das Leis do Trabalho extrai-se que aquela parte que pretende resilir unilateralmente o contrato de trabalho deve avisar a parte contrária com antecedência de pelo menos 30 dias, uma vez que a Constituição da República de 1988 não recepcionou o inciso I do artigo 487 da CLT, que previa o aviso prévio de 8 dias para aqueles que percebessem remuneração por período semanal ou inferior.

O instituto do aviso prévio tem como valores subjacentes o da proteção e

o da segurança das partes do contrato de trabalho, permitindo que a parte da relação empregatícia que recebe o aviso prévio possa se antever da extinção do contrato e, no caso do empregado, buscar uma nova recolocação profissional no mercado de trabalho e, no caso do empregador, procurar um substituto legal para o empregado demissionário.

Após quase 25 anos da data da promulgação do texto constitucional, o legislador ordinário regulamentou o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, suprimindo ato omissivo decorrente de norma constitucional de eficácia limitada, especialmente após diversas decisões do Tribunal Superior do Trabalho que vinham, por meio de acórdãos proferidos em casos individuais, dando contornos a este direito fundamental social, que pendia de regulamentação normativa.

A edição da Lei Federal nº 12.506/2011 reconheceu que o aviso prévio, de que trata a Consolidação das Leis do Trabalho, será proporcional ao tempo de serviço, na variação de no mínimo 30 dias, como constitucionalmente assegurado, e assegurado ainda 3 dias para cada ano completo no serviço, observado o limite de 90 dias.

O problema que se coloca a partir da regulamentação legislativa é se o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço é um direito de proteção exclusivo do empregado – parte mais vulnerável no contrato de trabalho – ou se também se aplicaria ao empregador?

O Tridimensionalismo de Miguel Reale é capaz de demonstrar que a alteração do cenário factual permitiria a interpretação variante do instituto do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

O Brasil, no ano de 2011, ano de elaboração da Lei nº 12.506, passava por um período economicamente próspero, com índices de desemprego que era de 4,7% da população economicamente ativa no mês de dezembro, segundo dados estatísticos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE².

Nesse cenário macroeconômico, de baixa taxa de desemprego, era observada uma elevada taxa de rotatividade de mão-de-obra, onde era bastante comum pessoas com vínculo empregatício deixarem seus postos de trabalho, em razão de novas oportunidades surgidas, inclusive com melhores salários.

O cenário fático do Brasil no período imediatamente após a elaboração da

² Conforme dados colhidos no Portal Brasil, acessado em 11 de abril de 2017 às 15h35, no sítio <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2013/01/pais-fecha-2012-com-menor-taxa-de-desemprego>

Lei nº 12.506 era caracterizado por situação de pleno emprego, o que permitiu a compreensão jurisprudencial no sentido de reconhecer que o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço também era aplicável em favor do empregador, de modo a permitir a proteção desta parte do contrato de trabalho que muitas vezes dispndia valores no treinamento de empregados e necessitavam de tempo para buscar substitutos, sendo surpreendidos com a decisão unilateral destes em deixarem seus postos de trabalho.

A partir do ano de 2014, com o agravamento da crise econômica que passou a assolar o país, a taxa de desempregados saltou para quase 13,2% da população economicamente ativa no primeiro trimestre de 2017, segundo dados atualizados do IBGE³. Diante dessa relevante alteração do cenário do mundo dos fatos, verificou-se uma alteração do posicionamento dos Tribunais Regionais do Trabalho, no sentido de afirmar que o direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço seria um direito subjetivo apenas do empregado, parte mais vulnerável na relação de emprego.

E não apenas o cenário fático sofreu alteração. O próprio valor de proteção sofreu alteração em seu grau, pois o valor de proteção e de segurança do trabalhador ganhou maior importância em detrimento da proteção e da segurança do empregador.

O Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, em maio de 2015, inclusive sumulou posicionamento jurisprudencial nesse sentido, considerando a alteração do cenário fático, conforme verbete número 35, *verbis*:

SÚMULA nº 35. AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. LEI Nº 12.506/2011. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL. DIREITO EXCLUSIVO DO TRABALHADOR. Em respeito ao princípio do não-retrocesso social, o aviso prévio proporcional instituído pela Constituição Federal (art. 7º, inciso XXI) e regulamentado pela Lei nº 12.506/2011 é direito exclusivo do trabalhador.

As alterações dos cenários fático e dos valores ocorridas entre o momento da edição da Lei nº. 12.506, que regulamentou o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, e aquele da edição da súmula do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região evidencia que a interpretação da norma jurídica variou no

³ Consoante dados colhidos no sítio do IBGE, acessado em 11 de abril de 2017, às 15h59, no sítio: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=149

tempo, em razão da alteração dos elementos factual e valorativo, que permaneceram em constante tensão dialética, ainda que não houvesse a alteração do texto da norma jurídica.

A Teoria Tridimensional do Direito desenvolvida por Miguel Reale permite compreender que a norma jurídica está inserida no mundo da vida e, como tal, é cambiante no tempo e no espaço, conforme eventuais alterações dos cenários do mundo dos fatos e dos valores.

CONCLUSÃO

Direito representa a integração de fato, valor e norma. Miguel Reale transcende os limites do juspositivismo, tal como defendido por Bobbio, Kelsen e Hart. Kelsen em sua teoria da normatividade do direito compreende o fenômeno jurídico como sendo adstrito unicamente ao elemento da norma jurídica.

Embasa Miguel Reale a sua Teoria defendendo o culturalismo jurídico, que rompe com a normatividade estrita e fechada kelseniana. No culturalismo, tem-se que o Direito se lastreia no mundo da cultura, sendo resultado de um processo histórico e, como tal, cambiante no tempo e no espaço.

Há na Filosofia do Direito os mundos do “ser” e do “dever-ser”. O mundo do “ser” ou dos fatos é representado pelo mundo da realidade social, tal como ele se apresenta. Já o campo do “dever-ser” manifesta-se pela realidade social desejada. Dessa forma, compreende-se que o direito positivado está sempre indo ao encontro dos fatos, tentando regular as situações fáticas ainda não contempladas pelo legislador.

A Teoria Tridimensional do Direito compreende o fenômeno jurídico como sendo representado pelo tensionamento dos elementos fáticos, axiológicos e normativos, em sua mútua implicação. Não é possível no tridimensionalismo pensar a esfera normativa desvincilhada das esferas axiológicas e fáticas.

O processo de formação das normas jurídicas, portanto, decorre do complexo axiológico, factual e normativo. Na dimensão fática do fenômeno jurídico, o Direito é compreendido como uma realidade histórico-cultural. Na dimensão axiológica, o Direito é compreendido a partir de valores que, por sua realizabilidade, inexauribilidade, transcendência e polaridade, se distinguem dos chamados objetos ideais. Por fim, na dimensão normativa do fenômeno, o Direito deve também deve ser visto como norma jurídica.

Todo fato social deve ser visto e analisado sob o viés axiológico, ou seja, a partir dos valores existentes em dada sociedade organizada. Do tensionamento dos fatos com o elemento valorativo são produzidas as normas jurídicas. Deve ser destacado, por oportuno, que o fato isolado, da mesma forma que o valor, não são capazes de produzir a norma jurídica.

A Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale rompe com o normativismo estrito e fechado para compreender que o Direito deve ser compreendido não apenas como norma jurídica, mas também como fato social jungido de valores. Não se reduz, assim, o fenômeno jurídico a uma sociologia jurídica ou apenas a uma filosofia moral.

Para Hans Kelsen o direito é um sistema de normas e a ciência jurídica limita-se ao conhecimento e descrição de normas jurídicas, bem como às relações entre fatos e as mesmas normas jurídicas.

O jurista kelseniano somente se preocupa com a norma jurídica posta, com a conduta humana, enquanto esta constitui o conteúdo da norma jurídica. Os fatores que interferem na produção da norma jurídica bem como os valores que nela se encerram são estranhos ao objeto da ciência jurídica. Para Kelsen, o estudo desses elementos cabe à sociologia, à psicologia, à ética. Isso porque o conhecimento jurídico, para ser científico, deve ser neutro no sentido de que não deve ser emitido qualquer juízo de valor acerca da opção feita pelo legislador.

O sistema de Kelsen, portanto, é um sistema fechado construído de forma piramidal segundo o qual a norma inferior retira seu fundamento de validade da norma hierarquicamente superior. A norma hipotética fundamental é uma grande hipótese que dá ao jurista kelseniano condição de criar seu sistema. Para Kelsen a ciência do direito é uma ciência teórica e o conteúdo da norma não é do interesse de estudo do jurista. Como o jurista kelseniano só pode criar sistema que analise competência para elaborar norma (e não seu conteúdo), esse sistema é dinâmico, razão pela qual o método usado por Kelsen é o lógico-transcendental.

Feitas essas considerações pode-se perceber a quebra de paradigma instituída por Miguel Reale com sua teoria tridimensional do direito, que veio romper com o primado da ótica kelseniana então vigente.

O sistema de Miguel Reale adota o método lógico-dialético pois analisa a norma e relaciona essa norma aos valores e ao fato. Não há hierarquia para ele. A ciência do direito serve para guiar a atuação do aplicador do direito e é uma ciência prática. O sistema é aberto, múltiplo, dinâmico, composto de vários

subsistemas fáticos, valorativos e normativos que se relacionam e se auxiliam reciprocamente. Os elementos fato, valor e norma devem ser analisados concomitantemente e são estruturalmente iguais.

O sistema na Teoria Tridimensional do Direito desenvolvida por Miguel Reale é um sistema aberto, múltiplo, dinâmico e prospectivo, onde não há hierarquia entre os seus elementos. A análise dos elementos do Direito é feita concomitantemente, ou seja, fato, valor e norma são analisados em igualdade estrutural. Há, assim, concomitantemente, os subsistemas de fatos, de valores e de normas.

O sistema do tridimensionalismo jurídico apresenta abertura e está em comunicação constante dos seus elementos constitutivos, já que os mesmos são compreendidos e estudados conjuntamente. Há, assim, no sistema de Miguel Reale, subsistemas de fatos, de valores e de normas que se comunicam constantemente, um socorrendo o outro. Diferentemente se apresenta o sistema do modelo desenvolvido por Hans Kelsen, onde o sistema é fechado e retrospectivo, consubstanciado na estrutura piramidal.

O ordenamento jurídico para Miguel Reale é o conjunto de normas, de fatos e de valores que se encontram em pé de igualdade e devem, deste modo, ser compreendidos conjuntamente. Permite-se, assim, para este autor, que qualquer problema que se verifique no subsistema normativo, os subsistemas fáticos e valorativos poderão ser acionados para socorrê-lo.

Miguel Reale unifica as esferas da razão e da realidade em visão dialética, o que o aproxima da filosofia hegeliana. Na dialética da complementaridade, os elementos factuais e axiológicos estão em constante movimento, sem que haja superação e exclusão mútua. A norma jurídica redundante, assim, do processo dialético complementar em constante tensionamento das esferas factual e axiológicas.

O Direito, desta forma, não pode ser visto como exclusiva manifestação normativa ou factual ou axiológica, mas sim da compreensão conjunta e integrada dos elementos fato, valor e norma.

O aviso prévio proporcional ao tempo de serviço deve ser compreendido, neste sentido, sempre à luz das alterações da realidade social e dos valores nela presentes. Em um cenário econômico de elevação do número de desemprego, a proteção ao trabalho é valor essencial que se deve ter em mente pelo operador do direito. Assim, o direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço deve ser compreendido como garantia de proteção, nos dias atuais, apenas ao trabalhador, parte hipossuficiente na relação de emprego.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DURKHEIM, Émile. Da divisão do trabalho. In: **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

HARTMANN, Nicolai. **Ética**. Madrid: Encuentro, 2011.

JAEGER, Werner Wilhelm. **Paidéia**: a formação do homem Grego. Tradução de Artur M. Parreira. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1983.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Teoria do direito e do Estado**. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 2000.

_____. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VÁSQUEZ, Adolfo Sanchez. **Ética**. 24. ed. Rio de Janeiro: Civilizações Brasileiras, 2003.