

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO: FORMAS DE APLICAÇÃO OU LIMITAÇÕES DO CONTEÚDO? *

FERNANDO HOFFMANN *

“O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças”.
Ingo Wolfgang SARLET ¹.

1. INTRODUÇÃO

A grande maioria dos manuais que versam sobre a principiologia que informa o Direito do Trabalho trata

Artigo escrito em gratidão a todos os integrantes do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região que, de uma forma ou de outra, contribuíram para o desenvolvimento da dissertação apresentada e defendida pelo autor no Curso de Mestrado da UFPR.

** Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor da Universidade Federal do Paraná e da Universidade Tuiuti do Paraná. Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.*

¹ *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal, p. 59.*

superficialmente de uma das principais questões que deveria pontuar os debates travados na atualidade acerca dos reflexos produzidos pela Reestruturação Produtiva e pela Revolução Tecnológica nas relações de trabalho.

Estupefatos com o que o neoliberalismo e a globalização reservam ao princípio da proteção e ao Direito do Trabalho, os autores vêm demonstrando preocupação em relação à atualidade e à pertinência desta diretriz principiológica e esquecem-se de considerar se realmente houve o asseguramento de efetiva proteção jurídica ao trabalhador hipossuficiente ou se a tutela, apesar de anunciada, não foi concretizada ou foi, mas de forma insatisfatória e precária.

O princípio reitor do Direito do Trabalho, sempre o primeiro lembrado nos compêndios tradicionais, jamais teve o seu conteúdo completamente desvelado. Certo é que vários doutrinadores contribuíram sobremaneira para o desenvolvimento e o fortalecimento do princípio protetivo por meio da criação de algumas regras de aplicação.

O que se está a tratar, aqui, é se tais fórmulas de aplicação retratam todo o conteúdo do princípio protetor ou contribuem para limitar o seu espectro de atuação e se não seria possível falar-se apenas na aplicação pura e simples do princípio em voga, sem a necessidade de socorro das regras ou, em caso contrário, se estas regras resumir-se-iam a duas ou três.

2. IMPORTÂNCIA

Antes de tudo, não se pode esquecer que o princípio da proteção assume eminente relevância para o Direito do Trabalho e para a sociedade em geral: para o Direito do Trabalho, pois surgiu no mundo jurídico juntamente com esta disciplina e com ela viajou pelo tempo até chegar numa atualidade que lhe apresenta um cenário de crise, desatualização e reformulação; para a sociedade em geral, porque ninguém pode negar a relevância do nascente princípio protetivo quando dos primórdios

da Revolução Industrial, cujas precárias condições de trabalho marcaram infeliz e indelevelmente a história da humanidade.

A história do Direito do Trabalho confunde-se com a do princípio da proteção, por muitos considerado como o tronco do qual os demais princípios desta disciplina jurídica - irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, continuidade da relação de emprego e primazia da realidade - seriam meras ramificações.

Não só pelo fato de ser um princípio e, em função deste *status*, exercer diversas funções, tais como a interpretação, a aplicação e a integração do Direito do Trabalho, o princípio protetor inspira também os legisladores na criação do Direito, não só os operadores desta disciplina jurídica.

Tal como verificado nas demais disciplinas jurídicas, também o Direito do Trabalho é informado por uma principiologia própria, que lhe confere não só a autonomia como ciência, mas também a unidade conceitual e a ordenação estrutural, mormente se considerada a concepção de KANT de que é a unidade sistemática fundada em uma idéia que converte o conhecimento vulgar em ciência ².

Ademais e também a exemplo do que é verificado nos outros ramos do Direito, o Direito do Trabalho não se resume ao ordenamento positivo. Direito não é só lei. O fenômeno histórico de convergência entre Direito e Estado - processo de juridificação do Estado e de estatização do Direito ³, chamado por Miguel REALE de "jurisfação do poder" ⁴- enalteceu sobremaneira a supremacia da lei posta, a regra, e não do Direito como sistema normativo aberto e informado por princípios gerais.

Vivemos em um Estado formalmente Democrático de Direito, quando deveríamos pensar em um Estado materialmente

² *Crítica da razão pura*, p. 657-658.

³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, p. 349.

⁴ *O direito como experiência*.

Democrático de Direito. O Direito também atua como mecanismo de modificação social. E os princípios assumem papel importantíssimo no atingimento desta finalidade, na exata medida em que não se pode confundi-los com as regras no âmbito do Direito do Trabalho, principalmente no que diz respeito ao princípio protetivo.

Isso porque o princípio em comento não é fruto da imaginação criativa dos operadores do Direito do Trabalho. Seja por meio de processo dedutivo baseado na captura da finalidade desta disciplina jurídica, seja mediante processo indutivo a partir das regras contidas no direito positivo, inarredável é a conclusão de que o princípio da proteção vige no ordenamento jurídico trabalhista.

O princípio da proteção não somente deu origem ao Direito do Trabalho. A sua essência igualitária - verdadeiro ideal de justiça - transformou-se na principal meta desta ciência que se encontra em permanente e dinâmico estado de formação.

Se assegurada meramente por um conjunto de regras jurídicas fosse a proteção jurídica, ela jamais atingiria o seu intento, principalmente nos momentos de crises da Economia e do próprio Direito. Por tal razão é que a proteção é guindada ao *status* de princípio cardeal do Direito do Trabalho, passa a integrar a ordem jurídica trabalhista acima das regras positivadas, que daquele postulado retiram o seu fundamento.

3. CRÍTICA

O principal problema a ser enfrentado depois dessas breves considerações consiste na constatação de que jamais houve condições propícias para a plena aplicação do princípio protetivo, por mais que não raramente se escutem vozes condenando o “paternalismo” do Direito e da Justiça do Trabalho e dos seus efeitos nocivos à classe trabalhadora.

Isso porque a proteção ao trabalhador deve ser assegurada segundo outro critério que não o patrimonialista, mas

o humanista. A hipossuficiência foi determinada inicialmente pela propriedade: tendo-a, é suficiente, não a tendo, é hipossuficiente. Em um segundo momento, a hipossuficiência passou a ser caracterizada também pela subordinação jurídica, tradicionalmente conceituada como a contraposição do exercício do poder diretivo pelo empregador à prestação do dever de obediência pelo empregado: hipossuficiente é o carente de poder na relação intersubjetiva de trabalho.

O abandono da conotação puramente formal de exigência de igualdade na aplicação do Direito (igualdade perante a lei), segundo o qual os iguais devem ser tratados igualmente, e a assimilação do conteúdo material do princípio da igualdade, no sentido de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais (igualdade perante o Direito), revelaram-se fundamentais para o rompimento do Direito do Trabalho com o Direito Civil, para a superação do trauma deste desmembramento e para a confirmação de sua autonomia científica e de sua finalidade protetora ⁵.

⁵ Destaca-se a análise acurada de Vital MOREIRA, que assim trata do contrato de trabalho na ordem jurídica privada clássica, moldada pela economia capitalista de livre mercado: *“Um dos exemplos típicos dessa dissociação entre o modelo e a realidade subjacente é o contrato de trabalho. Na representação do modelo, ele está integrado no domínio da autonomia da vontade, isto é, está sujeito às regras do contrato civil e aos seus pressupostos: duas pessoas, em igualdade de condições, regulam as suas relações segundo a sua vontade esclarecida e livre, permutando duas coisas de valor equivalente: o salário e o trabalho. Na consideração jurídico-privatística não se vê aí nem os trabalhadores nem o empresário, nem a solidariedade real que existe entre os primeiros. Apenas se vê dois indivíduos, <sujeitos jurídicos>, que celebram um contrato livremente assumido. Simplesmente, no plano econômico faltam esses pressupostos: <le proletaire devaît bien travailler pour vivre>. A liberdade do contrato transmuda-se na necessidade de aceitar as condições de um poder econômico mais forte. O trabalhador é certamente livre, mas é-o num duplo sentido: livre de dispor da sua força de trabalho, como e onde quiser, sem qualquer*

Na qualidade de viga mestra do regime geral de direitos fundamentais, não se pode limitar a interpretação do princípio da igualdade ao sentido formal, pois, de acordo com José Joaquim Gomes CANOTILHO ⁶, tal diretriz “*acabaria por se traduzir num simples princípio de prevalência da lei em face da jurisdição e da administração*”, porque é necessário e imperativo não somente tratar “*desigualmente o que é desigual*”, como também estabelecer um critério de valoração para determinar se uma lei trata dois indivíduos de “*forma igualmente justa*”⁷.

Mas um passo a mais deve ser dado. E, para tanto, é pertinente a reprodução do pensamento de Joaquim Augusto Domingos DAMAS ⁸, autor que não se contenta apenas com os sentidos formal e material do princípio protetor, pois entende que, não obstante estes dois aspectos sejam suficientes à condução da sociedade a uma maior justiça social, a igualdade deve assumir também o sentido real, isto é, deve desempenhar a relevante função de promover a igualdade de oportunidades a todos os cidadãos:

“A igualdade real ou igualdade social não significa igualitarismo, que reduzisse o homem a um mesmo e indiferenciado modo de existência, com negação da identidade e liberdade da pessoa humana. A liberdade

limitação; mas livre também de tudo, desprovido de qualquer outra coisa, de meios de produção e de subsistência. E é esta última <liberdade> que transforma aquela em servidão”. A ordem econômica do capitalismo, p. 79-80.

⁶ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 399-400.

⁷ Também José Afonso da SILVA partilha do entendimento segundo o qual é preciso apreender o significado da expressão “igualdade perante a lei” para que seja possível a tutela de pessoas que se encontrem em posição econômica inferior, realizando o “princípio de igualização”. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 211-212.

⁸ *O princípio da igualdade na relação jurídica do trabalho*, p. 106

não pode, todavia, ser entendida como liberdade individual assente no título da propriedade, em que a liberdade de uns conduza à apropriação da liberdade dos outros”.

Portanto, além dos sentidos formal e material do princípio da igualdade, outro deve ser assimilado pelo intérprete de Direito do Trabalho: o sentido real, a fim de que trabalhador seja verdadeiramente protegido não só porque carente de posses e sujeito ao poder do empregador, mas também porque ser humano e, portanto, merecedor de tratamento digno e efetivamente igualitário.

4. REFLEXÃO

Deve-se registrar que não se pretende a inversão ou a subversão dos valores capitalistas, mas apenas que constatar que o Direito do Trabalho vem se revelando insuficiente para assegurar a proteção adequada à parte mais fraca na relação entre o capital e o trabalho, seja em função da impossibilidade de atenuação da supremacia patronal evidente na relação de emprego, seja em função da dificuldade de se lograr uma maior participação dos empregados na estrutura e nos resultados da atividade econômica do empregador.

Como exposto, tradicionalmente os autores fundamentam o princípio da proteção ao trabalhador hipossuficiente no princípio da igualdade, assim considerado não apenas no seu aspecto formal, como também material. Assim, nivelam-se as desigualdades econômica e jurídica existentes entre empregadores e empregados, detentores e carentes de poder, possuidores e não possuidores dos meios de produção.

É bem verdade que certa parte da doutrina discute se o que se pretendeu foi verdadeiramente uma nivelção de desigualdades ou se, em nome dela, a classe dominante buscou

e ainda busca apenas a atenuação dos efeitos de uma sociedade desigual e a perpetuação no poder:

“É lógico que o sistema jurídico guarde correlação com o sistema econômico. Pela visão marxista, a grosso modo, o sistema econômico será a estrutura, enquanto o Estado e demais estruturas sociais comporiam a superestrutura. Dentro dessas premissas, o Direito do Trabalho deve ser compreendido no contexto do capitalismo, sendo que o trabalho assalariado é um dos pressupostos desse sistema, juntamente com o lucro, a propriedade privada e a liberdade de mercado. Trata-se, portanto, de uma correção da ficção de igualdade formal um dos postulados básicos da revolução francesa. A classe dominante, através dessa atitude (Direito do Trabalho), oferece aos trabalhadores os seus "anéis", preservando os "dedos". Muitos acreditam que o Direito do Trabalho sirva de amortecedor dos conflitos de classes, naturais da sociedade capitalista. A reflexão, nesse ponto, deve ser bem sincera, pois seria impossível admitir que num sistema capitalista as vantagens dos trabalhadores chegassem a níveis tão satisfatórios, a ponto de significar a troca da estrutura de poder. Há certo limite de cargas sociais admitidas pelo sistema. Uma vez ultrapassado esse, as reações são certamente sentidas, como, por exemplo, a onda neoliberalista reinante em países desenvolvidos e mesmo no terceiro mundo. O principal ponto de referência, dentro do Direito do Trabalho, ainda é o primado da autonomia da vontade e a liberdade do de mercado. Por mais que se procure emprestar um caráter produtivo a esse ramo do direito, jamais se deve esquecer de que se vive em um sistema econômico capitalista. Essa ressalva é feita para que não se tenha a ingênua ilusão de que o Direito do Trabalho serviria como panacéia para todos os males decorrentes dos conflitos

entre trabalho e capital. Na verdade, seus limites são bem definidos, e seu papel está adstrito a uma determinada realidade sem, contudo, ter força suficiente para revolucioná-la, o que, dentro desta lógica, se mostra impossível”⁹.

Assim, uma ressalva pode e deve ser feita: quando o Direito do Trabalho regula o conflito capital x trabalho, ele não se revela como mera expressão da ordem econômica. O Direito do Trabalho vai além, pois não se pode negar que está inserido no sistema capitalista e que uma de suas funções é a de preservar o próprio capitalismo. Tanto isso é verdade que se tornou lugar-comum falar-se que “sem o capital não há trabalho”. Logo, de que adiantaria um Direito do Trabalho sem o capital?

Daí se falar no Direito Capitalista do Trabalho, uma vez que regula não só os interesses do trabalho, como e principalmente os do capital. E, para solucionar o conflito entre estes interesses, a diretriz adotada foi a da proteção ao trabalhador.

Casos há, e não são poucos, em que o Direito do Trabalho assegura a proteção mediata do capital pela proteção imediata do interesse do trabalhador (v. g. o instituto jurídico da jornada de trabalho, que garante ou deveria garantir a limitação do labor do empregado, mas também assegura a entrega da força de trabalho durante todo o tempo à disposição do empregador). Enfim, há casos nos quais a regulamentação protecionista é precária, de modo que se anuncia a proteção, mas ela não se concretiza (v. g. o salário mínimo, que no Brasil sequer atinge cem dólares).

O certo é que houve uma opção do legislador quanto ao interesse a ser tutelado. Nas relações de trabalho, três alternativas apresentavam-se possíveis: a) a prevalência dos

⁹ Francisco Rossal de ARAÚJO, *A boa-fé no contrato de emprego*, p. 78-79.

interesses do trabalho, acarretando o tratamento protecionista ao trabalhador; b) a prevalência dos interesses do capital, implicando a dominação da coisa sobre o homem; c) a inexistência de prevalência de interesses, ensejando, aqui, a predominância daqueles cujo detentor é a parte mais forte, isto é, dos interesses do capital sobre os do trabalho.

Sim, optou-se pela proteção do trabalho, mas isso longe está de significar que a proteção jurídica que vem sendo dispensada ou propugnada ao trabalhador seja a mais adequada. De fato, o trabalho, principalmente o juridicamente subordinado, sofre diversos revezes e cada vez mais se torna precário e escasso em nosso país.

Aqueles que assim não entendem buscam socorrer-se no Direito do Trabalho comparado, mas se esquecem de que a realidade social é distinta em cada nação, assim como o é o desenvolvimento da Economia, da Tecnologia e da Educação de cada país.

Quanto tempo levou o Direito do Trabalho para se firmar no Brasil como ciência autônoma, noção ainda não assimilada sequer por estudiosos de outros ramos da ciência jurídica? Quanto tempo levou o princípio protetivo para ser reconhecido como diretriz informadora desta disciplina jurídica? Quanto tempo levará até que a sociedade civil brasileira alcance as condições sociais dos países mais avançados? Nem bem a população brasileira gozou das benesses do Estado Social e ele já se encontra em processo de desmanche.

Autores estrangeiros, alguns deles citados por vários autores nacionais, costumam apontar a relevância do princípio da proteção na fase inicial do Direito do Trabalho. Após a obtenção de certo nível de desenvolvimento das relações entre capital e trabalho, tais pensadores descartam a importância deste princípio. O que se pergunta é se no Brasil este nível já foi alcançado. A resposta é negativa.

Conclui-se, então, que o princípio protetor ao trabalhador deve ser interpretado de forma prudente, para que ele não inviabilize o desenvolvimento da atividade econômica por parte do empregador, e intensa, para que não implique submissão servil, espúria e indigna do trabalhador. Precisar o fiel desta balança não é tarefa das mais fáceis e talvez seja o principal desafio do operador do Direito do Trabalho.

5. FORMAS DE APLICAÇÃO

O princípio protetivo pode ser conceituado como a *diretriz mandamental, reitora e nuclear que inspira, informa e fundamenta o Direito do Trabalho e que tem como finalidade compensar as desigualdades econômica e jurídica existentes na relação entre capital e trabalho, mediante a criação de outras desigualdades de natureza jurídica e segundo a dignidade do trabalhador*. Exceção feita à questão da dignidade do trabalhador, os conceitos tradicionalmente apresentados pela doutrina não são muito diferentes do sugerido.

Dado o alcance da célebre obra de Américo PLÁ RODRIGUEZ ¹⁰, a teoria tripartida das formas de aplicação do princípio da proteção por ele idealizada foi responsável pelo fortalecimento desta diretriz como principal princípio do Direito do Trabalho. A sistematização proposta pelo juslaboralista uruguaio é aceita praticamente pela quase totalidade dos autores que tratam da questão da principiologia do Direito do Trabalho. Segundo PLÁ RODRIGUEZ, três são as regras de aplicação do princípio da proteção, sem que se possa considerar uma forma de aplicação subordinada ou derivada de outra:

“a) a regra in dubio, pro operario. Critério que deve utilizar o juiz ou o intérprete para escolher, entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador;

¹⁰ *Princípios de Direito do Trabalho*, p. 66.

b) a regra da norma mais favorável determina que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas; e

c) a regra da condição mais benéfica. Critério pelo qual a aplicação de uma nova norma trabalhista nunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontrava um trabalhador”¹¹.

Mesmo assim, alguns equívocos de interpretação são feitos pela doutrina e jurisprudência. Não são raras as oportunidades em que se fala apenas no “princípio” da aplicação da norma mais favorável, ou de qualquer outra forma de aplicação do princípio protetivo, sem menção alguma a este. Também há casos de total baralhamento das formas de aplicação entre si, quando, por exemplo - o mais usual, por sinal - , o aplicador, refere-se à consideração da condição mais benéfica e, em verdade, trata-se de aplicar a norma mais favorável num determinado caso concreto.

Mas as principais críticas são feitas em relação ao clima de insegurança jurídica instaurado por tais regras de aplicação do princípio protetor. Afinal, como uma regra jurídica derogada pode continuar surtindo efeitos? Por qual motivo a Constituição Federal não se aplica a um determinado caso concreto em face da existência de convenção coletiva de trabalho se ocupa nível hierárquico superior? Como e por que uma regra jurídica pode comportar duas interpretações e, ainda assim, a escolha deve-se dar pela mais vantajosa ao empregado?

A crítica por nós elaborada é a de que a teoria do autor uruguaio limitou o espectro de atuação do princípio da proteção ao trabalhador, uma vez que os juslaboralistas dele se socorrem apenas para dirimir antinomias, solucionar conflitos temporais de

¹¹ *Princípios ...* , p. 107.

regras jurídicas e precisar o sentido de certo enunciado apenas quando ele comportar mais de uma interpretação.

Isso parece muito, mas é pouco para um princípio de tamanha magnitude, mormente se considerarmos que são tênues as linhas que dividem estas três partes componentes do suposto todo e não são poucos os empecilhos que dificultam a efetivação do princípio protetivo na atualidade.

As formas de aplicação - em um primeiro momento concebidas para possibilitar a concretude do princípio da proteção - vem sendo abordadas pela doutrina de forma muito e superficial e, mesmo assim, diversas restrições lhes foram impostas, de modo a reduzir a esfera de incidência do princípio em comento.

6. IN DUBIO PRO OPERARIO

A regra em comento preconiza que, em caso de dúvida entre várias interpretações sobre uma mesma regra jurídica de Direito do Trabalho, o hermeneuta deve adotar a que for mais proveitosa ao trabalhador hipossuficiente. Ora, por certo que o princípio protetor deve ser tomado pelo intérprete durante todo o processo hermenêutico e não apenas no seu final.

Segundo a concepção tradicional, a diretriz principiológica protecionista deve nortear o hermeneuta somente se houver dúvida quanto aos vários sentidos decorrentes de uma mesma regra jurídica. Veja-se que, se o princípio protetivo iluminasse o caminho a ser trilhado pelo intérprete desde o seu início, evidentemente que a regra jurídica não poderia assumir outro sentido que não o de proteção ao trabalhador hipossuficiente: haveria apenas um sentido a ser precisado pelo intérprete.

Em conseqüência, deve o intérprete desde o primeiro momento considerar o princípio da proteção como a opção adotada pelo legislador como prevalente no conflito de interesses entre o trabalho e o capital.

Ademais, a concepção de que no Direito o processo hermenêutico sempre resulta em um silogismo consubstanciado na subsunção do fato à norma vem sendo superada e cedendo lugar à idéia de que, neste processo, o Direito é reconstruído pelo hermeneuta a partir da argumentação jurídica e dos valores adotados pela sociedade contemporânea ¹².

Fosse corretamente aplicado o princípio da proteção em sua essência e desde o início do processo interpretativo, não se justificaria a formulação da regra *in dubio pro operario* nos moldes tradicionais, uma vez que dúvida alguma haveria ao final.

Assim, ou se deve considerar que o princípio protetivo é suficiente por si só no processo de interpretação do Direito do Trabalho e não admite dúvidas, dispensando-se a aplicação da parêmia latina, ou se deve considerar que o princípio revela-se por meio da aplicação da regra *in dubio pro operario* desde o primeiro momento do processo interpretativo, sanando-se a dúvida desde logo.

Exemplificativamente, se a noção do princípio protetor ora proposta prevalecesse, por certo que não haveria dúvida quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade. A tendência verificada nos últimos tempos é a de que qualquer adicional deve

¹² Nesse sentido, é pertinente a lição de Paul RICOEUR sobre a filosofia da linguagem, perfeitamente aplicável ao Direito e, conseqüentemente, ao Direito do Trabalho. Defendendo que todo o pensamento moderno tornou-se interpretação, o autor afirma que no processo de extração e restauração do sentido de um texto (norma ou regra jurídica na ciência jurídica), deve-se separá-lo da intenção do autor (o legislador), pois não mais significa o que este quis dizer. Assim, o texto pode descontextualizar-se de maneira a deixar-se recontextualizar em uma nova perspectiva, razão pela qual o texto nada mais é do que a mediação pela qual compreendemos a nós mesmos. Não deve o intérprete, portanto, ignorar que o valor adotado é o da proteção ao trabalhador hipossuficiente, motivo pelo qual não se pode fracionar o processo interpretativo em diversas etapas, aplicar o princípio da proteção apenas no último momento e, de tal modo, restringir a aplicação deste. *Interpretação e ideologias*, p. 53 e 57.

ser calculado, quando menos, sobre o salário contratual do empregado. Mas, quando a Constituição Federal de 1998 assegura no artigo 7º, inciso XXIII, o direito ao adicional de remuneração para as atividades insalubres, tradicionalmente interpreta-se, no fim do processo hermenêutico, que se quis apenas assegurar a natureza jurídica salarial de tal parcela, quando esta questão há muito já havia sido superada.

7. NORMA MAIS FAVORÁVEL

A fórmula de aplicação da norma mais favorável significa que, por força do princípio da proteção, no conflito entre duas ou mais regras jurídicas de Direito do Trabalho vigentes e aplicáveis à mesma relação individual ou coletiva de trabalho, o intérprete deve preferir aquela mais vantajosa ao trabalhador hipossuficiente, ainda que não corresponda aos critérios formais e tradicionais de solução das antinomias.

Ninguém duvida que é extremamente difícil precisar o sentido da favorabilidade ao trabalhador. O que é mais favorável ao trabalhador? Quais são os interesses tutelados: do empregado particularmente considerado, da categoria profissional ou da coletividade dos trabalhadores em geral? De qual natureza são os interesses: social, econômica, biológica, mista? Em face de quem os interesses devem ser defendidos: do empregador, do sindicato patronal, do Estado? A norma mais favorável sobrepõe-se indistintamente a qualquer outra e, em caso afirmativo, de qualquer outra constante somente do ordenamento positivo ou também do jurídico? Qual das teorias acerca da aplicação da fórmula da norma mais favorável deve prevalecer: a do conglobamento, da acumulação ou da incidibilidade?

Para o Direito do Trabalho, o conceito de “favorável” é, na classificação de Karl ENGLISH¹³, um conceito “indeterminado”,

¹³ *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 208-209.

um conceito cujo conteúdo e extensão são incertos ¹⁴. Não há dúvida de que o conceito de favorabilidade no Direito do Trabalho é amplo, mas não abrange toda a vastidão do princípio protetivo, pois não é extenso o suficiente para aceitar a sobreposição de qualquer regra jurídica, ao contrário do que se tem apregoadado aos quatro ventos. A primeira restrição que se impõe à regra da norma mais favorável consiste justamente no fato de que ela reduz o âmbito de aplicação do princípio da proteção ao ordenamento positivo. Muito embora alguns usos e costumes tenham prevalecido sobre leis, porque mais favoráveis aos trabalhadores, a proteção não vem sendo conferida no plano dos conflitos entre regras jurídicas e princípios.

Exemplifica-se com a Lei 9601/98 que instituiu como regra geral do ordenamento jurídico o contrato de trabalho com prazo e que, muito embora menos favorável aos trabalhadores, em que pese o anunciado intuito de aumentar o nível de empregos, simplesmente atropelou os princípios da proteção e da

¹⁴ E, embora tal espécie de conceito seja a regra no Direito, deve-se ter em mente, para fins de aplicação do princípio da proteção, a lição do jurista alemão: *“De diversas formas e em diferente medida, o órgão aplicador do Direito, através do Direito eqüitativo, através do <jus aequum>, que se prende com os conceitos indeterminados e com os conceitos normativos, com as cláusulas de discricionariedade e as cláusulas geris, é chamado a descobrir o Direito do caso concreto, não simplesmente através da interpretação e da subsunção, mas também através de <valorações e decisões de vontade>. Neste ponto, vimo-lo, ora mais subordinado a critérios objectivos (lei moral, valorações da camada dirigente), ora mais entregue à bússola da sua concepção individual. Mas justamente neste último caso ainda não campeiam a desvinculação e o arbítrio, antes se nos deparam aí, a mais dos limites legais e supralégais da decisão pessoal, regras teleológicas e axiológicas, que na verdade não podem determinar exactamente a decisão material, mas em todo o caso lhe dão um quadro lógico de suporte. Subsiste sempre, no entanto, a coloração pessoal das valorações materiais e da decisão de vontade”.* Introdução ..., p. 248-249.

continuidade da relação de emprego e não atingiu seu intento. Todas as insurgências que se fizeram ao famigerado contrato “provisório” de trabalho não abordaram o princípio protetor, mas a violação de textos constitucionais e infraconstitucionais.

Deve-se fazer uma releitura da regra da norma mais favorável e do próprio princípio protetivo, sob pena de restringir a esfera de atuação desta diretriz. Com certeza, a fórmula em comento pode até desvelar certa parte (menor do que a descrita tradicionalmente) do conteúdo do princípio da proteção, mas nele não se exaure.

8. CONDIÇÃO MAIS BENÉFICA

A regra da condição mais benéfica significa que, por inspiração do princípio da proteção, deve o intérprete, nos conflitos intertemporais de duas ou mais regras jurídicas de Direito do Trabalho, decidir-se pela aplicação daquela que confira melhor situação ao trabalhador hipossuficiente.

Ora, mesmo se a condição mais benéfica não fosse uma das fórmulas do princípio protetivo, o patrimônio jurídico do trabalhador estaria resguardado das sucessivas e posteriores regras jurídicas e alterações contratuais desfavoráveis, em função da aplicação supletiva da teoria do direito adquirido do direito comum, autorizada pelo artigo 8^a da CLT.

Seja por meio da aplicação direta do Direito Constitucional, pelo artigo 5^o, XXXVI, da Constituição Federal, seja por meio da aplicação subsidiária do Direito Civil, pelo artigo 6^o, *caput* e § 2^o, da Lei de Introdução ao Código Civil, o direito adquirido pelo trabalhador não poderia ser violado no conflito intertemporal de regras jurídicas.

Não se quer dizer que o direito adquirido do trabalhador não deve ser resguardado. Muito pelo contrário, pois em função da especificidade da relação jurídica de emprego, com muito mais razão se faz necessária a aplicação da teoria geral do direito adquirido no Direito do Trabalho.

O que se defende é que a aplicação dessa teoria no Direito do Trabalho não deveria ocorrer por força do princípio protetor ou, quando menos, a condição mais benéfica não deveria ser tratada como um dos únicos três componentes do todo. Ninguém duvida que o empregador também tem vários direitos adquiridos. E o motivo é simples: aplica-se-lhe a teoria do direito adquirido ao Direito do Trabalho em geral.

Assim, trabalhador e empregador detêm direitos adquiridos, não se podendo concluir que a regra da condição mais benéfica seja uma peculiaridade do Direito do Trabalho ou um tipo de privilégio de apenas um dos sujeitos da relação individual de trabalho.

Além do mais, à semelhança do que verificado com a regra da norma mais favorável, também a da condição mais benéfica envolve uma conceituação indeterminada e, em função da dificuldade de ser precisada, é suscetível de distorção no processo de sua aplicação.

Para ilustrar o exposto, cabe destacar que longe está de ser pacífica a aplicação da condição mais benéfica no Direito do Trabalho brasileiro. Duas Súmulas do TST foram e são acirradamente discutidas a respeito da matéria. A Súmula 51 dispõe que *“as cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento”*, ao passo que a Súmula 277 disciplina que *“as condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos”*.

9. CONCLUSÃO

A tradicional forma de aplicação do princípio da proteção por meio das três regras sempre lembradas pela doutrina e pela jurisprudência não esgotam o conteúdo tutelar do Direito do Trabalho. Muitas vezes, as regras *in dubio pro operario*, da

norma mais favorável e da condição mais benéfica limitam e chegam a desvirtuar o princípio protetivo.

É urgente e necessário que a doutrina e a jurisprudência evoluam no sentido de assimilar antes o conteúdo do princípio da proteção para, depois, aplicá-lo às relações de trabalho. Do contrário, aplicar-se-á o princípio protetor segundo as três regras clássicas, em total subversão ao processo hermenêutico.

As três fórmulas devem ser contextualizadas a partir da consideração do princípio protetivo como pedra de toque da dignidade do trabalhador que, como ser humano que é, deve ser protegido não só pela inexistência de posses e pela sujeição ao comando de outra pessoa.

Se é correto fracionar o princípio da proteção em partes estanques entre si e cujas linhas divisórias são perigosamente tênues, por certo que não serão apenas três fórmulas de aplicação do princípio da proteção suficientes para desvelá-lo por inteiro. Será que não se poderia cogitar de outras fórmulas de aplicação do princípio protetivo, como, por exemplo, as da dignidade ou do trabalho como valor social ?

Conclui-se, então, que a solução para toda a problemática acerca da formulação de uma teoria geral sobre a aplicação do princípio protetor na atualidade brasileira parte da mesma premissa: o Direito do Trabalho, anunciado aos quatro ventos como superprotetor, jamais efetivamente protegeu o trabalhador.

A concretude do princípio da proteção passa necessariamente pela consideração do trabalhador não apenas como um instrumento, um sujeito de direito, uma pessoa física, mas como uma pessoa natural, um cidadão, um ser humano que, em função desta condição - a humanidade - deve ser tratado com e protegido por dignidade.

10. BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, Francisco Rossal de. *A boa-fé no contrato de emprego*. São Paulo : LTr,
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de*
Tradução de João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. Brasília - DF
Universidade de Brasília, 1986, p. 349.
- CANOTILHO. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 3. ed., Coimbra
Almedina, 1999.
- DAMAS, Joaquim Augusto Domingo. *O princípio da igualdade na relação jur*
trabalho. Revista Jurídica do Trabalho, Salvador, n. 1, abr./jun. de 1998.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa : Fundação Calouste Gu
6ª ed., 1988.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 4. ed., Lisboa : Fundação Calouste Gu
1997.
- MOREIRA, Vital. *A ordem econômica do capitalismo*. 3. ed., Coimbra : Centelha, 19
- REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo - SP, Editora Saraiva, 1968
- RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*. Organização, tradução e apresen
Hilton Japiassu. Rio de Janeiro - RJ, F. Alves, 1977.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. Tradução de W
Giglio. 3. ed. atual., São Paulo : LTr, 2000
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundame*
Constituição Federal. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.