

A CRISE DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO.¹

Murilo Carvalho Sampaio Oliveira²

SUMÁRIO

1. Introdução - 2. Os Princípios no Direito. - 3. Princípios do Direito do Trabalho - 4. Princípio da Proteção. - 5. Princípio *in dubio pro operário*. - 6. Princípio da norma mais favorável. - 7. Princípio da condição mais benéfica. - 8. Crise do Princípio da Proteção. - 9. Flexicurity - 10. Reafirmando o Princípio da Proteção - 11. Da (visível) persistência da hipossuficiência à reafirmação da proteção. - 12. Conclusão

1. Introdução.

Este texto incumbe-se de discorrer sobre o princípio protetivo e suas principais manifestações no Direito do Trabalho. De início, este trabalho narra a formação, conceitos, os caracteres e limites do princípio da proteção, uma vez que o discurso conceitual serve como premissa para a exata compreensão do que se chama crise do princípio protetivo.

Inicialmente caracteriza a idéia de princípios ao discorrer sobre seu conceito, características e funções, numa abordagem clássica. O mesmo itinerário segue quando trata dos princípios do Direito do Trabalho, acrescido de algumas discussões especiais. Adiante, aborda o eixo central: o princípio da proteção, perpassando pelos seus três princípios consectários imediatos: *in dubio pro operario*,

¹ Texto integrante da dissertação intitulada: “Repensando o Princípio da Proteção na Contemporaneidade”.

² Juiz do Trabalho no TRT da 9ª Região, Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UFBA, Mestre em Direito Privado pela UFBA, Doutorando em Relações Sociais pela UFPR.

norma mais favorável, condição mais benéfica. Apresentados os conceitos, adentra nos argumento daqueles que colocam o princípio da proteção em xeque, com a devida réplica. Analisa, rapidamente, a experiência conciliatória em voga no continente europeu intitulada de flexibilidade e segurança (*flexicurity*), para, ao final, firmar uma conclusão que estabelece o pressuposto do capítulo seguinte: o repensar do princípio da proteção.

Antes, porém, impõe-se fazer duas importantes advertências. Neste texto, os princípios foram tratados através de uma visão clássica que lida superficialmente com os princípios constitucionais (primeira advertência) e nega a força normativa própria dos princípios (segunda advertência). Não se está omitindo estas duas questões indispensáveis. Pelo contrário, estas duas questões são bases nucleares para uma visão contemporânea do princípio protetivo, e por esta razão, merecem estudo específico e detido. Por ora, apresentar-se-á uma clássica visão dos princípios laborais e sua crise.

2. Os Princípios no Direito.

A etimologia do termo *princípio* expressa inúmeros sentidos, podendo-se focar em três mais concernentes ao Direito. Os seus significados são: existência primeira de uma coisa; causa primeira ou raiz; proposição nuclear e fundamental. (HOUAISS, 2001, p 2299). O substantivo estudado gera, além da pluralidade de significados, um verbo *principiar* que condiz com sua semântica originária e seu fundamento. O plano etimológico do termo compatibiliza-se com as definições jurídicas, adiante apresentadas.

Eduardo J. Couture traz a definição de princípio como “enunciado lógico extraído da ordenação sistemática e coerente de diversas normas de procedimento, de modo a

outorgar à solução constante destas o caráter de uma regra de validade geral” (*apud* PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 30). Rodrigues Pinto conceitua: “os princípios gerais do Direito são idéias fundamentais que lhe dão forma e estrutura” (PINTO, J, 2003, p. 75).

Para o professor uruguaio Américo Plá Rodriguez, os princípios são conceituados como:

linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram diretamente ou indiretamente uma série de soluções, pelo que podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 35).

Nesta direção, Francisco Meton Marques de Lima define os princípios como “verdades gerais, fundamentais e vinculantes, emanadas da consciência social, sobre a organização jurídica de uma comunidade, reconhecidas como normas jurídicas dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade” [...]. (LIMA, 2005, p. 396).

Maurício Godinho Delgado define-os como “proposições gerais inferidas da cultura e ordenamento jurídicos que conforma a criação, revelação, interpretação e aplicação do Direito” (DELGADO, 2004, p. 14). O professor mineiro atribui aos princípios as funções induzidas e indutoras, uma vez que servem de base para a formação do sistema jurídico – induzindo o ordenamento – e, após isto, orientam-lhe informativamente, ou seja, operam com função informativa no manejo do sistema jurídico. (DELGADO, 2004, p. 14).

Esta noção de função induzida e indutora é compreendida melhor quando se analisa a formação do fenômeno jurídico. Divide-se esta formação em dois momentos: a fase pré-jurídica (de construção do Direito) e a fase jurídica (do Direito construído), segundo Delgado (2004, p. 15-22). Na fase pré-jurídica os princípios atuam fornecendo um rumo balizador da constituição do sistema jurídica, sendo “veios iluminadores à elaboração da regra jurídica” (DELGADO, 2004, p. 15).

Neste momento, ao orientar o prumo do ordenamento a ser levantado, os princípios configuram-se como alicerces ou fundações do edifício jurídico em construção. Situam-se na fundação, localizados abaixo (e implicitamente) da estrutura do edifício que se apresenta, agregando a solidez e a perenidade necessária à obra que se levanta. E a sua implicitude, ou a não visualização, é considerada pela doutrina como a atuação de fonte material do direito, e, nessa qualidade, não vincula os operadores jurídicos. “[...] sabe-se que as principais fontes materiais do Direito situam-se fora do ordenamento jurídico” (DELGADO, 2004, p. 16), pois as fontes materiais limitam³-se a introduzir os substratos econômicos, políticos e sociais que compõe a massa que forma o alicerce, o princípio, sem contudo, integrar o próprio ordenamento.

Na segunda fase, o Direito construído incumbe aos princípios novas funções atinentes à aplicação e interpretação jurídica. Para que isso ocorra é preciso pressupor que “os princípios compõem o próprio direito

³ As idéias de limitação e não vinculação são impregnadas de um dogmatismo hermético e exacerbado do direito, que tende a ser superado, eis que o isolamento de uma disciplina científica – quando despreza ao não atribui vinculação às contribuições das demais ciências – há de ser superado por uma visão interdisciplinar do saber científico, que imprescinde do diálogo de saberes.

posto, são elemento integrante do ordenamento jurídico” (DELGADO, 2004, p. 16). Isto significa que, mesmo não sendo explícitos, inclusive porque não positivados nos textos legais, os princípios são componentes indispensáveis a toda a ciência jurídica, que é definida corriqueiramente como conjunto de princípios, regras e institutos. De fato, a tríade (princípios, legislação e institutos) representa os elementos imprescindíveis para a autonomia de uma disciplina. Neste sentido aduz Amauri Mascaro Nascimento:

Os princípios estão no ordenamento jurídico como realidades encontradas em seu interior, caracterizando-se como valores que o Direito reconhece dos quais as regras jurídicas não podem afastar-se, para que possam cumprir adequadamente seus fins. (NASCIMENTO, 2002, p. 903).

A atuação dos princípios, na segunda fase, não se liga à finalidade de fundamentar (estabelecer bases e alicerce) o ordenamento jurídico, pois este já existe. Sua atuação dirige a aplicação e interpretação do direito, com vistas a manter a coerência do manejo do sistema jurídica em relação à sua fundação principiológica. Numa linguagem arquitetônica, trata-se de garantir o alinhamento do edifício jurídico em expansão com o alicerce (princípios) que lhe deu origem, impedindo que a utilização do prédio (aplicação e interpretação) ocorra para além da diretriz do princípio, o que importaria sua ruína, por ausência de fundação, diga-se por ausência de princípio.

A par dos momentos da formação histórica dos princípios, cumpre tecer comentários acerca das suas funções. Reitere-se a ressalva de que, neste capítulo, tratar-se somente da clássica noção das funções dos princípios,

omitindo-se intencionalmente a concepção contemporânea e em ascensão sobre a função normativa dos princípios. Classicamente, Federico de Castro (*apud* PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 43) identificou três funções dos princípios na seara jurídica: função informadora; função normativa; função interpretativa.

A função informadora manifesta-se no momento pré-jurídico, constituindo as diretrizes que inspiram a formação do sistema jurídico. São diretrizes que irão orientar o legislador na criação das normas jurídicas. “Gelsi afirma que estão na base de toda a disciplina, que a inspiram (penetram no âmago), fundamentam (estabelecem a base) e explicam (indicam a *ratio legis*)” (*apud* PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 43-44). Concretizam a idéia de alicerce, porque atuam na inexistência de sistema jurídico, na qualidade de seu pressuposto. Assim, a primeira função reside no momento de constituição do ordenamento jurídico, servindo de inspiração/orientação para o legislador legisle sobre a matéria nova.

A função normativa – segundo nomenclatura de Plá Rodriguez (2000, p. 44) – possui denominação mais apropriada, qual seja: função supletiva ou subsidiária. “Denominam-se princípios normativos supletórios, à medida que atuam como normas jurídicas em face dos casos concretos não regidos por fonte normativa principal da ordem jurídica” (DELGADO, 2004, p. 18). Figura no âmbito da integração do direito, quando determina a aplicação do princípio na hipótese de inexistência de lei para a situação. Tratando de integração jurídica, exige um contexto de omissão legal e a recorrência a uma norma supletória, justificada pelo princípio do *non liquet*⁴. É a obrigação de

⁴ Tércio Ferraz (2001, p. 264) explica o princípio do *non liquet* como a obrigação do juiz de decidir mesmo perante a inexistência de lei, mediante utilização dos meios de integração do direito. Trata-se da

decidir que elenca os princípios como normas que suplementam quando inexistente lei, por isso supletivas.

Há que se registrar que a função supletiva foi, diferente das demais funções, disposta expressamente no ordenamento jurídico nacional. A Lei de Introdução ao Código Civil em seu artigo quarto dispõe que, nos casos de omissão da lei, dar-se-á a sua integração com a analogia, costumes e os princípios gerais do direito. Tal disposição fora também consagrada no Código de Processo Civil em seu artigo 126, com redação semelhante. A Consolidação das Leis do Trabalho, de igual modo, reconheceu expressamente a função supletiva dos princípios, consoante redação do seu artigo oitavo, que representa a consagração desta função no Direito Laboral⁵.

A terceira função, interpretativa, opera no momento do processo de subsunção da norma ao fato, objetivando a atuação dos princípios a fim de que o processo hermenêutico seja compatível com as premissas fundantes dos princípios. É que a atividade interpretativa é, em grande medida, ação criativa para os hermenutas ou meio de desenvolvimento judicial do direito (LARENZ, 1997). Neste momento criativo, a diretriz principiológica deve ser seguida, sob pena de dissonância e, por consequência, fraqueza cervical, entre o resultado da interpretação e a direção pugnada pelos princípios.

“compulsoriedade de uma decisão”, que impede que o magistrado se negue a dizer o direito, estabelecendo uma dogmática positivista hermética e bitolada.

⁵ “Do modo como está, esse texto legal atribui aos princípios uma função integrativa. Os princípios serão aplicados à falta de disposições legais ou contratuais. Havendo uma norma jurídica para solucionar o caso concreto, esta é que deve ser aplicada. Os princípios atuariam, com equidade e analogia, para que se complete o ordenamento jurídico em face das lacunas da lei” (NASCIMENTO, 2002, p. 903)

A visão clássica – entendida como aquela prevalecente até a década de noventa do século passado e bem simbolizada por Américo Plá Rodriguez – negava peremptoriamente qualquer função normativa própria ou concorrente dos princípios, como se depreende da seguinte assertiva:

[...] se os princípios do Direito do Trabalho podem ser considerados como fonte do direito. Nossa opinião é negativa.

A única função de caráter normativo que exercem é operar como fonte supletiva em caso de lacuna da lei. E essa função é exercida não por serem princípios, mas por constituir uma expressão da doutrina. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 47).

Percebe-se a evidente negativa da função normativa própria dos princípios, como contemporaneamente tem prevalecido. Sublinhe-se que Américo Plá Rodriguez somente reconhece a função normativa supletória em razão da opinião da doutrina e da disposição expressa em lei, mas não pelo fato desta atuação supletiva ser um caractere inerente aos princípios. Isto desvela, no seio do juslaboralismo, um descompasso hermenêutico incomensurável com o papel hodierno dos princípios e do constitucionalismo. Neste ponto, o consagrado professor uruguaio e sua obra mais clássica não se sintonizam com a hermenêutica contemporânea, ensejando a necessidade de superação.

Para uma compreensão mais aproximada dos princípios, impõe-se fazer a distinção entre princípios e regras. Em síntese grosseira, os princípios gozam de um

grau mais alto de abstração do que as regras, porque seu manejo dirige-se à própria operação do sistema jurídica em abstrato, ao contrário das regras que se destinam a casos concretos. Além, os princípios instrumentalizam-se por meio da valoração, entendida como ponderação de axiologias, enquanto que as regras são obrigatórias e manejadas pela interpretação e subsunção, não aceitando objeção parcial, posto que as regras se aplicam ou não ao caso concreto, na expressão “tudo-ou-nada” de Ronald Dworkin (2002, p. 39), diferente dos princípios que serão valorados. Ressalve-se, todavia, a distinção feita funciona tão somente para a caracterização conceitual dos princípios, devendo ser retomado no próximo capítulo, notadamente quando se abordará as implicações da função normativa própria dos princípios.

Outra distinção segue com importância, qual seja: a diferença entre princípio e direitos fundamentais. Há que se identificar a proximidade de tais institutos, em particular porque tratam de constituir premissas indispensáveis para uma disciplina jurídica. E justamente por essa proximidade, a distinção torna-se inescusável. A solução para a diferenciação transita pela verificação dos destinatários de seus institutos, posto que mesmo dispondo sobre temas correlatos e similares, tais disposições destinam-se a entes diferentes. Os princípios dirigem-se ao sistema jurídico, sendo eivados, por decorrência, de intensa abstração, enquanto que os direitos fundamentais são direcionados às pessoas, estipulando o que a dogmática denomina de direito subjetivo. Amauri Mascaro Nascimento complementa:

É possível, nesta altura, dizer que as funções reservadas para os princípios, embora próximas não se confundem com os direitos fundamentais, uma vez que aqueles, os princípios, têm como

destinatário o Direito do Trabalho como um todo, enquanto que os direitos fundamentais têm como vetor o trabalhador ou um grupo de trabalhadores. Portanto, uns, os princípios são informadores do ordenamento jurídico, outros, os direitos fundamentais, são garantidores de liberdades ou de direitos dos quais a pessoa é titular, o que mostra que estamos diante de realidades diferentes. (NASCIMENTO, 2002, p.904).

Firmada as delimitações gerais dos princípios, seus caracteres, funções e distinções, a perquirição avança para lidar com os princípios do Direito do Trabalho.

3. Princípios do Direito do Trabalho.

Discorrer sobre os princípios do Direito do Trabalho pressupõe remeter-se ao marco histórico da afirmação do Direito Laboral como disciplina jurídica autônoma. Trata-se da criação da Organização Internacional do Trabalho – OIT, em 1919, consoante artigo 427⁶ do Tratado de Versalhes. A OIT surgiu com o objetivo de

⁶ “Art. 427 do Tratado de Versalhes, que caracterizou a autonomia científica do Direito do Trabalho orientou a ação do citado organismo internacional desde sua criação.” (SUSSEKIND, 2000 a, p. 23).

promover a universalização⁷ da legislação protetiva do trabalho para além do continente europeu.

Destaque-se, no ato constitutivo da OIT, a máxima inspiradora do Direito do Trabalho: *o trabalho não pode ser tratado como mercadoria*. Esta diretriz eiva o juslaboralismo de um humanismo peculiar, eis que a regulação do trabalho importa na regulação do homem trabalhador (vide capítulo anterior, tópico ontologia). Em 1946, a OIT reformulou seus princípios alcançando uma competência maior a partir do documento que ficou conhecido como Declaração de Filadélfia (SUSSEKIND, 2000 a, p. 23), conferindo-lhe atuação nas questões do trabalho, seguridade social, meio ambiente do trabalho, educação do trabalhador, proteção das populações indígenas, reforma agrária, entre outras. Assim, além de manter a idéia que o trabalho não condiz com a regulação civilista das coisas (o trabalho não é mercadoria), a reformulação da constituição da OIT atribui-lhe a amplitude que envolve “normas sobre direitos humanos correlacionados com o trabalho” (SUSSEKIND, 2000 a, p. 25).

Adiante, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem⁸ dispõe uma pauta valorativa

⁷ A idéia de universalização da legislação trabalhista não é exclusiva da OIT. Muito antes, a Assembléia Internacional dos Trabalhadores – Primeira Internacional – pleiteava uma legislação social internacional, em 1864. Em 1901, fora criada como o mesmo fim a Associação Internacional para Proteção Legal dos Trabalhadores, contudo na perspectiva de regular as relações de trabalho evitando que a concorrência capitalista residisse nas disposições protetivas do trabalho, como afirmava o Kaiser Guilherme II (1890), “não poderia melhorar as condições de trabalho dos seus operários sem celebrar acordos internacionais que permitissem aos produtos industrializados competir no mercado mundial” (SUSSEKIND, 2000 a, p. 89).

⁸ Artigo 23.

delineando princípios do Direito do Trabalho, com nítida atuação pré-jurídica. Infere-se o reconhecimento do Direito do Trabalho como um direito humano de segunda geração, materializado mediante a intervenção (prestação positiva) legislativa com vistas assegurar a proteção ao trabalhador. O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 surgiu para regulamentar os dispositivos atinentes aos direitos humanos fundamentais elencados na Declaração de 1948. Em 1996, firmou-se o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Costa Rica (artigos sexto e sétimo), que atribuiu ao Direito do Trabalho o instrumento de garantia de uma vida digna⁹. Todos estes documentos internacionais descaram a natureza do Direito do Trabalho de direito humano fundamental, e, principalmente, denotam manifestações, ainda que pré-jurídicas, dos princípios, especialmente atuando na função inspiradora-informadora. Após a compreensão desta fase pré-jurídica e dos valores e

I) Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

II) Todo o homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

III) Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim

como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

IV) Todo o homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.” (2006).

⁹ Artigo 6.º Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito que têm todas as pessoas de assegurar a possibilidade de ganhar a sua vida por meio de um trabalho livremente escolhido ou aceite, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.

diretrizes internacionais, cabe a tarefa seguinte: delinear o conceito dos princípios na disciplina laboral.

Para Alfredo J. Ruprecht, os princípios do Direito do Trabalho “são, na realidade, diretrizes de orientação das normas de um Direito independentemente de qualquer outro e que, supletivamente, podem ter caráter interpretativo”. (RUPRECHT, 1995, p. 7).

É de se ressaltar que, apesar do notório reconhecimento da existência dos princípios de Direito do Trabalho, importantes manuais de Direito do Trabalho no Brasil não tratam especificamente dos princípios laborais, como os livros *Direito Social* (JUNIOR, 1980), *Instituições de Direito do Trabalho* (SUSSEKIND, 1981), *Compêndio de Direito do Trabalho* (CATHARINO, 1982), *Introdução ao Direito do Trabalho* (MORAES FILHO, 1991), *Direito do Trabalho* (MARANHÃO, 1987), *Curso de Direito do Trabalho* (SUSSEKIND, 2004), *Curso de Direito do Trabalho* (GOMES E GOTTSCHALK, 2005). As referidas obras tratam esporádica e dispersamente das regras *in dubio pro operario*, da norma mais favorável ou da condição mais benéfica nos capítulos de fontes, interpretação ou integração. Contudo, não enunciam expressamente o princípio da proteção, apesar de se extrair sua existência, a partir dos conceitos de fundamento, finalidade e ontologia.

Os princípios do Direito do Trabalho tendem ao amorfismo (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 56), visto que são subjacentes ou implícitos ao ordenamento jurídico. Destaca-se que a ausência de enunciação explícita não lhe retira sua importância ou minora sua função. Ao contrário, o Plá Rodriguez alega que a explicitação tem-lhes enfraquecido:

Curiosamente a experiência histórica universal ensina que a concreção na lei lhe tira fecundidade. Tem-se verificado

que nos países onde não ocorreu uma configuração jurídico-positiva dos princípios do Direito do Trabalho, estes abriram caminho com maior pujança e decisão do que nos demais. A consagração através da lei cristaliza e, por isso mesmo, congela a função que esses princípios podem ter. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 56).

É esta indeterminação ou implicitude nas normas positivas que agrega fôlego aos princípios, na medida que são diretrizes gerais abertas, muito mais abertas à hermenêutica constitucional do que dispositivos fechados e limitados à literalidade expressa em diplomas legais. A abertura dos princípios, chamada pelo professor uruguaio de fecundidade¹⁰, impede sua enunciação nas normas positivas, coliga-se com a interdisciplinaridade, estabelecendo inter-relações, em sua origem, com a histórica e economia, como reconhece Plá Rodriguez: “Os princípios se apresentam como diretrizes eficazes que expressam a exigência do corpo social, ou melhor, derivam da consciência social de certos valores históricos, morais e sociais” (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 58).

Cumprir registrar o debate entre G. Baycon e E. Botija relativamente à aplicabilidade dos princípios gerais do Direito quando confrontados com os princípios específicos do Direito do Trabalho (*apud* SILVA, 1999, p. 16). Botija sustentava que, havendo contrariedade entre os gerais e os específicos, não há como aplicar os primeiros,

¹⁰ “Os princípios têm suficiente fecundidade e elasticidade, para não ficar presos à formulas legislativas concretas. Têm de possuir a devida maleabilidade para inspirar diferentes normas em função da diversidade de circunstâncias.” (PLÁ RODRIGUES, 2000, p. 80).

ante o critério da especialidade. Já Baycon assevera que, havendo expresse reconhecimento dos princípios gerais na lei ou costumes, estes prevalecem, em face do seu caráter genérico.

As compreensões contemporâneas do processo interpretativo, que solucionam tais conflitos entre princípios, dirigem-se a endossar a opinião de Botija. “O contrário seria negar a especificidade e a peculiaridade de cada ramo do direito e o caráter meramente supletivo ou subsidiário dos princípios gerais do direito” (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 30). Adota-se, na doutrina brasileira, a posição de Botija, em razão da consagração do princípio da especialidade e do seu caráter tuitivo:

Concordamos com Perez Botija, pois a norma especial prevalece sobre a geral e mesmo deve acontecer com os princípios. Esta solução, aliás, possui o embasamento em nosso direito positivo. Efetivamente, o artigo 8º da CLT manda aplicar os “princípios e normas gerais do direito, principalmente do Direito do Trabalho”. (SILVA, 1999, p. 16-17).

Impõe-se, ainda, tratar os princípios especiais como princípios especiais do Direito do Trabalho (SILVA, 1999, p. 17), posto que a expressão afigura-se a mais adequada frente às demais. O adjetivo especial funciona como diferenciador em relação aqueles princípios do Direito do Trabalho que são aplicáveis a outras disciplinas, mas que são próprios da disciplina laboral, como princípio da razoabilidade, não-discriminação, boa-fé, função social do contrato e função social da empresa. Assim, a locução “princípios especiais do Direito do Trabalho” é atinente aos

princípios próprios e exclusivos do juslaboralismo, tais como o princípio da proteção, irrenunciabilidade, primazia da realidade, isonomia salarial, entre outros.

Estes princípios especiais se incumbem de importante função no ramo laboral, pois são compromissários e, por isso, garantidores da proteção ao hipossuficiente, como registra Lyon Caen, nas palavras de Pinho Pedreira, pois “os princípios do Direito do Trabalho não só tendem a cobrir casos qualificáveis como vazio jurídico, mas também surgem e se desenvolvem para reajustar moldes jurídicos inadequados à proteção dos trabalhadores” (SILVA, 1999, p. 17)

A primeira enumeração dos princípios especiais nesta seara, ocorrida em Trieste, no ano de 1951, na 1ª Conferência Internacional de Direito do Trabalho, coube a Perez Botija, segundo Pinho Pedreira (1999, p. 20), individualizando os princípios da irrenunciabilidade, normas mais favorável e rendimento. Em 1948, Perez Lenéro indicou o princípio protetivo, da condição mais benéfica e da continuidade (*apud* SILVA, 2004). Mário de La Cueva (1965) foi o criador do princípio da primazia da realidade, qualificando o contrato de trabalho como contrato realidade (1965). Anos depois, Américo Plá Rodriguez elaborou a mais clássica obra principiológica da América Latina, indicando a variedade das denominações conferidas aos princípios do Direito do Trabalho:

Entre 14 autores que abordavam alguma enumeração de princípios, havia podido contar 25 princípios diferentes. O mais curioso é que nenhum autor aceita mais de seis ou sete, havendo alguns só admitem dois ou três. Isto revela que, às vezes, se englobam vários em um só. Outras

vezes se desdobra um em vários princípios diferentes. Alguns negam o que os outros enumeram. Outros se defrontam com concepções absolutamente diversas. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 25).

Apesar da enumeração múltipla, Plá Rodriguez concebe uma lista pequena com somente sete princípios para o ramo laboral. Todavia, ressalva que esta lista é inconclusa, não podendo ser tida como definitiva ou encerrada (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 61). São os princípios da proteção (com suas três regras, *in dubio pro operário*, condição mais benéfica e norma mais favorável), irrenunciabilidade, continuidade da relação de emprego, primazia da realidade, razoabilidade, boa-fé e não-discriminação.

Por outro lado, Pinho Pedreira elenca nove principais princípios como especiais do Direito do Trabalho. São eles o princípio da proteção, o princípio *in dubio pro operário*, o princípio da condição mais benéfica, o princípio da norma mais favorável, o princípio da irrenunciabilidade, o princípio da continuidade, o princípio da igualdade, o princípio da razoabilidade e o princípio da primazia da realidade.

Cumprir registrar o pensamento de Francisco Meton Marques que atribui ao princípio da proteção o papel de executor do princípio da progressão social, entendido como:

Progresso significa marcha para frente; avanço; movimento para a perfeição; desenvolvimento. Progressão social adjudica necessariamente a melhoria do IDH da

população, a vontade constante e perpétua de conseguir avanço intelectual, material e social das pessoas, enfim, melhor qualidade de vida. (LIMA, 2005, p. 396).

O fundamento deste princípio é diretamente o texto constitucional vigente, notadamente o artigo terceiro, incisos segundo e terceiro; o artigo sétimo, *caput*, ao pregar a melhoria da condição social do trabalhador; o artigo 193 que impõe o primado do trabalho e da justiça social na ordem econômica. Ademais, há esteio, ainda, para vislumbrar o princípio referido no Código Civil e seus dispositivos sobre a função social da propriedade e do contrato. Portanto, o princípio da progressão social configura-se, de fato, compromissário da realização da justiça social, e por isto, almeja o mesmo fim que pretende o princípio da proteção.

É importante salientar que o professor baiano confere a qualidade de princípios aos preceitos de *in dubio pro operário*, condição mais benéfica e norma mais favorável, quando a maioria da doutrina trabalhista lhes atribui a qualidade de regra de aplicação do princípio da proteção. Independentemente da sua qualidade de regra ou princípio, o entrelaçamento destes preceitos com o princípio da proteção é indiscutível, o que conduz ao enfoque do princípio maior e suas manifestações ou princípios derivados.

4. Princípio da Proteção.

Considerado, por muitos, como a razão de ser do Direito do Trabalho, eis que sintetiza a ontologia juslaboral, conferindo-lhe a distinção peculiar de ramo novo e autônomo do direito, como se infere da sua gênese:

Nasceu da necessidade de se transformar a liberdade e igualdade formais nas relações de trabalho entre empregados e empregadores em liberdade e igualdade reais, o que se tornou possível mediante a técnica de contrabalançar a debilidade econômica dos trabalhadores com privilégios jurídicos, em outras palavras, com proteção legal. (SILVA; 2004, p. 94)

O princípio tuitivo é, para Plá Rodriguez (2000, p. 83), o critério fundamental de orientação do Direito do Trabalho. Explica o professor uruguaio que seu objetivo corresponde na produção de uma igualdade material por meio de leis protecionistas para com os mais fracos. Nisto, revela o compromisso desta disciplina jurídica com a igualdade substancial¹¹.

A definição do mandamento em comento articula-se como “aquele em virtude do qual o Direito do Trabalho, reconhecendo a desigualdade de fato entres os sujeitos das relações jurídicas de trabalho, promove a atenuação da inferioridade econômica, hierárquica e intelectual dos trabalhadores” (SILVA, 1999, p. 29).

O *nomem júrís* do princípio estudado foi consagrado pela doutrina como princípio da proteção, embora outras denominações lhe fossem atribuídas, como

¹¹ “Enquanto que no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes”. (PLÁ RODRIGUES, 2000, p. 83)

princípio a favor, princípio tutelar, princípio tuitivo, princípio *pro operario* e princípio da norma mais favorável. A abundância das nomenclaturas não resistiu à consolidação do nome que intitula o capítulo. A expressão acolhida, e consolidada na doutrina, revela-se a mais fidedigna e sintética para seu significado.

Pinho Pedreira relaciona como fundamentos do princípio da proteção a subordinação jurídica – instituidora de uma hierarquia e conseqüência da heterodireção – e a dependência econômica, pois a aceitação da subordinação decorre da necessidade inafastável de sobreviver conjugada com ausência da detenção dos meios de produção, produzindo uma dependência do trabalhador em relação ao seu salário (meio de sobrevivência), e, por esta razão, dependência econômica. A condição pessoal do trabalho, que é indissociável do trabalhador, transpassa a regulação das relações de trabalho para regulação da própria condição humana.

Ao lado dos dois fundamentos citados, persiste a ignorância do trabalhador acerca do seu regime contratual, notadamente no tocante aos seus direitos e garantias. Todos esses fundamentos conformam, na relação de trabalho humana, um perfil notoriamente distinto das contratualidades ordinárias do Direito Civil (direitos pessoais, obrigacionais e reais), pois a base fática da realidade laboral assenta-se na desigualdade dos contratantes.

A perquirição acerca da fundamentação do princípio é indispensável para compreender seu intento, e, em particular, para o acúmulo necessário ao seu repensar. Plá Rodriguez considera que seu fundamento encontra-se na própria essência do Direito do Trabalho, isto é, em sua ontologia. A postura protecionista para com os trabalhadores vem sendo a vocação do Direito Laboral, que

responde interventivamente, de modo tutelar, na ficção da igualdade entre as partes, na seara do trabalho. A desigualdade conseqüente do desequilíbrio econômico impele um sistema jurídico que a combata, prezando por uma igualdade material e real.

Hueck e Nipperdey (*apud* PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 88) identificam a necessidade de proteção na relação de dependência do trabalhador para com o contratante. Isto designa o Direito do Trabalho como primordialmente protetivo e, nisto, peculiar, em razão da necessidade especial de proteção que compreende dois fundamentos:

- 1) o sinal distintivo do trabalhador é sua dependência, sua subordinação às ordens do empregador. Essa dependência afeta a pessoa do trabalhador.
- 2) a dependência econômica, embora não necessária conceitualmente, apresenta-se na grande maioria dos casos, pois em geral somente coloca sua força de trabalho a serviço de outro quem se vê na obrigado a isso para obtenção dos seus meios de vida. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 88)

Na mesma perspectiva, Aldacy Rachid Coutinho identifica a circunstância fática que delinea a hipossuficiência. “A condição econômica do trabalhador que, por não ser possuidor de capital, somente teria à sua disposição a sua força de trabalho, o impele para uma condição desigual na revelação da contratualidade.” (COUTINHO, 2001, p. 5).

Assim, a proteção advinda do Direito Laboral se faz compromissária da dignidade, como se infere:

Já passou o tempo em que o trabalho era uma mercadoria e o trabalhador uma ferramenta a mais. Sua dignidade como ser humano lhe deve ser amplamente reconhecida e uma das formas efetivas de o fazer é criando desigualdades em seu favor, para compensar as que influem contra ele, protegendo-o contra o possível abuso patronal. (RUPRECHT, 1995, p. 11).

No ordenamento nacional, o artigo sétimo da Constituição dá azo, em seu *caput*, ao princípio da proteção, eis que relaciona uma série de direitos fundamentais nos seus 34 incisos, que poderão ser acrescentados de outros, heterônomos ou autônomos, desde que visem a melhoria das condições de vida dos trabalhadores. Este é seu texto literal: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social” (BRASIL, 2005).

A enumeração dos princípios, para Plá Rodriguez, como visto, elenca as manifestações de *in dubio pro operário*, condição mais benéfica e norma mais favorável com o caractere de regra. Isto porque, segundo o autor em comento, não convém desdobrar um princípio em uma série de regras, sob pena da perda da harmonia¹² e organicidade que têm tais diretrizes com o princípio da proteção.

¹² “Entendemos que, sem prejuízo do reconhecimento da importância da distinção e da exatidão das observações quanto aos perfis assinalados, não há razões para desvincular e decompor uma série de regras que têm raiz comum e que, no conjunto, formam um todo harmônico.” (PLÁ RODRIGUES, 2000, p. 99).

Não obstante a idéia de harmonia, outros autores, a exemplo de Pinho Pedreira, atribuí-lhes a qualidade de princípios. Ensina Pinho Pedreira que a materialização do princípio da proteção se dá através do que ele chama de “técnicas de proteção” (SILVA, 1999, p. 30). Tais técnicas são três: intervenção estatal; negociação coletiva; autotutela.

A legislação constitucional e a infraconstitucional trabalhista são confirmações da intervenção estatal nas relações privadas de trabalho. Nestes diplomas, são estabelecidas obrigações e direitos mínimos para as relações laborais, com os atributos de imperatividade e inderrogabilidade. A intervenção do Estado nas relações particulares ocorre para coibir os excessos exploratórios decorrentes de relações desiguais fática e economicamente. Apesar do enfraquecimento da autonomia privada, a intervenção é indispensável para acalantar justiça, como dizia Lacordaire “entre o forte e o fraco, entre o pobre e o rico, é a liberdade que escraviza, é a lei que liberta.”(apud SUSSEKIND, 1981, p. 32).

Ultrapassado o plano individual da intervenção estatal, as relações coletivas de trabalho são pautadas pelo exercício da autonomia privada coletiva, que se apresenta como segunda técnica protetiva. Isto porque as normas autônomas, sendo negociadas num ambiente de liberdade sindical e sindicatos representativos, representarão uma regulação, no âmbito da categoria representada, mais benéfica e superior¹³ do que os mínimos dispositivos legais. A força e a capacidade organizativa produzirão avanços no

¹³ Ressalte-se que o sentido pretendido depende necessariamente de sindicatos fortes, representativos e combativos, sob pena de se ter, por meio da autonomia privada coletiva, um processo negocial *in pejus* de condições de trabalho, com arrimo no poder flexibilizatório disposto na Constituição (art 7º, VI, XIII e XIV), como tem ocorrido no Brasil.

sentido tuitivo, à margem da atuação estatal, e ajustada à realidade local da empresa.

A autotutela, sendo a defesa direta pelo lesionado do seu interesse, é técnica protetiva nos casos de greve ou direito de resistência. O reconhecimento excepcionalíssimo do ordenamento jurídico, que tem o monopólio da resolução dos conflitos, da possibilidade de solução deste pelo exercício da força de um dos litigantes, só se justifica porque visa a autodefesa uma resposta a uma agressão gravíssima, normalmente imposta ao hipossuficiente, seja pela reação coletiva ou pela resistência individual.

Os Tribunais Regionais do Trabalho têm invocado o princípio da proteção especialmente para fundamentar a tese da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, consagrada na Súmula número 331 do TST. O Tribunal Regional da Bahia (5ª Região) tem adotado com insistência o princípio estudado como fundamento nos casos de responsabilidade subsidiária¹⁴. Tem, de igual modo, invocado o princípio da proteção para fundamentar a obrigação de pagamento do adicional noturno na prorrogação da jornada noturna para a diurna (labor

¹⁴ ACÓRDÃO Nº 4.184/04. 4ª. TURMA. RECURSO ORDINÁRIO Nº 00152-2003-463-05-00-1 RO

Recorrente: TELEMAR NORTE LESTE S/A. Recorridos: RAIMUNDO NONATO DA SILVA, CLAUDIONOR SOUZA VIEIRA, SISTEMA ENGENHARIA LTDA. Relatora: Juíza NÉLIA NEVES

EMPRESA TOMADORA DOS SERVIÇOS- RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - A responsabilidade subsidiária tem amparo no princípio da proteção ao trabalhador e, ainda, na culpa "in vigilando" e "in eligendo" do tomador do serviço, que tem o dever de zelar pela observância dos direitos trabalhistas dos empregados das empresas contratadas para prestação de serviços (TRT 5ª, 2005).

continuado depois das cinco horas da manhã)¹⁵ e em matéria de interpretação do local da prestação de serviços¹⁶.

Mister analisar os princípios consecutórios (ou regras) *in dubio pro operário*, condição mais benéfica e norma mais favorável, para, então, compreender o significado o princípio da proteção.

5. Princípio *in dubio pro operário*.

¹⁵ “RR - 34653/2002-902-02-00 - Relator - GMLBC - DJ - 03/03/2006 - ADICIONAL NOTURNO. PRORROGAÇÃO DE JORNADA NOTURNA. Se o obreiro permanece em serviço extraordinário após as cinco horas da manhã, ultrapassando a jornada noturna, reconhece-se tal período como se noturno fosse. Há que se atentar para a motivação da lei. A norma jurídica, nesse caso, visa à proteção do trabalhador que, laborando em horário noturno, tem um desgaste maior. Com muito mais razão deve-se proteger aquele que já exerceu as suas atividades durante todo o período noturno e ainda segue trabalhando. Incidência da Súmula nº 60 desta Corte superior: II - Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST, 2006).

¹⁶ “CC - 144376/2004-000-00-00 - Relator - GMEMP - DJ - 03/03/2006 - CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AJUIZAMENTO DA AÇÃO NO LOCAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS OU DA CONTRATAÇÃO. A competência para o dissídio individual trabalhista será a da localidade na qual o empregado tenha celebrado o contrato de trabalho ou prestado serviços, sendo uma faculdade do empregado ajuizar a ação em uma ou outra localidade. Entendimento inserto no artigo 651, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Na hipótese dos autos, após a rescisão contratual o empregado teria voltado a se estabelecer em seu domicílio originário, o qual coincide com o local de celebração do contrato, sendo este, portanto, o Juízo competente para julgar o feito. Esse entendimento prestigia os princípios que norteiam o direito trabalhista, em especial o da proteção ao hipossuficiente, e leva em consideração a dinâmica do Processo do Trabalho. Conflito de competência julgado procedente.” (TST, 2006).

Conceituada como “no caso de que uma norma seja suscetível de entender-se de vários modos, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao trabalhador.”(PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 107). Ou, para Alfredo Ruprecht, “significa que uma mesma norma, quando suscetível de diversas interpretações, deve ser aplicada a que mais beneficia o trabalhador.” (RUPRECHT, 1995, p. 15).

A singularidade desta regra de interpretação consiste na inversão da diretriz geral do Direito Privado de favorecer o devedor quando da hipótese de dúvida interpretativa. No Direito Público, o réu, de igual modo, goza do benefício da interpretação ao seu favor nos casos dúbios. A justificativa é de que o devedor ou réu situa-se, normalmente, num plano inferior em comparação com o credor ou acusador, produzindo uma desvantagem.

Nas relações de trabalho, a desvantagem reside, inversamente, no pólo ativo. É o trabalhador que é hipossuficiente, tendo na sua remuneração a sua condição de sobrevivência. A inversão da situação fática de vantagem e desvantagem reclama também a inversão da regra. Sua justificativa, assim, reside no sentido protecionista que conduz a inversão das regras *in dubio pro reo* ou *in dubio pro devedor*. Pinho Pedreira diz que

Se o Direito Privado aceita o princípio do *favor pro reo* é porque, na generalidade das relações civis ou comerciais, o devedor é mais débil e necessitado. Mas nas relações de trabalho ocorre exatamente o contrário, porquanto a generalidade dos casos o trabalhador, cuja situação em face do empregador constitui pressuposto básico do Direito do Trabalho, se apresenta como credor

diante de seu empregador (devedor).
(SILVA, 1999, p. 30)

A regra *in dubio pro operario* é explícita em alguns países como Uruguai, Argentina, Venezuela, El Salvador, Colômbia, México, República Dominicana (SILVA, 1999, p. 46). No ordenamento nacional, não está explícita, o que não afeta sua força, pois a implicitude ou amorfismo são características dos princípios.

Pinho Pedreira demonstra, mediante processo hermenêutico, a fundamentação da validade, no ordenamento brasileiro, do princípio *in dubio pro operario*:

O mandamento é a aplicação da tese de que a interpretação deve atender a sua justiça social, pois se o propósito de nosso estatuto é o trabalhador, a solução contrária constituiria um benefício ao capital, o que não está e nem pode estar nas finalidades do direito do trabalho; seria, por existir uma dúvida que equivale a uma igualdade de possibilidades ou de circunstâncias, outorgar uma preferência injustificável ao capital. (SILVA, 1999, p. 46-47).

Ressalva-se que tal regra de interpretação não opera absolutamente, mas sopesadamente sobre qualquer interpretação das normas trabalhistas autônomas e heterônomas. Há, adiante, necessidade delinear os contornos de utilização do princípio, ou seja, quais os limites de aplicação. A doutrina sugere diversos limites, embora se possa considerar dois limites pacíficos: a

existência de dúvida e observância da *ratio legis* (SILVA, 1999, p. 49-50).

Reafirma Plá Rodriguez que as condições para utilização do princípio são a existência de dúvida e respeito à vontade do legislador. A primeira é condição, posto que componente implícita, enquanto a segunda, apenas uma limitação à aplicação, materializando-se somente durante a utilização da regra e não como pressuposta desta.

A condição para aplicação do princípio é o contexto de dubiedade na norma a ser interpretada. O intérprete somente se valerá da orientação hermenêutica quando verificar, para a mesma norma, dois caminhos interpretativos possíveis. A dúvida é entendida com pluralidade interpretativa, desde que haja razoabilidade nos caminhos hermenêuticos. Constatada a pluralidade de interpretação, há que se prevalecer aquela mais favorável ao obreiro. No entanto, Plá Rodriguez adverte seus limites:

Não se trata de corrigir a norma, nem sequer de integrá-la: somente cabe utilizar esta regra quanto existe uma norma e unicamente para determiná-lo o verdadeiro sentido, entre os vários possíveis. De sorte que, quando uma norma não existe, não é possível recorrer este procedimento para substituir o legislador ou muito menos para afastar-se o significado claro da norma. Ou para atribuir-lhe um sentido que de modo algum se pode deduzir de seu texto ou de seu contexto. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 111).

Vislumbrando-se várias interpretações, a dúvida (condição da regra *pro operario*) há de ser patente, eis que a mera existência de outras interpretações divergentes não suprimir a necessidade de dubiedade. Este limite reforça a denominação de *in dubio pro operario* em detrimento de princípio *pro operario*.

A outra limitação tida como pacífica é a observância da *ratio legis*. Deve-se ater que a escolha da interpretação mais benéfica observará a racionalidade do sistema jurídico ou a sua moldura. Todavia, o sentido da lei ou racionalidade jurídica são conferidos pelo próprio intérprete, terminando por reduzir esta segunda limitação.

Outras limitações se apresentam, como a inaplicabilidade da regra para matéria de dúvida probatória. A aplicação é defendida por autores consagrados como Plá Rodríguez, Pinho Pedreira, Wagner Giglio, Carlos Bezerra Leite, dentre outros. Cumpre transcrever a enunciação do professor uruguaio:

A nosso juízo, cabe aplicar a regra dentro desse âmbito em casos de autêntica dúvida, para valorar o alcance ou significado de uma prova. Não para suprimir omissões, mas para apreciar adequadamente o conjunto dos elementos probatórios, tendo em conta as diversas circunstâncias do caso.

Entendemos que as mesmas razões de desigualdade compensatória que deram origem à aplicação deste princípio justificam que se estendam à análise dos fatos já que, em geral, o trabalhador tem muito maior dificuldade do que o empregador para

provar certos fatos ou trazer certos dados ou obter certas informações ou documentos. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 115).

A defesa do princípio em matéria de prova é aventada por Alfredo Ruprecht, com a ressalva seguinte: “O princípio só é aplicável quando intervém dúvida sobre os alcances da prova; de maneira alguma pode ter andamento quanto falta ou é insuficiente.” (RUPRECHT, 1995, p. 18). Todavia, hodiernamente a doutrina predominante (Rodrigues Pinto, Maurício Delgado, Sérgio Pinto, Arnaldo Sussekind) entende que o princípio *in dubio pro operario* não se aplica em matéria probatória. Rodrigues Pinto sistematiza a restrição, “[...] não admite, a nosso ver, estendê-la até o campo da prova, no processo, o que redundaria num exagero e numa violação da regra processual autônoma de divisão dos *onus probandi*” (2005, p. 77). Além da violação ao ônus da prova, invoca-se uma colisão do princípio com a imparcialidade do julgador ou mesmo a “quebra da noção de justiça”¹⁷

Uma posição intrinsecamente protetiva replica os argumentos acima que negam a validade da regra *in dubio pro operario* em questão probatória. A justificativa da aplicação é a mesma do direito material. No processo do trabalho, o trabalhador continua sendo hipossuficiente além de estar normalmente desempregado, com o agravante de precisar conseguir testemunhas. No pólo oposto, o

¹⁷ “Ora, o caráter democrático e igualitário do Direito do Trabalho já conduz ao desequilíbrio inerente às suas regras jurídicas, a seus princípios e institutos [...]. Não se estende, contudo, obviamente, o mesmo desequilíbrio à figura do juiz e à própria função judicante – sob pena de se comprometer a essência da própria justiça.” (DELGADO, 2004, p. 87)

empregador não tem tais dificuldades, uma vez que normalmente este se vale de seus próprios empregados que depõe compromissadamente, mas ainda insertos no estado de submissão ou subordinação ao seu empregador. Portanto, os trabalhadores têm muitos mais dificuldade na instrução probatória do que os empregadores, seja na comprovação dos fatos ou apresentação de documentos. Trata-se de flagrante questão de aptidão para prova, tratada desigualmente pelo Código de Defesa do Consumidor.

A alegação de colisão entre tal aplicação da regra no processo do trabalho e a imparcialidade do Juiz pode ser rechaçada pela própria vocação protecionista do Direito do Trabalho, que compreende também o direito processual do trabalho e, por isso, dirige-o com a prevalência dos seus princípios, em especial o da proteção. Ainda é corrente exigir-se, em atenção a imparcialidade da judicatura, a prova empatada como pressuposto de aplicação do princípio *in dubio pro operário*, como discorre Pinho Pedreira a partir de sua experiência na magistratura:

Diversas vezes julgamos casos em que nos defrontamos com “prova empatada”, isto é, em que não houve negligência do empregado, pois desincumbiu-se do seu ônus, levando a juízo testemunhas no mesmo número e de credibilidade igual às apresentadas pela parte contrária `a das testemunhas do trabalhador, em processos nos quais não havia possibilidade de outra espécie de prova. Pelas maiores dificuldades com que arca o empregado para a produção de provas, numa situação como esta, a dúvida gerada no espírito do julgador

há de ser dirimida *pro operario* e foi sempre nesse sentido nosso pronunciamento. (SILVA, 1999, p. 58).

Apesar dos argumentos indicados, os Tribunais do Trabalho não têm, contemporaneamente, adotado este entendimento, delineando a crise do princípio da proteção. Veja-se, nas decisões abaixo transcritas, alusões, com críticas, ao princípio da *in dubio pro operario* em matéria de interpretação, contudo negando-o em questão de prova:

TST - RR - 2554/2001-003-02-00 - DJ - 03/03/2006 - PROVA ORAL CINDIDA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL DO ARTIGO 131 DO CPC EM DETRIMENTO DA APLICAÇÃO DAS REGRAS DO ÔNUS SUBJETIVO DA PROVA. I - Malgrado o Regional bem se orientasse sobre a **inaplicabilidade do duvidoso princípio do in dubio pro operario, na hipótese de a prova oral se mostrar contraditória**, não se houve com acerto ao adotar a tese de que nessa circunstância impõe-se priorizar a aplicação das regras do ônus subjetivo da prova. [...]. Recurso provido.”(TST, 2006). (grifo nosso)

A aplicação desta regra nas normas dos Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho encerra discussões polêmicas. Nas normas autônomas, a regra incide, de igual modo, como assinala Plá Rodriguez:

É sabido que toda norma trabalhista tem um propósito protetor. Que esse propósito tenha sido concretizado pelo legislador em um texto legal ou pelo sindicato em uma convenção coletiva, atuando como o representante dos próprios trabalhadores, não altera substancialmente as coisas. O certo é que a norma está inspirada pela finalidade protetiva, a aplicação deve efetuar-se com o intuito da proteção, ou melhor, resolve os casos de dúvida em favor de quem deveria ser protegido. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 120).

O dissenso se justifica em razão do princípio da equivalência dos contratantes em matéria de direito coletivo, o que enxorta o componente da debilidade. Contudo, a noção de equivalência dos contratantes, além de não se materializar na realidade social brasileira em virtude do contexto de crise do Direito do Trabalho, limita-se apenas ao momento da elaboração da norma (negociação coletiva). Na oportunidade de sua interpretação, o que ocorre normalmente no conflito individual demarcado pela hipossuficiência, há que se, na dúvida, conferir interpretação mais favorável ao obreiro, tornando válida o princípio *in dubio pro operario* em matérias de normas autônomas.

Deve-se, ainda, consignar a opinião de Aldacy Rachid Coutinho que se distingue das demais, por conferir sentido muito mais amplo à regra em comento. Entende que a regra tem uma diretiva no processo hermenêutico:

A proteção é uma necessidade não após o processo hermenêutico, se vários sentidos possíveis forem revelados, mas antes até, como um valor acolhido previamente pelo operador. É uma diretiva prévia, para que a atribuição de sentido, o elemento valorativo seja o da tutela. Não apenas na dúvida. SEMPRE. (COUTINHO, 2001, p. 6).

A inclinação protecionista propugnada pela professora paranense sugere um resgate do potencial tuitivo advindo da regra. Na esteira tutelar, cumpre transpor a análise para o princípio coirmão do *in dubio pro operario*, chamado de princípio da norma mais benéfica.

6. Princípio da norma mais favorável.

A regra, também de interpretação jurídica, corolária do princípio da proteção coloca o problema hermenêutico¹⁸ no plano das fontes do direito. Isto porque o Direito do Trabalho traz na sua índole um pluralismo em suas fontes, que englobam, na vertente autônoma, os Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho, Contratos Individuais, e, na vertente heterônoma, as leis e sentenças normativas. Neste emaranhado de normas, a prevalência do

¹⁸ Registre-se que Pinho Pedreira, citando Mario Cosmopolis, indica que o princípio analisado não é interpretativo, porque se trata de ato de seleção de normas. (SILVA, 1999, p. 66). No entanto, diverge-se, eis que a interpretação não se resume a conferir sentido a uma norma, mas compreende todo ato de conferência de contorno jurídico à relação fática, seja a uma norma ou a todo ordenamento jurídico, quando se tem que selecionar as normas aplicáveis. Ademais, o procedimento de eleição da norma mais favorável é eminentemente um processo interpretativo de realização do direito ao caso concreto.

postulado da aplicação da norma hierarquicamente superior seria dissonante da proteção do hipossuficiente, eis que, na maioria das vezes, as normas autônomas são mais vantajosas do que as estatais, apesar da clarividente superioridade hierárquica das últimas.

A regra singulariza-se, pois sua função peculiar e precípua é confirmar a proteção, pela peculiaridade frente às técnicas comuns de interpretação, como alude Pinho Pedreira:

O princípio da norma mais favorável é o mais amplo, em termos de proteção, e o único incontestavelmente específico do Direito do Trabalho, pois nenhuma outra disciplina jurídica e em nenhum caso, ao menos no Brasil, admite-se a aplicação de norma hierarquicamente inferior com desprezo da hierarquicamente superior. (SILVA, 1999, p. 65).

Partindo do contexto pluralista das fontes trabalhistas, o princípio da norma mais favorável consiste no procedimento interpretativo de opção pela norma mais vantajosa ao obreiro quando, para uma mesma situação, encontram-se vigentes mais de uma norma jurídica. Pinho Pedreira enuncia o conceito como “havendo pluralidade de normas, com vigência simultânea, aplicáveis à mesma situação jurídica, deve-se optar pela mais favorável ao trabalhador.” (SILVA, 1999, p. 65). Maurício Delgado esboça como

[...] no processo de aplicação e interpretação do Direito, o operador jurídico situado perante um quadro de conflito de regras ou de interpretações

consistentes a seu respeito deverá escolher aquela mais favorável ao trabalhador, a que melhor realize o sentido teleológico essencial do Direito do Trabalho. (DELGADO, 2004, p. 85)

O manejo do princípio carece da ocorrência de pluralidade de normas e colisão entre estas. A pluralidade de normas aplicáveis indica que os dispositivos sejam vigentes e concretos, isto é, aplicáveis ao caso. Não se pode identificar concorrência de normas quando uma delas não é vigente ou aplicável, a simples constatação da pluralidade de fontes, desprovida dos atributos da aplicabilidade, não enseja a colisão. Devem ser, então, válidas, vigentes, aplicáveis para proporcionarem uma pluralidade conflitante.

O TST vem acolhendo o princípio da norma mais benéfica, particularmente quando trata de reforçar os dispositivos mais favoráveis dispostos em norma coletiva. Outra situação clara de implementação da norma mais favorável é a inteligência do E. 362¹⁹, que estipula que a prescrição relativa às cobranças de depósitos de FGTS é a trintenária. É exemplo paradigmático da norma mais benéfica posto que, entre a prescrição quinquenal disposta no artigo sétimo inciso XXIX e a trintenária elencada na Lei 8036/90, artigo 23, § 4º, o princípio elege a norma hierarquicamente inferior porque mais favorável.

¹⁹ FGTS. PRESCRIÇÃO - É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho. (TST, 2006).

Tem-se como principal consequência da regra a supressão do comando geral de prevalência da norma hierarquicamente superior, que noutros ramos do direito seria aplicável na hipótese de colisão. É comum afirmar-se, em consideração a tal consequência, que o Direito do Trabalho possui uma hierarquia flexível e não pré-determinada, uma vez que a norma ápice será a mais benéfica. Plá Rodriguez sustenta que a regra produz a inversão da hierarquia. (2000, p. 115). Amauri Mascaro Nascimento conceitua o princípio como atinente à hierarquia: “É o princípio de hierarquia para dar solução ao problema da aplicação do direito do trabalho no caso concreto quando duas ou mais normas dispuserem sobre o mesmo tipo de direito, caso em que prioritária será a que favorecer o trabalhador.” (NASCIMENTO, 2004, p. 349).

No entanto, o exame mais detido da questão demonstra que não se tem alteração nas hierarquias das normas, mas sim a eliminação do principal consectário desta que é a prevalência da norma superior. A Constituição sempre será hierarquicamente superior, segundo sua natureza de norma fundamental, independentemente das disposições que emanam, sejam de direito civil, trabalhista ou penal. Embora, na seara juslaboral, suas prescrições, mesmo que hierarquicamente superiores, somente serão aplicadas ou prevalecerão quando forem mais benéficas. É esta a lição de Mário Cosmópolis:

A regra da norma mais favorável não afeta a hierarquia das normas, mas a preleção de sua aplicação; não modifica a ordem rigorosa em que as normas se colocam e que tem sua cúspide na Constituição, mas que, com respeito a essa hierarquia e sem alterá-la, determina qual, em caso de

coexistência e colisão de normas, deve ser aplicada no caso concreto, e esta é a mais proveitosa para o trabalhador. (*apud* SILVA, 1999, p. 70).

Sendo o efeito somente na aplicação e não na hierarquia, não se pode atribuir ao processo de determinação da norma mais favorável a derrogação – no sentido da invalidade – da norma preterida. Tem-se apenas uma eleição pontual e momentânea para o caso em discussão, “[...] porque a subsunção do caso concreto à norma inferior mais favorável não derroga a norma superior menos favorável, que continua a reger as hipóteses para as quais não seja pertinente a primeira.”(SILVA, 1999, p. 72).

O caminho em busca na norma mais favorável torna-se tortuoso quando se depara com comparações entre normas especiais e gerais, ambas de natureza trabalhista. A tutela especial de certas categorias ou profissões decorre de suas condições singulares, a exemplo dos profissionais liberais e categorias profissionais diferenciadas. A singularidade do trabalho reclamou (e obteve) regulamentação protetiva especial à sua circunstância, que ora é mais benéfica, ora é pior do que os dispositivos gerais. Neste aparente conflito, o manejo adequado do princípio da especialidade retira a incidência das normas gerais, desconfigurando a condição essencial de pluralidade de normas, “pois a especificidade das condições de trabalho a que procura atender o estatuto profissional repele a aplicação da lei geral, mesmo se mais favorável ao trabalhador”. (SILVA, 1999, p. 73).

Outra tortuosidade está no caráter de ordem pública de algumas normas, cuja inderrogabilidade é

absoluta²⁰. Nestes termos, não há como derogá-las, posto que o interesse da sociedade – que atribuiu a natureza de absoluto – não pode ser subjugado para defesa de interesse de certos grupos sociais. Quando se trata das normas de ordem pública absoluta, não há como pretender invocar o princípio em debate, posto que o interesse geral da sociedade prepondera sobre os interesses de grupos sociais.

A última tortuosidade, e a mais polêmica, reside no método de determinação da norma mais favorável. Quanto ao processo de comparação, Plá Rodriguez acolhe a exposição de Paul Durand (2000, p. 127-128), que pode ser sintetizada nos seguintes comandos:

a) A comparação é do conteúdo das normas, não se levando em contas as conseqüências longínquas;

b) Deve-se considerar o benefício coletivo e não a vantagem individual;

c) A aferição da favorabilidade é objetiva e independente da manifestação de vontade os interessados.

d) A comparação se faz na concretude do sistema e não na abstração legal.

A comparação das normas enfrenta o principal problema quando se tem que eleger de um parâmetro. Isto porque, as normas podem conter disposições, em parte, mais benéficas, e, em outras partes, mais prejudiciais, quando comparadas com outras normas. Esclareça-se que o debate em curso é peculiar ao âmbito trabalhista pela natureza de suas normas, que comportam internamente

²⁰ Pinho Pedreira (1999, p. 74) classifica as normas trabalhistas em dois tipos. O primeiro denomina-se de normas de ordem pública relativa, que objetivam a proteção do trabalhador e por isso aceitam derrogações. O segundo seria aquelas de ordem pública absoluta, porque fixam interesse da sociedade como vedação da indexação salarial, medicina e segurança do trabalho, contribuições sociais, que não podem ser sucumbidas pelo interesse dos trabalhadores.

inúmeras disposições, tal como as normas autônomas nas suas dezenas e até centenas de cláusulas.

Trata-se, essencialmente, da medida de comparação, em outras palavras, do limite de fragmentação das normas para o procedimento da comparação. Os pólos extremados vão da impossibilidade (conglobamento) à cindibilidade atômica (acumulação).

A teoria do conglobamento propõe a comparação na globalidade das normas, isto é, a partir de sua unidade e sopesando, em cada uma, suas benesses e desvantagens ao obreiro. Pinho Pedreira relata que pela teoria do conglobamento “deve-se, ao comparar as fontes, verificar qual delas, em seu conjunto, é mais benéfica ao trabalhador, e preferi-la, excluindo totalmente de aplicação as outras, consideradas menos favoráveis em bloco” (SILVA, 1999, p. 82). Maurício Delgado explica que:

[...] não se fracionam os preceitos ou institutos jurídicos. Cada conjunto normativo é apreendido globalmente, considerado o universo temático; respeitada essa seleção, é referido o conjunto comparado aos demais, também globalmente apreendidos, encaminhando-se, então, pelo cotejo analítico, à determinação do conjunto mais favorável. (DELGADO, 2005, p. 182).

É justamente a eminência da comparação na globalidade que assegura a maior qualidade ao citado método, que é a preservação da harmonia e organicidade. É uma confrontação ampla, embora puramente orgânica, sem espaços para atuação assemelhada à uma criação legislativa a partir da interpretação. De outro lado, a amplitude leva a

maior e mais severa objeção ao método: a comparação de normas heterogêneas. Ao tornar paralelas normas distintas, perde-se a unidade de comparação, pois, em uma mesma norma, uma parte poderá ser mais benéfica e outra menos quando comparada à outra. Em alguns casos, a comparação torna-se inexequível, corroendo o método do conglobamento.

Antagonicamente ao método anterior, a teoria da acumulação se apresenta alternativamente para garantir o melhor sentido protetivo. Para tanto, impõe a escolha atômica dos dispositivos (ou cláusulas), individualmente considerados, dentre as normas em análise. Por seu procedimento individualizado recebe a denominação de método atomista e da acumulação. Para Maurício Delgado, a teoria funciona da seguinte forma:

A teoria da acumulação propõe como procedimento de seleção, análise e classificação das normas cotejadas, o fracionamento do conteúdo dos textos normativos, retirando-se os preceitos e institutos singulares de cada um que se destaquem por seu sentido mais favorável ao trabalhador. À luz dessa teoria acumulam-se, portanto, preceitos favoráveis ao obreiro, cindindo-se diplomas normativos postos em equiparação. (DELGADO, 2005, p. 181).

Apesar de obter verdadeiramente a norma mais favorável, sendo esta sua maior qualidade, a teoria da acumulação peca ao destroçar a organicidade e harmonia interna. Este método comparativo incorre em, de fato, processo de criação legislativa decorrente da acumulação,

porque a norma mais benéfica termina sendo a conjunção artificial de fragmentos de normas diferentes, num verdadeiro simulacro.

A partir das críticas anteriores, exsurge, por meio de uma superação, a teoria do conglobamento por institutos. É examinada por Pinho Pedreira que se refere a Mario Deveali:

O objeto da comparação não o constitui, pois, cada cláusula – e ainda menos uma parte da mesma – mas o conjunto das cláusulas que se referem a um mesmo instituto, como, por exemplo, o regime de enfermidade, de férias, de despedida, etc ... Cada instituto do Direito do Trabalho tem um regime unitário. (SILVA, 1999, p. 87).

Plá Rodriguez opta pelo conglobamento de institutos, pois “o conjunto que se leva em conta para estabelecer a comparação é integrada pelas normas referentes à mesma matéria, que não se pode dissociar sem perda de sua harmonia.”(PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 131).

O debate sobre o método prossegue profícuo, com posições céticas e anti-sistêmicas, como a de Mario Cosmópolis²¹ (*apud* SILVA, 1999, p. 89), conquanto haja a predominância da teoria do conglobamento por institutos. No Brasil, a discussão é incipiente, sendo pouco tratada (SILVA, 1999, p. 89). A partir da Lei 7064/82, que disciplina o trabalho dos técnicos brasileiros no exterior, o ordenamento jurídico laboral adotou expressamente o

²¹ “Mario Pasco chegou à conclusão de que ‘a determinação da norma mais favorável deve ser feita casuisticamente e estar baseada na flexibilidade e na equidade.’” (SILVA, 1999, p. 89)

conglobamento por institutos, com arrimo no artigo terceiro da citada lei. A adoção reforça a tese e, como válida no exterior, pode ser invocada por analogia *legis*, com azo no artigo oitavo da CLT, para os demais conflitos trabalhistas.

Cumpre, todavia, afirmar que a teoria da acumulação persiste com vivacidade. Seu império adstringe-se nas comparações com as normas estatais. Nestes casos, o atomismo deve preponderar sobre o conglobamento, eis que as disposições legais representam tão somente um mínimo de regramento das relações de trabalho, inclusive em atenção ao princípio da irrenunciabilidade, salvo as exceções constitucionais flexibilizatórias.

7. Princípio da condição mais benéfica.

O professor Pinho Pedreira distingue bem a regra das anteriores ao caracterizá-la como decorrente de “sucessão normativa” (SILVA, 1999, p. 99). Na regra *in dubio pro operario*, tem-se uma única norma frente a uma pluralidade de interpretações. Na regra da norma mais favorável, a pluralidade aloca-se nas fontes, havendo mais uma norma vigente relativa ao caso concreto, que a colidem entre si. Enquanto que na regra da condição mais benéfica, há pluralidade de normas no processo de sobreposição temporal (sucessão). “Daí o entendimento de que o princípio da condição mais benéfica resolve o fenômeno de direito transitório ou intertemporal” (SILVA, 1999, p. 99).

A última regra distingue-se das primeiras porque se situa no plano fático, sendo o resultado da comparação de situações concretas e determinadas. A distinção torna-se difícil porque a situação concreta e determinada pode ser o resultado da aplicação de uma norma abstrata. Todavia, é factível sua diferenciação, principalmente porque deve haver pluralidade de situações fáticas e não de normas

abstratas. Em verdade, pode-se ter o confronto de uma nova norma abstrata que intenta alterar a condição fática anterior decorrente de uma norma abstrata pretérita.

O conceito do princípio da condição mais benéfica pode ser extraído da definição de Plá Rodriguez. “A regra da condição mais benéfica, pressupõe a existência de uma situação concreta, anteriormente reconhecida, e determina que Lei deve ser respeitada, na medida em que seja mais favorável ao trabalhador que nova norma aplicável.” (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 131).

É salutar a definição de Ojeda Avilés conceituando-a como “a conservação das vantagens obtidas por aplicação de normas anteriores se mais benéficas e não contempladas pela norma substituinte.” (*apud* SILVA, 1999, p. 101). Para Maurício Delgado, “O *princípio da condição mais benéfica* importa na garantia de preservação, ao longo do contrato, da cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador, que se reveste do caráter de direito adquirido”. (DELGADO, 2004, p. 95).

O ordenamento jurídico brasileiro consagra expressamente a regra da condição mais benéfica, com arrimo no direito adquirido, com fulcro no artigo quinto, inciso XXXVI, e sétimo *caput* da Constituição de 1988. A legislação infraconstitucional trabalhista instituiu a vedação das alterações contratuais lesivas por meio do artigo 468, o que representa a consequência do princípio da condição mais benéfica, conforme o dispositivo legal abaixo:

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da

cláusula infringente desta garantia.
(BRASIL, 2003).

Frise-se que o artigo citado da CLT proíbe, fulminando com nulidade, as alterações contratuais *in pejus*, confirmando o princípio como instrumento de efetivação de outro princípio, o da inalterabilidade contratual. No sentido mais fiel ao princípio da condição mais benéfica, o TST aprovou a súmula número 51²² que, tratando das cláusulas provenientes de regulamentos de empresa, implementou o princípio da condição mais benéfica quando afirma que as alterações das cláusulas regulamentares *in pejus* não valem para os trabalhadores com contrato de trabalho em curso, em atenção à condição mais benéfica. A recente incorporação da Orientação Jurisprudencial – OJ 163, que acrescentou o inciso II, configure uma mitigação do princípio estudado, essencialmente porque sustentada na idéia de “opção” – liberdade do empregado – que, efetivamente, é minorado no trabalho subordinado e dependente. A regra continua a orientar das decisões do TST, conforme decisão abaixo:

AIRR - 1580/2002-921-21-40 Relator
- JCCACM DJ -

²² Nº 51 NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT. (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) - Res. 129/2005 - DJ 20.04.2005

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/73, DJ 14.06.1973)

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ nº 163 - Inserida em 26.03.1999)

20/08/2004. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DESCABIMENTO. PROMOÇÃO PREVISTO EM NORMA INTERNA DA EMPRESA. REVOGAÇÃO POR NORMA SUPERVENIENTE. DIREITO ADQUIRIDO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 5º, XXXVI, DA CF/88. NÃO CONFIGURAÇÃO. DIVERGENCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO. Não se vislumbra qualquer lesão a direito adquirido, ou seja, ao art. 5º, XXXVI, da CF/88. Ao contrário, a decisão justamente pretendeu salvaguardar o direito do reclamante a ser promovido, com base na norma em vigor na data de sua contratação, ainda que a mesma tenha sido revogada posteriormente através da edição de nova diretriz. A decisão do Regional está em consonância com **o princípio da condição mais benéfica, o qual informa que as condições mais vantajosas para o trabalhador, sejam concedidas unilateralmente pelo empregador ou convencionadas bilateralmente pelas partes, incorporam-se ao contrato de trabalho, não sofrendo quaisquer reflexos em virtude de**

cláusulas contratuais e/ou regulamentos empresariais que estabeleçam um nível de proteção inferior. Inobstante, o julgado também se coaduna com o entendimento pacificado desta Corte, segundo o En. 51. Quanto à divergência jurisprudencial, a mesma não restou demonstrada, vez que a agravante colaciona acórdãos oriundos de turmas do C. TST ou do próprio regional, o que inviabiliza a revista, a teor do art. 896, a, da CLT, ou, ainda, acórdãos não que se prestam a demonstrar o dissenso, uma vez que não possuem a mesma moldura fática, tratando de matéria estranha à discussão travadas nestes autos. Incide, nesta hipótese, o En. 296 do C. TST. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (TST, 2006, grifos nossos).

Cumprir perquirir como efeito da regra da condição mais benéfica à luz da ultratividade das normas coletivas. A ultratividade significa a produção de efeitos jurídicos de norma coletiva (autônoma) além do prazo determinado na CLT de dois anos (art. 614, § 3º). Para entendê-la, deve-se distinguir a natureza das cláusulas das normas coletivas em obrigacionais e normativas, conforme classificação²³ de Pinho Pedreira (1999, p. 109) e Arnaldo

²³ As cláusulas obrigacionais estipulam disposições atinentes exclusivamente às partes convenientes do instrumento, não dispondo preceitos para as categorias representadas, sendo expressão fidedigna de

Sussekind (2005, p. 604-605). O efeito ultrativo da vigência somente ocorre nas cláusulas normativas, não incidindo nas cláusulas obrigacionais que encerram seus efeitos concomitantemente com seu prazo de vigência.

Há intensa conflitualidade na existência ou inexistência do efeito ultrativo das normas coletivas expiradas. Duas posições opostas se apresentam.

Em defesa do efeito ultrativo, Arnaldo Sussekind apresenta interpretação sistemática da CLT, conjugando a nulidade da disposição do contrato individual de trabalho que viola Convenção Coletiva (art. 619 da CLT) com a vedação da alteração contratual lesiva (art. 468 da CLT). Estes dispositivos impõem que, na cessação da vigência da norma coletiva, seus efeitos prossigam no contrato de trabalho, posto que lhes foram incorporados em observância ao direito adquirido e em respeito à regra da condição mais benéfica. Relata Pinho Pedreira (SILVA, 1999, p. 110-112), que Délio Maranhão, Victor Russomano, Segadas Viana, Antônio Lamarca, Orlando Teixeira, Martins Catharino e Pontes de Miranda acrescentando que “Embora com divergência de fundamentos, uma coisa é certa: concordam todos que a nova Constituição, no § 2º do art 114, consagrou a teoria da incorporação.”(SILVA, 1999, p. 113).

Antagonicamente, Sérgio Pinto Martins (2004), entre outros autores, sustenta a inexistência de ultratividade, com fundamento no princípio da autonomia privada coletiva. Argumenta que as cláusulas normativas, produtos da negociação firmada na autonomia privada

um contrato. As cláusulas normativas tratam de vantagens e condições de trabalho abstratamente para os sujeitos representados pelos convenentes, configurando-se como norma jurídica abstrata de origem contratual. Tal singularidade ensejou a simbólica afirmativa que a natureza jurídicas nas normas coletivas teria “corpo de contrato e alma de lei” de Francesco Carnelutti. (*apud* NASCIMENTO, 2004, p. 1112).

coletiva, representam uma pactuação temporária, ao uma ajuste ao sabor do momento histórico, sem qualquer previsão de prorrogação para além do termo acertado. Nesta linha, a CLT limita a vigência da norma coletiva a dois anos, o que, seguem estes autores conferem dinamismo à negociação, o que não existência se houvesse o efeito ultrativo.

Socorrem-se, os defensores desta tese, na aplicação analógica da Súmula 277²⁴ do TST que estabelece que as disposições de sentença normativa somente vigerão no prazo assinalado. Esclareça-se que é este o atual entendimento do Tribunal Superior do Trabalho e de outros Tribunais Regionais, ressalvadas as divergências internas e minoritárias.

Entretanto, no viés protecionista, a aplicação analógica do E. 277 para as normas coletivas autônomas é descabida, porque iguala fontes normativas que origens contrapostas. A sentença normativa é manifestação heterônoma do Estado através da Justiça do Trabalho (vontade de um terceiro), e, por essa razão, suas disposições normativas são totalmente desvinculadas da atuação coletiva, o que poderia justificar a não ultratividade. Já as Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho são normas autônomas, provenientes da negociação coletiva, representando a vontade das partes signatárias. Em face desta origem oposta, não há como se aplicar entendimentos analógicos.

A expressão mais coerente do princípio da condição mais benéfica clama pela confirmação da

²⁴ SENTENÇA NORMATIVA. VIGÊNCIA. REPERCUSSÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO. As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos.

ultratividade, até que norma autônoma posterior altere as condições estabelecidas pela anterior. Porém, tanto este como os demais princípios protetivos vêm sendo contestados atualmente, conformando o que se pode chamar de *crise da proteção*.

8. Crise do Princípio da Proteção.

As tendências liberalizantes, tidas como alternativas possíveis e eficazes de superar a Crise do Direito do Trabalho, sustentam a necessidade eminente da flexibilização, tida como um afrouxar da rigidez do Direito do Trabalho. Aldacy Rachid Coutinho introduz debate:

Muito se discutido sobre a estruturação normativa, numa tentativa de superação da intervenção acentuada, propugnando uma nova face, mais flexível, menos regulamentar. É a autonomia privada sendo restabelecida primordialmente pela perspectiva coletiva. (COUTINHO, 2001, p.5).

E neste intento, o centro teórico a ser vergado (flexibilizado) é o princípio da proteção. A ontologia tutelar, própria razão de ser do Direito do Trabalho, começa a ser colocada em xeque (ROMITA, 2003).

No tocante aos princípios consequentários do princípio da proteção, a crise também lhes assola. A negativa do princípio *in dubio pro operario* em matéria probatória simboliza uma guinada sinalizadora da contestação da orientação tuitiva. A Constituição aportou severa mitigação ao princípio da norma mais favorável quando atribuiu aos sindicatos obreiros o poder flexibilizatório sobre o salário e jornada. O princípio da

condição mais benéfica é minorando quando o TST nega o efeito ultrativo às normas coletivas ou mesmo quando admite a redução salarial do professor por redução de turmas, segundo inteligência da OJ 244 da SDI-I²⁵, que implica na também violação²⁶ no princípio da irredutibilidade salarial.

Arion Sayão Romita formula questionamento fundamentado acerca do princípio da proteção, fazendo a cogitação que intitula sua obra: *O princípio da proteção em xeque* (2003). A primeira indagação pinçada refere-se a origem corporativa dos princípios, e por isso controladora e conservadora, assim posta:

Dito “princípio da proteção”, na realidade, não existe nem pode ser afirmado sem desconhecer os fundamentos históricos e sóciopolíticos do ordenamento brasileiro. Em regime político autoritário e corporativista, não há como aceitar a tese de uma suposta proteção que o Estado dispensaria aos trabalhadores, o ordenamento

²⁵ PROFESSOR. REDUÇÃO DA CARGA HORÁRIA. POSSIBILIDADE. Inserida em 20.06.01.A redução da carga horária do professor, em virtude da diminuição do número de alunos, não constitui alteração contratual, uma vez que não implica redução do valor da hora-aula.

²⁶ A violação ocorre, apesar da manutenção do valor da hora-aula, posto que o professor ao lecionar em determinados números de turmas, insere sua subsistência em determinado padrão de vida e, a alteração do número de turma, com a conseqüente redução salarial proporcional, motivada por interesse empresarial, não pode piorar a condição de vida do trabalhador, em respeito ao artigo 468 da CLT e ao princípio da condição mais benéfica. Contesta-se a inspiração da OJ, eis que nem mesmo uma crise econômica na escola poderia justificar a redução salarial, sob de pena de ocorrer a transferência do risco do negócio para o empregado.

corporativo, longe de proclamar o primado de qualquer dos fatores da produção, cuida de preservar, privilegiar e proteger os “interesses superiores da produção nacional”, tarefa que incumbe ao Estado. (ROMITA, 2003, p. 22).

A segunda indagação de Arion Romita problematiza a idéia de que o Direito Laboral protege. Defende o autor em comento que o papel inescusável do Direito é regulação e a ordenação das relações sociais:

Não constitui função do direito – de qualquer dos ramos do direito – proteger algum dos sujeitos de dada relação social. Função do direito é regular a relação em busca da realização do ideal de justiça. Se para dar atuação prática ao ideal de justiça for necessária adoção de alguma providencia tendente a equilibrar os pólos da relação, o direito concede à parte em posição desfavorável alguma garantia, vantagem ou benefício capaz de preencher aqueles requisito. (ROMITA, 2003, p. 22).

A terceira objeção de Arion Romita situa-se no plano flexibilizatório concedido aos sindicatos para negociar *in pejus* o salário e a jornada de trabalho. Com estes dispositivos, entende que

[...] se antes de 1988 tivesse sido possível falar em “princípio da proteção”, depois da promulgação da

vigente Constituição tal atitude tornou-se cientificamente insustentável, pois a proteção preconizada pela doutrina tradicional cede diante dos imperativos econômicos voltados para conservação do emprego. (ROMITA, 2003, p. 25).

Não obstante o professor fluminense tecer tais objeções, apresenta, adiante, aceção democrática da proteção, que supera suas próprias oposições, alocando a proteção, conquista da organização coletiva dos trabalhadores, num ambiente de real liberdade sindical:

A proteção dos trabalhadores representa uma conquista do Estado social e democrático de direito. A proteção visa à eliminação da desigualdade social e econômica entre o empregado e o empregador e a substituição da noção de igualdade meramente jurídica (formal) por uma igualdade material. (ROMITA, 2003, p. 30-31).

A proteção pugna acima guia-se pela ênfase à negociação coletiva, que seria situada no plano da liberdade sindical, a ser construída por uma reforma constitucional que eliminasse a unicidade sindical, a contribuição compulsória e outros institutos corporativos. O perfil proposto por Arion Romita, baseado na valorização da negociação coletiva, sugere a supremacia do negociado pelo legislado, ou seja, da supremacia das normas autônomas, ainda que piores do que as disposições legais (fim do princípio da norma mais favorável). Para isto, é preciso uma

liberdade sindical “que infelizmente ainda não foi implantado no Brasil. Sim, porque ele [princípio da liberdade sindical] dá ênfase à negociação coletiva das condições de trabalho, sempre que os interlocutores sociais mostrem descontentamento com a legislação vigente.” (ROMITA, 2003, p. 34-35).

Entende, assim, que as relações laborais deveriam ser disciplinadas pelas relações coletivas, que sempre prevaleceriam sobre os diplomas legais, ainda que estipuladas condições normativas inferiores do que as legais. Romita conjectura a proposta do “negociado sobre o legislado”²⁷ como um fomento à negociação coletiva, pois almeja “dar atuação prática que a Constituição confere ao instituto da negociação coletiva.” (ROMITA, 2003, p. 35).

Conclui Arion Romita que a conversão em lei do projeto 131 iria tão somente promover três mudanças no plano da negociação que já ocorre (ROMITA, 2003, p. 36-37-38). Primeiro, deixaria de ser na Justiça do Trabalho, nas conciliações individuais quando se transige direitos que, na empresa, seriam indisponíveis e irrenunciáveis. Segundo, as negociações de caráter individual seriam transpostas para o plano coletivo. Terceiro, poder-se-ia negociar diretamente no curso do contrato de trabalho, ante a força coletiva, o que não ocorre na prática, o trabalhador individualmente teme acionar judicialmente seu empregador em atenção à preservação do emprego.

Otávio Augusto Reis de Souza, sob influxo liberalizante, diagnostica a crise do princípio da proteção:

O princípio da flexibilização deriva do reconhecimento de que a forma

²⁷ O Projeto de Lei 131/2001 alterava o artigo 618 da CLT, para instituir a prevalência do negociado sobre o legislado. O Projeto, mesmo aprovado na Câmara dos Deputados, foi arquivado quando tramitava no Senado Federal por determinação do Presidente Lula.

heterônoma de proteção se mostrou insuficiente e muitas vezes inadequada. A rigidez da legislação laboral conspira muitas vezes contra os que pretende proteger. (SOUZA, 2002, p. 62).

Adiante, defende o sepultamento do princípio tutelar:

A conclusão inexpugnável de tão vultuosas alterações no mundo hodierno pode ser sintetizada em algumas posições. Percebe-se claramente que os princípios clássicos do Direito Laboral, máxime o da proteção, encontram-se em construção primeira, inadequados a uma nova realidade de um Direito já formado, autônomo e com um vasto aparato de normas protetivas. (SOUZA, 2002, p. 63).

Após o xeque no princípio da proteção ou o discurso do seu sepultamento, impõe-se rebater tais argumentos liberais.

Não procede hodiernamente o questionamento da origem autoritária e corporativista do juslaboralismo. Os sistemas corporativos não foram os primeiros sistemas de proteção trabalhista. No tópico gênese, do capítulo anterior, demonstrou-se, nos primórdios, que as normas protetoras decorreram da árdua conquista dos trabalhadores organizados e conscientes de sua situação de exploração. A questão social, inspiradora do Direito do Trabalho, é muito anterior aos modelos corporativos. De outro modo, a relação

entre corporativismo e protecionismo representou uma resposta totalizante à proteção que surgia autônoma e emancipatória da força da atuação coletiva dos trabalhadores. Ademais, os ordenamentos laborais totalitários não podem sequer ser chamados de protetivos, eis que além do controle individual do trabalhador aniquilam a sua organização coletiva, mediante seu atrelamento ao Estado.

O caráter regulatório indicado por Arion Romita (2003), no sentido conservador, restringe-se à seara civilista. A idéia de igualdade material consorciada com a desigualdade real há muito tempo demonstrou a falácia deste direito regulador e neutro, patrimonialista e individualista. Socorrer-se com esta tese, equivale a conceber o Direito contemporâneo de maneira (ultra)passada, sequer acolhida pela atual Teoria Geral do Direito Civil, que prestigia a igualdade substancial, os direitos personalíssimos e que, principalmente, tem sido sufragada pelo movimento de constitucionalização do direito privado (TEPEDINO, 2004)²⁸.

As “mudanças da negociação” aludidas por Arion Romita (2003) desvelam um pragmatismo compromissado com a flexibilização sem limites, porque são, efetivamente, aprimoramentos da eliminação dos princípios da proteção (norma mais benéfica e condição mais favorável) e da irrenunciabilidade. À luz dos anseios de justiça social, que Arion Romita (2003) reconhece, não se deve tornar (ainda mais) eficientes os meios de piora das condições de trabalho.

²⁸ Gustavo Tepedino considera que é necessária uma releitura (refazer) do Direito Civil em face da Constituição de 1988, uma vez que tais valores e preceitos constitucionais ainda não foram incorporados à práxis civilista.

As conciliações judiciais que negam o atributo da irrenunciabilidade das normas trabalhistas são realizadas num contexto desequilibrado que reafirma a necessidade de proteção. É que, quando ocorrem, o trabalhador encontra-se, normalmente, em eminente necessidade de obter o crédito alimentar conjugado com a inexistência de uma prestação célere²⁹ da Justiça do Trabalho para o litígio. Excepcione-se que, nos casos de conciliações aviltantes para os trabalhadores, é dever do magistrado não homologar o acordo, como ocorre na prática. O argumento do professor fluminense é enfraquecido, quando direcione-se pelo fim da irrenunciabilidade baseado nos casos citados, que representam distorções da irrenunciabilidade, que devem ser combatidos e não suprimida a noção de indisponibilidade. Numa perspectiva de efetividade dos direitos sociais, urge seu fortalecimento pela (re)afirmação do seu caráter irrenunciável e não de se promover a maximização da transação destes.

A perspectiva proposta por aqueles que propagandeam o fim do princípio protetivo condiz com a eliminação de sua ontologia originária, suprimindo-se a tutela do hipossuficiente, e atribuindo-lhe uma nova finalidade: “harmonização das relações de trabalho” (SOUZA, 2002, p. 65). Pugna-se por Direito do Trabalho que adota tão somente uma sistemática regulativa, e não protetiva, das relações de trabalho, para se atender os clamores da ordem econômica e política hegemônica (globalização e neoliberalismo).

²⁹ Não se trata de considerar a prestação da Justiça do Trabalho demorada, eis que, quando comparada com os demais Órgãos Judiciais, revela uma atuação ágil e relativamente rápida. Ainda assim, tal prestação jurisdicional é insuficiente quando o objeto do conflito (verbas salariais e alimentares)

A mudança liberalizante é tão radical, no sentido de transformação profunda, a denominação mais compatível com a nova disciplina laboral proposta seria direito ao trabalho, eis que bem maior a ser protegido seria o próprio emprego, não o trabalhador hipossuficiente. Proteger ao trabalho significar dispor de um sistema legislativo capaz de propiciar a manutenção dos postos de trabalho existentes, bem como facilitar a dispensa e a admissão dos trabalhadores. Em outras palavras, intenta-se retirar a feição protetora que é concebida como causa de uma rigidez. Porém, a investigação do alcance profundo desta viragem ontológica do juslaboralista identifica que proteger ao trabalho, implica, de fato, em proteger aquele que detém o trabalho, isto é, propõe-se que o Direito do Trabalho, atualmente limitado ao Direito do Empregado, torne-se, no Direito da Empresa, regulando harmonicamente as relações de trabalho e assegurando condições de competitividade para a empresa.

O discurso liberal, na tentativa de firmar-se como única alternativa no mundo capitalista e globalizado, imputa à (suposta) excessiva proteção a causa da inefetividade dos direitos trabalhistas e a responsabilidade pelo mercado informal. Com isso, defende que flexibilizar permitiria a efetividade:

Urge rever, sim, o montante da proteção ou mesmo sua efetiva necessidade, podar seus excessos de normatividade, reconhecer que a mesma comporta graus, selecionar seus destinatários. Reconstruir o Direito do Trabalho implica, nesta medida, na sua desconstitucionalização parcial e re-regulamentação em nível

infraconstitucional, a simplificação das suas disposições e a redução de sua interferência como modo de obter maior efetividade. (SOUZA, 2002, p. 63).

A crise do princípio da proteção sugere, como destino final, a retorno à uma regulamentação civilista, entendida como fundada na igualdade das partes, afastando-se da constatação inicial da desigualdade fática. A relação entre Direito do Trabalho e o Direito Civil é defendida como uma (re) aproximação, nunca como uma (re)colonização, posto que pretende diminuir os excessos protecionistas, como se depreende da seguinte assertiva:

Os princípios que tanto expressaram o Direito Civil do Direito do Trabalho no passado não parecem hoje tão díspares. Repensa o Direito do Trabalho os excessos e arroubos na proteção como prova cabal de sua maturidade enquanto disciplina jurídica. Os pontos de contato aumentam, estando o Direito do Trabalho e o Direito Civil se reaproximando [...]. (SOUZA, 2002, p. 97-98).

Entretanto, este afrouxamento ou mesmo a ordem política-econômica hegemônica não materializou, nas relações de trabalho, avanços significativos no processo de diminuição da hipossuficiência. No contexto de crise global e hiper-concorrência mundial, as empresas desenvolveram tecnologias impressionantes, estruturas organizativas superprodutivas, contudo o trabalhador permanece

dependente, em especial economicamente, do trabalho, seja ele subordinado, parassubordinado ou autônomo.

A hipossuficiência persiste, em particular agravada pela crise que assola o sindicalismo, uma vez que a resposta da autotutela ou mesmo a capacidade de negociação coletiva não se tem mostrado apta a estatuir condições dignas ou melhores de trabalho. Pelo contrário, o que se tem visto é a adoção negociada de medidas flexibilizatórias, com disposições *in pejus* para os trabalhadores em troca do bem maior hodierno: a manutenção no emprego. No atual cenário nacional, a tendência que se verifica é a mais antagônica possível, ao atribuir aos sindicatos, anteriormente responsáveis pela defesa dos interesses profissionais, a pactuação de normas flexíveis ou, o extremo, da redução salarial pela manutenção do emprego³⁰. Conclui-se que a flexibilização não conseguiu assegurar mais empregos ou minorar a hipossuficiência, tampouco a flexibilização negociada foi obtive êxito.

A crise imputada ao princípio da proteção, consorciada com inefetividade das medidas flexibilizatórias adotadas, fomentou a criação de alternativas que conjugam certas medidas protecionistas e flexíveis.

9. Flexicurity.

Em resposta às medidas flexibilizatórias adotadas em países europeus que não conseguiram alcançar seus objetivos, discute-se um novo equilíbrio entre a

³⁰ O exemplo expressivo desta flexibilização negociada pelos sindicatos foi o conhecido Acordo Coletivo de Trabalho com a empresa automobilística Wolkswagem firmado pelo Sindicato dos Metalúrgicos do ABC paulista, considerado como um dos mais fortes e representativos, que reduziu os salários e adotou outras medidas flexíveis, e obteve, em contrapartida, a garantia de temporária dos postos de trabalho.

flexibilização e a proteção. É a chamada *flexicurity*, por combinar medidas de flexibilização e proteção nas relações laborais. Comentar-se-á a análise do professor Win Van Oorschot sobre a flexibilidade e segurança na Holanda: *Dutch “flexicurity” policy: flexibility and security for Dutch workers?* (OORSCHOT, 2003).

O professor Win explica que, na Holanda, a flexibilização tem-se manifestado principalmente pelos *flex-jobs*, exemplificando-os como “temporary work; temp agency work; stand-by contracts; home work (often at piecework wages); freelance work (no labour contract)”³¹ (OORSCHOT, 2003, p. 1).

Ressalva que, na Holanda, o trabalho a tempo parcial (part-time work) não tem sido entendido como medida flexibilizatória, posto que “for many people their part-time job is as permanent and secure as another one’s full-time job”³² (OORSCHOT, 2003, p. 1). Prossegue o professor holandês indicando em três períodos, no seu país, o percentual dos tipos de empregos, que compreendem o trabalho permanente (full-time job), o trabalho a tempo parcial (part-time job) e o trabalho flexível (flex work). O *part-time work* representou, no período de 1994-1999, metade dos empregos criados, cabendo 32% ao *full-time work* e 17% ao *flex-job*. (OORSCHOT, 2003, p. 2).

Win Oorschot (2003, p. 3) associa os *flex-jobs* a trabalhos fora do expediente comum, ocorrendo principalmente no setor de serviços, com maior índice entre as mulheres e jovens³³. Quanto ao trabalho em tempo parcial, discorre que esta modalidade é típica e usual no

³¹ Em tradução livre do autor: “trabalho temporário; agências de trabalho; contratos de sobre-aviso; trabalho a domicílio; autônomo (sem contrato de trabalho)”.

³² Em tradução livre do autor: “para muitas pessoas o trabalho a tempo parcial é permanente e tão seguro como o trabalho normal”.

mercado de trabalho holandês, desde que iniciada em 1980. Tem como característica a maior ocorrência entre as mulheres do que com os homens, pontuando para elas o papel central e estrutural do *part-time job*, enquanto que para eles, o papel eventual³⁴.

As medidas flexibilizatórias na Holanda são guiadas por três eixos relativos ao trabalho a tempo parcial, seguridade social e leis trabalhistas. (OORSCHOT, 2003, p. 6). Relata o professor holandês que o trabalho a tempo parcial configura-se, em seu país, como meio de redistribuição de empregos, às custas do tempo de trabalho, dizendo que “social partners also promised to stimulate the redistribution of work, among other things by means of part-time work (plus a reduction in working time).”³⁵ (OORSCHOT, 2003, p. 7).

Os *flex-jobs* são os mais problemáticos na Holanda (OORSCHOT, 2003, p. 7), eis que, não havendo regulamentação típica, a proteção a estes trabalhadores é minorada ou inexistente, inclusive o que tem estimulado a utilização destes trabalhos flexíveis como mecanismo de fraude ou burla à legislação.

This is that flex-work is used as a
means of reducing the sick pay risk for

³³ “Flex-work occurs mostly in the trade, hotel, and catering sectors, where the production of services is usually not restricted to 9-to-5 office hours, and it is relatively low in industry, government, and education.” (OORSCHOT, 2003, p. 3).

³⁴ For Dutch women, part-time work is a structural and central means of taking part in the labour market, acquire income and status independent of their partners, and to combine this with car tasks at home”. (OORSCHOT, 2003, p.4)

³⁵ Em tradução livre do autor: “parceiros sociais também se comprometeram a estimular a redistribuição do trabalho, entre outras coisas, a partir do trabalho a tempo parcial (através da redução do tempo de trabalho)”.

employers, who increasingly hired agency and other temporary workers after the privatisation of sickness benefit (these flex-workers receive benefits from the national sickness fund instead of sick pay from their employer). Flex-work can also be used as a means of avoiding rigid legal lay-off rules and extending the duration of ‘on proof’ work in case of new employees.³⁶ (OORSCHOT, 2003, p. 8).

Alerta Win Oorschot que a flexibilização como alternativa ao desemprego não tem se compatibilizado como o sistema de seguridade social – responsável pelos benefícios para os desempregados. Aduz que a noção de flexicurity não reside no campo da proteção social e que, também, não se mostrou exatamente clara, e por esta razão, carece de ajustes³⁷. No tocante à reforma legislativa, ocorreu a reforma da legislação sobre agências de trabalho, com a

³⁶ Em tradução livre do autor: “O fato é que o trabalho flexível é usado como uma maneira de reduzir o risco de licença paga devido a doença para os empregadores, empregadores estes que contratam mais e mais agências e trabalhadores temporários depois da privatização da licença doença paga (estes trabalhadores flexíveis - ou temporários - recebem benefícios do fundo nacional de licença doença, em vez de receberem o pagamento dos seus empregadores). Trabalho flexível também pode ser usado como significado para evitar a rigidez legal das regras de dispensa e estender a duração do contrato por experiência de novos empregados”

³⁷ “Flexicurity is not a concept that has been heard of in the field of social security protection lately. It is not exactly clear why this is so, but a good guess might be that necessary adjustments of the social security system interfered with difficulties surrounding the former government’s promise to organise a society-wide debate of the future of social security”. (OORSCHOT, 2003, p. 8)

revogação das “rígidas regras” e implementação do Flexibility and Security Act (Flex Wet) que dispõe sobre uma regulamentação flexível destes contratos, com um período de experiência e procedimento demissional mais simplificados. Do ponto de vista protetivo, exige o registro dos trabalhos prestados (trabalhadores, duração, especificação dos serviços, atividades e dos tomadores dos serviços) e isonomia na remuneração. Conclui Win Oorschot que este modelo trouxe conseqüências negativas aos trabalhadores³⁸.

Após comparar o modelo trabalhista flexibilizado e o protetivo, Win Oorschot constata suas dissonâncias que impõem sua distinção. Resta, para o autor holandês, que o “Flex Wet não concerne com a legislação de seguridade social. [...] A flexibilização mensurada pelo Flex Wet trata de mudanças nas regras para períodos de experiência, cláusulas fixas contratuais e procedimento de extinção contratual. A proteção refere-se a regras no contrato de trabalho, salário mínimo e o contrato nas agências de trabalho temporário³⁹.”(OORSCHOT, 2003, p. 10).

Considerando a flexibilização como mecanismo de fuga da proteção e seus custos⁴⁰, o professor holandês

³⁸ “That abolishment of rigidities by WAADI could have some negative consequence for the position of flex-workers is acknowledge by the government, but it trusts that these will be overcome by the new rights created by the Flex Wet.” (OORSCHOT, 2003, p. 9)

³⁹ It is explicitly noted that Flex Wet is not concerned with social security legislation as such. [...]Flexibility measures of Flex Wet concern change in rules for probationary period, fixed-term contracts, and terminating labour contracts. Security measures concern rules on labour contracts, minimum salaries and temp agency labour contracts”. (OORSCHOT, 2003, p. 10)

⁴⁰ “There is a tendency among employers to (mis)use flex-work as a means of avoiding costs and rigidities related to social insurance scheme and labour law” (OORSCHOT, 2003, p. 10).

afirma a flexicurity como situada num patamar superior ao da flexibilização, por agregar alguma proteção social, seja através da isonomia de direitos, aplicada proporcionalmente aos trabalhadores a tempo parcial, seja pela equidade remuneratória assegurada aos trabalhadores temporários das agências de trabalho. Ainda assim, a conclusão de Win Oorschot é desanimadora quanto à flexicurity, pois “o estudo expressa sérias dúvidas sobre os efeitos positivos que são atribuídos à introdução da Flex Wet”⁴¹.

Em suma, sua conclusão reafirma positivamente a qualidade protetiva do trabalho a tempo parcial – com isonomia proporcional aos trabalhadores com empregos comuns –, contudo reitera a dificuldade, e neste item negativamente, de se proteger aqueles trabalhadores compreendidos nos *flex-jobs*.

10. Reafirmando o Princípio da Proteção

A ontologia juslaboral não se esvai ante o mundo em transição pós-moderna e a fábrica pós-fordista. A condição do trabalhador, não mais do empregado, persiste no contexto da dependência ou hipossuficiência. Há que se vislumbrar de maneira indissociável o binômio hipossuficiência-dependência, que implica na defesa de um Direito do Trabalho de cunho protetivo enquanto seus destinatários perdurarem numa situação de desigualdade econômica. “Existirá, pois, a necessidade de proteção enquanto esta existir [inferioridade dos trabalhadores], mas deve ser evitada a superproteção, que pode produzir efeitos perversos.” (SILVA, 1999, p. 39).

⁴¹ “the studies express serious doubts whether the positive effects are attributable to the introduction of the Flex Wet only”. (OORSCHOT, 2003, p. 12)

Cumpra, de igual modo, rechaçar alguns argumentos propalados como causadores da suposta crise do princípio trabalhista.

Trata-se de uma repetição (disfarçada) dos argumentos contrários ao surgimento do Direito do Trabalho e dos seus princípios. Contudo, ao invés de se invocar o argumento da liberdade das partes (superado pela idéia de hipossuficiência), o discurso (neo)liberal vale das idéias de competitividade e eficácia, como também repete-se as de leis do mercado, necessidade de baixar custos, entre outras⁴². O sentido implícito de movimento de liberalização ao retirar o teor protetivo do Direito Laboral é retomar uma regulamentação civilista das relações de trabalho, em mitigando o princípio pré-jurídico ou axioma de que o trabalho não é mercadoria, como adverte Pinho Pedreira:

É preciso reconhecer que cada norma do Direito do Trabalho constitui um acidente, um obstáculo, um impedimento para tratar o trabalho como uma mercadoria sujeita às leis do Mercado. Querer tirar as rigidezes equivale a querer destruir o Direito do Trabalho. (SILVA, 2004, p. 93).

A crise econômica, fundamento de igual importância, para que se pretenda uma flexibilidade na proteção dos trabalhadores, sempre acompanhou o Direito do Trabalho. Na história, constatam-se inúmeras crises

⁴² “O discurso dos defensores da flexibilidade é o mesmo discurso dos que se opuseram no princípio do século ao surgimento do Direito do Trabalho. Com uma roupagem verbal apenas diferente: não se invoca a liberdade, como nessa época, mas a eficácia; mas continua-se invocando a competitividade, a inexorabilidade das leis do mercado, a necessidade de baixar custos”. (SILVA, 1999, p. 37)

econômicas internacionais e nacionais, que repercutiram, inclusive com o afrouxamento da rigidez da legislação trabalhista, sem, contudo eliminar a ontologia protecionista (SILVA, 1999, 38). Além disso, mesmo nos momentos críticos, os interesses econômicos não podem subjugar o valor social do trabalho, isto é, não podem, para lograr a recuperação, aviltar as condições de trabalho dos trabalhadores, diminuindo a proteção. Transferir os prejuízos econômicos para os trabalhadores implica na negação do princípio da forfetariedade, que desvincula os riscos do negócio dos direitos trabalhistas.

De forma diametralmente oposta, em momentos de crise que se deve recorrer às bases e diretrizes do fenômeno contestado. Recorrer as diretrizes importa reafirmar os princípios originários, que são, pelos seus caracteres, os componentes da disciplina jurídica com maior perenidade, uma vez que são depositários de todos os substratos (econômicos, sociais e políticos) que originaram o sistema em catarse. Constatada a similitude da situação econômica – na perspectiva de dependência econômica do trabalhador, inclusive agravada em alguns casos – a confirmação do valor social da proteção aos trabalhadores se impõe. Porém, as contestações liberais negam este raciocínio, advogando a existência de um único caminho: a liberalização. Américo Plá Rodriguez assevera:

É justamente nesse momento que os princípios se desenvolvem e demonstram sua razão de ser. Não se deixa de usar guarda-chuvas quando chove, mas pelo contrário. No momento em que se questiona sua razão de ser é que os princípios devem ser invocados, defendidos e aplicados. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 80).

Nesta perspectiva, Amauri Mascaro Nascimento defende a necessidade a intervenção estatal (uma das técnicas protetivas), mesmo perante a crise econômica e social, demarcada pela ascensão da flexibilização e precarização:

[...] a resposta é afirmativa porque a verdadeira igualdade está em tratar desigualmente situações desiguais. No entanto, há direitos que devem ser defendidos com a força da lei e outros que podem ser melhor disciplinados pela autocomposição direta entre os próprios interessados.
(NASCIMENTO, 2002, p. 905)

Em atenção ao contexto crítico, a OIT se manifestou através da Declaração de 1998 sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho, reconhecendo que os direitos fundamentais atualmente são:

- a) Liberdade sindical e reconhecimento efetivo da negociação coletiva;
- b) Eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;
- c) Abolição efetiva do trabalho infantil;
- d) Eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Inferre-se da Declaração da OIT de 1998 uma ênfase ao plano coletivo, bem como nas questões de excessiva exploração sequer aceitas no capitalismo (trabalho forçado e infantil) e, destaque-se, menção a defesa isonomia nos empregos e ocupações. Apesar de não haver referência explícita ao princípio da proteção, o caráter tutelar do Direito Laboral pode ser depreendido das declarações

anteriores e da própria finalidade da OIT. Noutro sentido, verifica-se que, com a menção à isonomia entre emprego e “ocupação” estipula-se um regime de igualdade entre o trabalho convencional (emprego) com as atuais formas flexíveis (*flex-jobs*, trabalho a tempo parcial, parassubordinados, cooperados, entre outros), ratificando a noção de expansionismo do Direito do Trabalho, intrinsecamente protecionista.

Por fim, uma análise orientada pelo materialismo histórico impõe uma severa crítica à ontologia protetiva trabalhista.

Numa análise mais detida, sabe-se que a proteção trabalhista articulada na legislação conforma-se como mecanismo de dominação, porque assegura a continuidade da exploração do trabalhador, advinda da apropriação do resultado do trabalho por conta alheia. Com as medidas protetivas que asseguram alguns direitos, mas mantém a mais-valia, o Direito do Trabalho funciona como conservador do *status quo*, impedindo as pretensões revolucionárias dos trabalhadores. É este o sentido apurado da afirmativa de Palomeque López:

[...] a legislação do trabalho corresponde *prima facie* a uma solução defensiva do Estado Burguês para, através do de um corpo de normas tuitivas a favor dos trabalhadores, dispor sobre a integração e institucionalização do conflito entre o capital e o trabalho em termos compatíveis com a viabilidade do sistema estabelecido. (*apud* ROMITA, 1998, p. 603)

Proteger significa dominar e colocar, sob o jugo do protetor, o protegido que, graças à sua condição de dependente, irá-se satisfazer com a qualidade de protegido. Destaca Pinho Pedreira:

Pareceu-nos sempre que em tempo algum o fim, em última instância, do Direito do Trabalho foi a proteção do trabalhador, pois não seria possível a existência, no regime capitalista, de um ramo do direito em contradição com os interesses da classe dirigente, [...]. Para nós, ontem como hoje, a finalidade imediata do Direito do Trabalho é a proteção do trabalhador, mas a finalidade mediata o equilíbrio social ou, como se exprime como maior propriedade Wolfgang Daubler, “a conservação dos *status quo* social”. (SILVA, 1999, p. 34).

No mesmo sentido, Aldacy Rachid Coutinho discorre criticamente que “a proteção do trabalhador é um mito. Aquilo que está no lugar do que não pode – ou não deve – ser dito. Está enunciar que protege, quando nem sempre tutela. Afinal o direito do trabalho é o direito capitalista do trabalho.” (COUTINHO, 2001, p. 7).

Não obstante, mesmo o princípio da proteção conduzindo a uma faceta de dominação pela regulação⁴³, não se pode deixar de defendê-lo, particularmente de

⁴³ “Analisando a História Contemporânea, é possível afirmar-se que os países que adotaram esse modelo de políticas públicas não buscaram valorizar o trabalho efetivamente, ou entendê-lo como valor, primado de uma sociedade progressista, mas sim apaziguar expectativas e reinvidicações de grupos de interesse” (BOCORNHY, 2003, p. 64)

defender seu caráter protetivo. Seu caráter instrumental também poderá ser guiado pelo viés emancipatório, quando se vincula a proteção à condição de dignidade do homem trabalhador, e quiçá para além daquela reconhecida pelo direito positivo. Aldacy Rachid Coutinho assevera:

E se não fosse protetivo do trabalhador ... seria do capital. A primazia do trabalho sobre o capital determina que o direito está pelo e para o homem. O homem não está a serviço dos interesses traduzidos no direito. O mercado não pode influenciar, direcionar o direito do trabalho. (COUTINHO, 2001, p. 7).

A tensão cotejada da regulação-emancipação atinge, de igual maneira, o direito. Apesar do direito hegemônico praticado, ensinado dogmaticamente e dito servir como meio de conservação social (técnica de regulação social), tem-se o contra-direito, o Direito Crítico, insurgente, de combate, surrealista, ou qualquer outra denominação que expresse movimentos, no âmbito do direito de reação à dominação daquele direito posto e hegemônico, na direção compromisso libertário. Não obstante a indispensável crítica materialista, a defesa de um direito protecionista é pauta, no regime capitalista, das ideologias reformistas e revolucionárias.

O cenário que se conjectura para a projeção do Direito do Trabalho resgata seu horizonte fundador. Rejeita-se uma postura liberalizante, eis que a flexibilização negociada ou a precarização das condições de trabalho não são compatíveis com a ontologia juslaboral, e, no plano fático, não apresentam resultados de atenuação/diminuição da hipossuficiência do trabalhador, que continua

dependente, seja na subordinação, autonomia ou parassubordinação. De outro modo, o insucesso da vertente conciliatória, *flexicurity*, aponta para o retorno da proteção, desde que baseada em outros moldes distintos da subordinação jurídica. Esta leitura conduz a uma superação da crise e a reafirmação do Princípio da Proteção. Assim conclui Plá Rodriguez:

Deve continuar fiel a seus princípios, aplicando-os adequadamente à época e às realidades efetivas que se põem em cada momento. Essa aplicação racional, razoável, funcional dos princípios deve distinguir o permanente do circunstancial, separar o essencial do contingente. Os princípios não são obstáculo às mudanças exigidas pelos tempos e pelas circunstâncias. Sua própria maleabilidade lhes permite manter a substância mesmo que tudo o mais se mude. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 82).

Pinho Pedreira arremata que “todos os princípios do Direito do Trabalho, mesmo aqueles que tiveram negada sua sobrevivência nestes tempos de globalização e flexibilização, permanecem válidos.” (SILVA, 2004, p. 97).

Os discursos flexibilizantes, hegemônicos na globalização, não se sobrepõem à realidade social, que persiste em caracterizar o trabalhador de hipossuficiente. O modo de produção pós-fordista, apesar de alterar as formas de trabalho e seus contratos, tem agravado a exploração e a dependência econômica do trabalhador. A crise do princípio

da proteção não conduz à sua negação, mas engendra uma necessidade de repensá-lo.

11. Da (visível) persistência da hipossuficiência à reafirmação da proteção.

A atual realidade repete os dilemas de surgimento do Direito do Trabalho: a excessiva exploração do trabalhador através de formas distintas da relação de emprego. É mister, então, repensar o Direito do Trabalho para encontrar novos parâmetros e fundamentos que justifiquem sua existência, uma vez que o discurso liberalizante sugere, em contra-senso, a sua redução ou o seu fim. Mister, então, revisitar a atual realidade, diga-se, compreender a conjuntura do mercado de trabalho e as condições de vida do trabalhador.

Não obstante as mudanças advindas da transição pós-moderna e do pós-fordismo, as condições de vida do trabalhador continuam a ser demarcadas pela debilidade. A análise de três importantes elementos do mercado de trabalho comprova a persistência da hipossuficiência. São o percentual de desempregados, o rendimento salarial e as novas formas de trabalho (ou trabalho informal). Os elementos têm que ser entendidos a par do panorama da historicidade e política adotadas em certos países do Sul, notadamente o Brasil, hegemônica por medidas neoliberais:

Nesses países, a precarização do trabalho, bem como a flexibilização de suas formas de exploração, foi geral e atingiu, de forma indiscriminada, toda a classe trabalhadora. Além da ampliação do desemprego, à queda de rendimentos do trabalho, assistiu-se ao crescimento da informalidade e intensificação da jornada de trabalho,

ao crescimento do trabalho infantil, à redução dos direitos trabalhistas e ao enfraquecimento dos sindicatos de trabalhadores. Tudo isso modificou, em muito, a estrutura e a dinâmica dos seus respectivos mercados de trabalho. (FILGUEIRAS, 2003, p. 53).

Este cenário é o da heterogeneidade das formas de trabalho. Sublinhe-se que o heterogêneo (diferente da relação de emprego) implica, do ponto de vista técnico trabalhista, na exclusão da proteção. Observe-se a tabela a seguir (construída a partir da classificação e dos dados do Departamento Intersindical de Estudos Sociais e Econômicos – DIEESE), sobre mercado de trabalho da Região Metropolitana de Salvador, a diversas modalidades de trabalhos heterogêneos.

Tipologia de trabalho	1997 (março)	2001 (março)	2005 (março)
Assalariado Privado com Carteira	28%	35%	37,2%
Assalariado Privado sem Carteira	11,3%	12%	11%
Assalariado Público	16,7%	14,6%	13,5%
Autônomo para o Público	19,7%	17,7%	19%
Autônomo para a Empresa	5%	3,8%	3,8%
Empregador	4,1%	3,8%	4,5%
Doméstico	10,6%	11%	9,1%
Outros	4,4%	2,1%	1,9%
Total	100%	100%	100%

(fonte PED RMS-
SEI/SETRAS/UFBA/DIEESE/SEADE, 2006)

A partir da análise dos dados da Pesquisa de Emprego e Desemprego (PED), o diagnóstico obtido descarta um aumento importante dos trabalhadores assalariados com carteira assinada, isto é, incluídos na proteção trabalhista, que, em 1997, equivaliam a 28% e, em 2006, chegavam à 37,8%. Apesar do aumento no percentual dos trabalhadores protegidos, deve-se pontuar que o número de autônomos (tanto para o público em geral e para as empresas) e dos demais trabalhadores sem enquadramento nas demais categoriais representa um grande contingente, significando 29,1% em 1997 e 24,1% em 2006. A heterogeneidade do trabalho é realçada, quando se analisa não somente o universo dos trabalhadores, com a exclusão dos assalariados do setor público e empregadores. Neste cenário, em 2006, o setor privado tem 45,54% de trabalhadores protegidos (assalariados com carteira assinada), 13,97% de trabalhadores precarizados (assalariados sem carteira assinada), 11,33% de domésticos e 28,69% de heterogêneos (autônomos para a empresa, para o público e outros). Thaiz Braga contextualiza esse mercado de trabalho na região Metropolitana de Salvador:

[...] o mercado de trabalho regional caracteriza-se por uma estrutura ocupacional frágil, na qual se destacam freqüentemente as relações informais de trabalho, com a presença marcante de ocupações e atividades precárias que se reproduzem a partir de um processo crescente de exclusão social. A deterioração dos vínculos empregatícios entre os anos oitenta e

noventa, as altas taxas de desemprego, além da queda de rendimentos dos ocupados vêm conformar o ajuste do mercado de trabalho metropolitano ao recrudescimento da crise final das duas últimas décadas. (BRAGA, 2003, p. 56).

Considerando os dados consignados acima, constata-se, paradoxalmente um crescimento dos empregos na presente década, isto é, um aumento do trabalho assalariado formal com as garantias protecionistas. A década de 90 do século passado, como visto, foi muito ruim para as relações de emprego, graças ao forte aumento do desemprego, o que não tem ocorrido no período de 2000 até 2006. Todavia, o acréscimo dos números de empregos não resultou na melhora da condição de vida do trabalhador, eis que não houve qualquer elevação dos rendimentos auferidos, ao contrário, foram diminuídos.

Os dados do DIEESE confirmam a flagrante hipossuficiência que acomete os trabalhadores em Salvador, o que também se repete no Brasil. Ao verificar uma renda média que varia entre, a menor, R\$ 271,00 (em 1997) e R\$ 273,00 (em 2006) para analfabetos, e a maior, R\$ 2.986,00 (em 1997) e R\$ 2.185,00 (em 2006), para trabalhadores com escolaridade superior. O padrão remuneratório é vil, incapaz de permitir uma vida digna a partir do trabalho. A tabela a seguir (DIEESE, 2006) comprova a necessidade de proteção destes trabalhadores:

TABELA 12
RENDIMENTO REAL MÉDIO TRIMESTRAL DOS OCUPADOS
POR GRAU DE INSTRUÇÃO (1)
REGIÃO METROPOLITANA DE SALVADOR - BAHIA
Fevereiro 1997 - Fevereiro 2006

Períodos	Rendimento Real Médio Trimestral dos Ocupados por Grau de Instrução			
	Analfabetos	1º Grau incompleto	1º Grau completo / 2º Grau incompleto	2º Grau completo / 3º Grau incompleto
Fevereiro 1997	271	420	682	1260
Fevereiro 1998	281	408	628	1107
Fevereiro 1999	283	418	640	1052
Fevereiro 2000	270	374	564	956
Janeiro 2001	292	393	508	933
Fevereiro 2001	271	398	508	916
Março	270	401	514	923
Abril	289	421	534	929
Maio	295	409	515	960
Junho	289	398	502	933
Julho	262	383	497	940
Agosto	262	387	501	893
Setembro	276	379	510	894
Outubro	284	382	515	891
Novembro	277	372	530	926
Dezembro	278	386	534	949
Janeiro 2002	262	389	523	951
Fevereiro 2002	273	402	501	942
Março	249	390	478	924
Abril	255	386	485	910
Maio	246	387	499	888
Junho	258	391	540	894
Julho	274	386	532	885
Agosto	289	377	520	880
Setembro	291	385	490	855
Outubro	297	384	477	851
Novembro	276	376	496	831
Dezembro	272	364	495	831
Janeiro 2003	241	348	497	797
Fevereiro 2003	242	347	467	785
Março	228	331	447	758
Abril	240	342	449	753
Maio	227	349	451	739
Junho	251	355	469	746
Julho	264	363	468	773
Agosto	293	373	459	795
Setembro	292	379	436	791
Outubro	287	366	429	782
Novembro	282	357	443	762
Dezembro	279	357	468	777
Janeiro 2004	281	374	487	778

A tabela demonstra que os rendimentos daqueles trabalhadores incluídos (empregados) não tiveram qualquer ascensão. Em verdade, sequer acompanharam a inflação, tendo, por conseqüência, seu poder aquisitivo diminuído em face da inexistência de reajuste a título de inflação do período. Mesmo assim, a análise dos valores materiais é desalentadora, posto que, somente em dois Estados (São Paulo e Rio de Janeiro, e para profissionais com nível superior completo), a média salarial seria capaz de atender à necessidade de sobrevivência digna do trabalhador e sua família, nos termos do artigo sétimo, inciso quarto da Constituição. O DIEESE estipulou que o valor do salário mínimo, para que cumpra os preceitos constitucionais, deveria ser de R\$ 1500,00 (DIEESE, 2006). Assim, a quase totalidade dos empregados da RMS encontra-se na flagrante situação de debilidade econômica, ou pior, sequer obtém a remuneração necessária a cumprir a previsão mínima da Constituição. Infere-se, desse modo, a média remuneratória brasileira é baixíssima, fato por si só que justifica o imperativo de proteção ao trabalhador que foi (na gênese do Direito do Trabalho) e continua a ser hipossuficiente. Ora, havendo hipossuficiência, a proteção se exige.

Outra condicionante para a debilidade econômica é a questão do desemprego. O aumento dos empregos formais a partir de 2000 não tem sido proporcional ao crescimento populacional, não conseguindo a diminuição dos índices de desemprego. De fato, o aumento (ou formalização) de 28% (1997) para 37,8% (2006) dos trabalhadores inseridos na regular relação de emprego sinaliza positivamente ante a propalada crise do emprego, porém não remete a uma melhor condição de trabalho, a exemplo da queda dos rendimentos.

Tabela 8
 Taxas de Desemprego segundo Tipo de Desemprego
 Região Metropolitana de Salvador
 1997-2003

Tipo de Desemprego	Anos						
	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Total	21,6	24,9	27,7	26,6	27,5	27,3	29,6
Aberto	12,4	14,2	15,8	15,0	16,4	16,3	17,1
Oculto	9,2	10,7	12,1	11,8	11,1	11,0	12,5
Pelo Trabalho Precário	6,0	7,3	8,4	8,3	8,0	7,8	8,5
Pelo Desalento	3,2	3,4	3,7	3,3	3,1	3,2	4,0

Fonte: Pesquisa de Emprego e Desemprego - PED RMS - SEI/SETRAS/UFBA/DIEESE/SEADE.

Sem adentrar na conhecida disputa estatística (DIEESE x IBGE) sobre a forma de pesquisa e quais as populações que não são computadas (desemprego oculto, por desalento, entre outros), constata-se, com evidência, que a taxa desemprego prossegue em um patamar extremamente alto, demonstrando, lastimavelmente, seu crescimento, quando era de 21,6% em 1997, passando a R\$ 29,6% em 2006. Por tal razão, o desemprego (em especial o desemprego estrutural) cumpre função relevante na dinâmica capitalista. O excesso de trabalhadores quanto à demanda de seus serviços possui duas serventias:

- 1) o capital sempre tem, a sua disposição, uma oferta regular de trabalhadores, necessitados de venderem a força de trabalho, pela impossibilidade de garantirem a sobrevivência através do trabalho por

conta própria; e 2) essa massa de trabalhadores “supérfluos” funciona como regulador do nível salarial, uma vez que modera as exigências dos trabalhadores que estão empregados e enfraquece o poder dos sindicatos. (FILGUEIRAS e PINTO, 2003, p. 39).

As idéias de desemprego estrutural e liberdade contratual (premissa para a formação do contrato de emprego) se encontram com pujança. É que as altas taxas de desemprego conduzem à aceitação/legitimação da condição de subordinado, inclusive porque a qualidade de empregado, não sendo mais hegemônica, termina sendo privilegiada, posto que se trata dos incluídos e protegidos pelo sistema juslaboral. Ainda mais, conduzem à aplicação fria (e desumana) da lei de oferta e procura, que tenciona pela redução dos rendimentos e vantagens trabalhistas, pela crise do emprego⁴⁴. Laomar Neves de Souza narra a situação:

[...] em face de um cenário onde há excedente estrutural de força de trabalho, fato visível nas elevadas taxas de desemprego, é natural que ocorra uma pressão para que os rendimentos do trabalho caiam. Essa situação se torna ainda mais dramática quando se constata que, nos últimos

⁴⁴ “Desta forma, do ponto de vista do incremento ocupacional, o assalariamento formal perde importância no mercado de trabalho, a partir do incremento e amplia-se a heterogeneização da estrutura ocupacional, a partir do incremento das relações de trabalho não-regularizadas legalmente, em detrimento da auto-ocupação” (BRAGA, 2003, p. 76).

anos, tem havido uma queda generalizada dos rendimentos do trabalho, e de modo especial dos salários. (SOUZA b, 2003, p.102).

A título de registro, convém pontuar as difíceis formas de sobrevivência do desempregado. Em outras palavras, quer-se descobrir os meios de sobrevivência daquele imenso contingente dos sem-trabalho. Luiz Filgueiras (2003, p. 53) esclarece que o sustento do desempregado provém da ajuda de familiares com alguma fonte de renda, tal como aposentadorias, pensões e da remuneração empregatícia. Ou seja, além dos efeitos diretos dos altos índices de desemprego, o empregado, mesmo com baixos rendimentos, tem, ainda, que colaborar financeiramente, no exercício da singular solidariedade brasileira das classes mais populares, com seus familiares excluídos.

Tabela 4
 Distribuição dos Ocupados, segundo Posição na Ocupação
 Região Metropolitana de Salvador
 1997-2003

Posição na Ocupação	Anos				
	1997	1998	1999	2000	2001
Ocupados	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
Assalariados Total (1)	56,1	58,1	58,5	59,8	61,1
Assalariados Setor Privado	40,0	41,9	43,0	45,2	46,6
Subcontratados	4,1	4,6	5,1	4,8	4,9
Demais	35,9	37,3	37,9	40,4	41,7
Com Carteira Assinada	29,2	30,9	31,7	33,1	34,7
Sem Carteira Assinada	10,8	11,0	11,3	12,1	11,9
Assalariados Setor Público	16,1	16,1	15,4	14,6	14,5
Autônomo	24,6	23,5	23,9	22,5	21,6
que Trabalha para Empresa	4,9	4,2	4,9	4,4	3,8
que Trabalha para o Público	19,7	19,3	19,0	18,1	17,8
Empregadores	4,3	4,2	3,9	4,1	4,0
Empregados Domésticos	10,8	10,2	10,4	10,5	10,8
Demais	4,2	4,0	3,3	3,1	2,5

Fonte: Pesquisa de Emprego e Desemprego - PED RMS - SEI/SETRAS/UFBA/DIEESE/SEADE.

(1) Inclusive os Assalariados que não sabem o tipo de empresa em que trabalham.

(2) Assalariados Sem Carteira de Trabalho Assinada (Setor Público ou Privado) e Estatutários.

Quanto à heterogeneidade das formas de trabalho, os dados supra indicam, a *contrario sensu*, que o trabalho parassubordinado não representa uma porção significativa no mercado de trabalho. Isto porque, estes trabalhadores representam aproximadamente um terço dos trabalhadores autônomos, que totalizam 4,7% das ocupações em 2006, segundo o DIEESE. Os parassubordinados poderiam ser classificados na expressão de trabalhadores para a empresa.

Noutra perspectiva, os parassubordinados são considerados de “nova informalidade”, porque são, estatisticamente, mais qualificados do que os clássicos trabalhadores informais, como ambulantes. Patrícia Pugliesi

e Silva relaciona que esta maior qualificação decorre da necessidade do mercado, que externalizou etapas (especializadas e qualificadas) do processo produtivo, exigindo destes trabalhadores “experiência e capacitação para realizar as atividades propostas, mas que não encontram oportunidades de se inserir ou reinserir no mercado de trabalho formal.” (SILVA , P, 2003, p. 91).

Com efeito, o diagnóstico da situação laboral contemporânea repete os dilemas de surgimento do Direito do Trabalho: a excessiva exploração do trabalhador, seja através de formas distintas da relação de emprego (precarização), seja através da redução dos direitos e obrigações trabalhistas (flexibilização) ou mesmo pela sublocação (terceirização). Identifica-se, nas relações laborais, uma recorrente tensão entre a defesa da liberdade - mediante redução da intervenção protecionista juslaboralista, e a afirmação da defesa da igualdade e da regulação – por meio da tutela protetiva do Direito do Trabalho. Washington da Trindade arremata:

É provável que a aceleração imprimida aos fenômenos sociais, principalmente pela revolução tecnológica, justifique as flutuações dos grupos que se inclinam ora pela motivação de mais liberdade, ora pelo sistema dos freios e contrapesos, na acomodação pacífica dos interesses em conflito. (TRINDADE, 1995, p. 78).

Nestas condições socioeconômicas, fomentar a liberalização do trabalho implica propiciar uma barbárie, como prenuncia Francisco Pedro Jucá:

Destarte, o sistema normativo disciplinador das relações de trabalho

ocorrentes no universo da sociedade em mudança precisa estar presente, e compete a ele estabelecer dentro do consenso social os limites básicos para os parâmetros destas relações, sob pena de admitir-se que à exclusividade do econômico e despido de conteúdo ético e humanístico, conduzem inexoravelmente à desvalorização do homem e à barbárie. (JUCÁ, 2000, p. 72).

Resta implícito, no discurso hodierno dos liberalizantes, a velha expressão liberalista francesa, *laissez-faire, laissez-passer, le monde va de lui-même* (deixai fazer, deixai passar, que o mundo anda por si mesmo). Ora, a facticidade abordada demonstrou a persistência da condição de hipossuficiência do trabalhador, o que clama pela reafirmação da proteção juslaboral.

Neste ponto, formula-se a primeira conclusão da obra. Qualquer proposta de recomposição, atualização ou repensar deve respeitar a feição protecionista do Direito do Trabalho. Seu caráter protetivo é defendido. Repensar aqui o princípio da proteção implicar na reafirmação de sua ontologia protetiva. A fundamentação da manutenção da proteção juslaboral reside, sinteticamente, na persistência visível da condição de debilidade econômica do trabalhador no mundo pós-moderno e pós-fordista. Nesse sentido, temos Amilton Bueno: "O princípio da proteção àquele que trabalha é conquista da humanidade, é etapa vencida no movimento histórico que não se admite mais retrocesso. A consciência jurídica universal repudia a restrição de tal conquista. Este, pois, é o norte interpretativo."(BUENO, 1993, p. 101).

A crise assinalada no segundo capítulo (Crise do Direito do Trabalho) conduz a buscar nos princípios as possibilidades de superação. Os princípios (re)assumem a sua função imprescindível: guiar o sistema, seja durante a turbulência, seja para seu refazimento. Américo Plá Rodriguez reconhecendo a situação, sinaliza a necessidade imperiosa do acompanhamento principiológico:

Deve continuar fiel a seus princípios, aplicando-os adequadamente à época e às realidades efetivas que põem em cada momento. Esta aplicação racional, razoável, funcional dos princípios deve distinguir o permanente do circunstancial, separar o essencial do contingente. Os princípios não são obstáculos às mudanças exigidas pelos tempos e pelas circunstâncias. Sua própria maleabilidade lhe permite manter a substância mesmo que tudo o mais se mude. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 82).

Outro argumento importante para defesa da proteção, é o fato de que as normas protecionistas, que representam normalmente mais vantagens econômicas aos empregados, implementam uma política de redistribuição de renda, tão necessária conforme visto nos dados sobre o mercado de trabalho e a situação do trabalhador. A redistribuição de renda é tão premente que o próprio Poder Constituinte lhe inscreveu como um dos objetivos da Constituição. Francisco Pedro Jucá sublinha:

[...] desconsideram que as garantias dos trabalhadores são, principalmente,

mecanismo de redistribuição de riquezas geradas pela produção e, mesmo, a garantia maior do mercado para elas, espelhada pela capacidade de consumo ou poder de compra. (JUCÁ, 2000, p. 100-101).

Portanto, sustenta-se que a perspectiva futura do Direito Laboral deve-se coadunar com sua ontologia originária: a proteção ao ser humano. Francisco Meton Marques formula tese importante para o repensar do Direito do Trabalho. “Como normas gerais de um sistema de proteção do gênero trabalho, os princípios trabalhistas aplicam-se a todas as relações laborais em que o obreiro se revele inferiorizado, quer em virtude de sua dependência econômica, quer pela sua condição social.”(LIMA, 2005, p.395). Nisto vale lembrar que a condição de dependente ou subordinado denota um estado de inferioridade, o que clama pela proteção.

Reafirmada a perspectiva protecionista, o princípio da proteção precisa de reforço para enfrentar seus dilemas contemporâneos. A corrente compreensão normativa e vinculante dos princípios, notadamente dos princípios constitucionais, pode em muito colaborar. Trata-se de absorver na doutrina ascendente o papel dos princípios e transpô-lo para o princípio protetivo laboral.

12. Conclusão.

O princípio da proteção não é responsável pela inefetividade das garantias e direitos trabalhistas, tampouco ele inibe a criação de empregos, como afirmam os flexibilistas.

A flexibilização e precarização, ao contrário, não conseguem fomentar novos empregos ou mesmo melhorar o padrão salarial do empregado, tornando-se, concretamente, medida de redução dos custos, sem consideração do valor social do trabalho. Um Direito do Trabalho mais flexível ou desregulamentado, como aquele proposto pelos liberalizantes, confere tratamento formal à questão material da desigualdade fática.

Ao desconsiderar a necessidade de proteção, pode até institucionalizar a superioridade do empregador e seus atos coatores da vontade individual do trabalhador, através da (neutra) pretensão de regulamentar-harmonizar o conflito capital-trabalho. Os dados do mercado de trabalho demonstram a (continuidade) da hipossuficiência do trabalhador, agravado pelo decréscimo do emprego e ascensão de novas formas de trabalho.

Vale adiantar que a doutrina contemporânea confere aos princípios uma força normativa própria que vincula o intérprete. Os princípios e valores constitucionais, eivados de função normativa, são manejados numa racionalidade ponderativa, mediante princípio da proporcionalidade. A proporcionalidade no Direito do Trabalho conduz à proteção (prevalência da dignidade humana e valorização do trabalho sobre a propriedade privada e livre iniciativa), que pode ser afastada excepcionalmente pela facticidade.

A par disso, o repensar do princípio da proteção significa reafirmar, no contexto de crise, o caráter protetivo do Direito do Trabalho, negando as correntes liberalizantes e flexibilistas.

12. Referências

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003;

BRAGA, Thaiz. **A ocupação informal na região metropolitana de Salvador: análise das décadas de oitenta e noventa?** In Série de estudos e pesquisas da Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais da Bahia. Salvador: SEI, 2003.

BOTIJA, Eugenio Perez. **El Derecho del Trabajo**. Madrid: Revista de Direito Privado, 1947.

BUENO, Amilton. **Flexibilização X Direito Alternativo**. In SOUZA JR, José Geraldo (Org). Série o Direito achado na rua Vol. 2: Uma introdução crítica ao Direito do Trabalho. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho**. 1ª Volume. São Paulo: Saraiva, 1982.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **O princípio da proteção revistado**. In Revista Bonijuris. V 13. Curitiba: Bonijuris, jul. 2001.

CREPALDI, Joaquim Donizeti. **O Princípio da Proteção e a Flexibilização das normas do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

CUEVA, Mário De La. **Panorama do Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Editora Sulina, 1965.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM.
In

http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm, acesso em 10/03/2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 4^a Ed São Paulo: LTr; 2005.

_____. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2^a Ed. São Paulo: LTr, 2004.

DIEESE. www.dieese.org.br. Acesso em 10/06/2006.

GIGLIO, Wagner. **O futuro do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, out/2004.

GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Élson. **Curso de Direito do Trabalho**. 17^a Ed. Atualizada por José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Sousa. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

JUCÁ, Francisco Pedro. **A constitucionalização dos Direitos do Trabalhadores e a Hermenêutica das Normas Infraconstitucionais**. São Paulo: Ltr, 2000.

JUNIOR, Cesarino. **Direito Social**. São Paulo: Ltr, Universidade de São Paulo, 1980;

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Por que se aplicam os princípios trabalhistas nas relações de trabalho não subordinado**. In Revista LTr. São Paulo: LTr, abr.2005.

_____. **Os princípios de Direito do Trabalho diante da reforma neoliberal**. In Revista LTr. São Paulo: LTr, maio.1997.

MALTA, Tostes e ALVES, Ivan Dias. **Você conhece Direito do Trabalho?** 5^a Ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979;

MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho.** 14^a Ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1987.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: Atlas; 2004.

MORAES, Evaristo de. **Apontamentos de Direito Operário.** 3^a. São Paulo: LTr, 1986;

MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao Direito do Trabalho.** 5^a Ed. São Paulo: LTr, 1991.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** 19^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **O novo âmbito do protecionismo do Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, Revista de Agosto/2002.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **Crise do Direito do Trabalho.** Revista LTR, v. 70, p. 998/1007, 2006.

_____. **Subordinação Jurídica: um conceito desbotado.** Revista de Direito do Trabalho (São Paulo), v. 126, p. 107-138, 2007.

OORSCHOT, Win Van. **Dutch “flexicurity” policy: flexibility and security for Dutch workers?** Geneva: International Social Security Association, 2003.

PED, Pesquisa de Emprego e Desemprego na RMS. *In* <http://www.dieese.org.br/ped/ped.xml>, acesso em 15/05/2006.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 1978.

_____. **Princípios do Direito do Trabalho**. 3ª Ed. São Paulo: Ltr, 2000.

PINTO, Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**. 3ª. São Paulo: LTr, 1997.

ROMITA, Arion Sayão. **A flexibilização e os princípios do Direito do Trabalho**. *In* Direito do Trabalho: Temas em Aberto. São Paulo: LTr, 1998.

_____. **O princípio da proteção em xeque**. São Paulo: LTr, 2003.

RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios de direito do trabalho**. Tradução Edílson Alkmim Cunhal. São Paulo: LTr, 1995.

SILVA, Luiz Pinho Pedreira de. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1999.

_____. **Os Princípios do Direito do Trabalho em face da Globalização** *In* FILHO FRANCO, Georgenor de Souza (org). Presente e Futuro nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTr, 2000.

_____. **O estado atual dos princípios do direito do trabalho**. *In* Revista do Programa de Pós-graduação em

Direito da UFBA/ Faculdade de Direito. Salvador: Faculdade de Direito: EDUFBA, 2004.

SILVA, Patrícia Pugliesi. **A nova informalidade na região metropolitana de Salvador.** In Série de estudos e pesquisas da Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais da Bahia. Salvador, SEI, 2003.

SOUZA, Otávio Augusto Reis de. **Nova teoria geral do Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2002.

SOUZA, Laumar Neves de. **Formalização na RMS: é ou não o fim da precarização?** In Série de estudos e pesquisas da Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais da Bahia. Salvador, SEI, 2003.

SOUTO MAIOR, Jorge Luis. **Pai afasta de mim este cálice.** São Paulo: LTr, dez.2003.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **O Futuro do Direito do Trabalho no Brasil.** São Paulo: LTr, out.2000.

_____. **História e perspectiva do Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, fev.2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo, et al. **Instituições de Direito do Trabalho.** 8ª. Rio de Janeiro: Frei Bastos, 1981.

TRINDADE, Washington Luiz. **A desregulamentação entre a liberdade e a lei.** Revista T& D. São Paulo: 1995.