

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO PUC-SP (COGEAE)
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO LATO SENSU E ESPECIALIZAÇÃO EM
DIREITO DO TRABALHO

Marcelo Brito Bernardi

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E SUA APLICAÇÃO MITIGADA

Março
2017

Marcelo Brito Bernardi

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E SUA APLICAÇÃO MITIGADA

Monografia Jurídica apresentada ao
Curso de Especialização em Direito do
Trabalho, sob orientação da Professora
Iratelma Cristiane Martins Mendes.

Março

2017

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho de Monografia a todos aqueles que me ajudaram e apoiaram nesta jornada, principalmente, meus pais, meus familiares e minha namorada, vez que, sem o suporte deles, nada poderia construir.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais e minha namorada por sempre me auxiliarem e incentivarem a crescer em todo sentido, me apoiando e acreditando em mim em todos os momentos da minha vida.

Agradeço também à excelente professora Iratema por ter aceitado a orientar e elaborar este trabalho, bem como pela atenção, disposição, paciência e tempo dedicado para que fosse possível a realização deste.

Gostaria de demonstrar minha gratidão e orgulho à “gloriosa” Pontifícia Universidade Católica de São Paulo por ter proporcionado os melhores anos da minha vida durante a graduação, e agora por me dar a oportunidade de concluir a minha especialização em Direito do Trabalho através de grandes mestres e professores.

Agradeço, por fim, a todos meus amigos que, ainda que involuntariamente, de alguma forma ajudaram na elaboração deste trabalho.

A todos, sou extremamente grato.

RESUMO

Este trabalho tem como intuito analisar o princípio da proteção na relação trabalhista, bem como sua eficácia e aplicabilidade nos dias atuais.

Para que seja possível o estudo deste princípio é necessário que aprofundemos um pouco na história do direito trabalhista, verificando desde os primórdios como é tratado o empregado.

Após essa análise evolutiva do direito trabalhista mundial e nacional, importante destacar as definições de princípios e, em seguida, aprofundar mais no princípio protetor, chegando, por fim, a uma análise sobre opiniões divergentes na aplicação deste princípio, bem como a utilização mitigada do mesmo.

A pesquisa vislumbra demonstrar a relevância do princípio da proteção, principalmente ante aos acontecimentos históricos marcantes, desde a Revolução Industrial até os dias atuais.

Além do princípio da proteção, este trabalho procura desmembrá-lo e analisa-lo também em seus aspectos técnicos, fazendo necessário aprofundar também nos princípios derivados do princípio protetor, que são: *in dubio pro operário*; princípio da norma mais favorável e princípio da condição mais benéfica.

Por fim, tecemos algumas críticas feitas por certos autores ao princípio basilar do direito trabalhista, dando nosso entendimento acerca do assunto e exemplificando os motivos pelos quais entendemos que se faz necessário analisar cada caso para aplicar corretamente o princípio da proteção.

Palavras-chave: Direito do Trabalho; princípio da proteção; princípio da proteção e sua aplicação mitigada.

ABSTRACT

This Project aims to analyze the Principle of Protection under the labor relationship, as well as its effectiveness and applicability nowadays.

In order to be able to study this principle, it was needed to delve a bit into the history of the labor law, verifying from the beginning of times how the employee was treated.

Following this evolutionary analysis of the labor law in Brazil and around the world, it is important to highlight the definitions of principles and then to go deeper into the principle of protection, eventually reaching an analysis of divergent opinions in the application of this principle, as well as the mitigated use of it.

The research aims to demonstrate the relevance of the principle of protection, especially considering all the historical events, from the Industrial Revolution to the present day.

In addition to the principle of protection, this work seeks to dismember it and analyze it in its technical aspects. To make sure of it, it's necessary also to delve into the principles derived from this major one.

Finally, we exposed some critics made by certain authors, giving our understanding about the subject and exemplifying the reasons why we understand that it is necessary to analyze each case to correctly apply the principle of protection.

Keywords: Labor Law; Principle of Protection; Principle of protection and its mitigated application.

SÍMBOLOS, ABREVIATURAS, SIGLAS E CONVENÇÕES

CF/88	Constituição Federal do Brasil de 1988
CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. ORIGEM HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO	12
1.1 BREVE RELATO SOBRE A ORIGEM HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO	12
1.2 REVOLUÇÃO INDUSTRIAL	14
1.3 EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL	19
2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO	24
2.1 CONCEITO DE PRINCÍPIO JURÍDICO.....	24
2.2 FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS.....	30
2.3 PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO E OS PECULIARES DO DIREITO DO TRABALHO	34
3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO	37
3.1 O QUE HÁ POR TRÁS DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO	37
3.2 DEFINIÇÕES	38
3.2.1 <i>A regra do in dubio pro operário</i>	40
3.2.2 <i>A regra da norma mais favorável ao trabalhador</i>	42
3.2.3 <i>A regra da condição mais benéfica ao trabalhador</i>	43
3.3 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NA ATUALIDADE	44
4 EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO	48
4.1 OPINIÕES DIVERGENTES	49
4.2 MITIGAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO	54
4.2.1 <i>Casos específicos</i>	54
4.2.2 <i>Micro e Pequenas Empresas</i>	57
4.2.3 <i>Plano coletivo</i>	59
4.2.4 <i>Pontuações finais</i>	61
5 CONCLUSÃO	63
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	68

INTRODUÇÃO

O homem nasceu e com ele surgiu o trabalho, uma vez que sem este não haveria condições de sustento. Seja o trabalho da forma mais primitiva, a fim de angariar alimento para seu próprio sustento, seja no modelo atual, o homem sempre esteve extremamente e invariavelmente ligado ao trabalho.

Na história o primeiro acontecimento importante das manifestações de trabalho nos moldes atuais ocorreu com a Revolução Industrial, quando os operários eram contratados para trabalharem em indústrias, recebendo uma contraprestação.

Todavia, as condições de trabalho à época eram muito precárias. Por assim ser, o empregado sempre vislumbrou buscar condições melhores e o empregador, em contrapartida, sempre tentando extrair o máximo de seus subordinados com o menor custo possível.

Essa relação, como se sabe, fora e é, até hoje, extremamente desgastante. De um lado o operário fragilizado, dependida de seu salário para sustento de sua família. De outro, o empregador buscando pagar o menor salário possível para obter o maior lucro de sua indústria.

Em razão disso os trabalhadores foram obrigados a se sujeitarem às condições insalubres de trabalho, com míseros salários e jornadas intermináveis com serviços extremamente desgastantes. O que se via na época da Revolução Industrial não era somente um desrespeito à classe trabalhadora, mas também à dignidade humana.

Diante disso, os operários começaram a se manifestar, opondo-se a determinadas situações injustas e desfavoráveis à classe.

Assim, de forma resumida, começaram a surgir as legislações trabalhistas a fim de proteger o trabalhador e de tentar equipará-los, ainda que apenas juridicamente, à força dos empregadores que possuíam superioridade financeira e econômica.

Impulsionado pelos ideais humanitários advindos com a Revolução Francesa de 1789, nasce o princípio da proteção.

Graças à ele o trabalhador pode, então, ter seus direitos resguardados e deixar de sofrer os abusos conhecidos no século XVIII.

O princípio da proteção tem origem histórica e, por isso, é de suma importância o estudo da evolução do direito trabalhista para a compreensão do tema. Ele surgiu para nivelar a situação da relação trabalhista entre empregado e empregador, fazendo com que ficassem em mesmo nível hierárquico, se não de fato, pelo menos hipoteticamente no mundo jurídico.

Todavia, este princípio não tem por base cegamente elevar os direitos dos trabalhadores em total detrimento do empresariado. Verifica-se com os acontecimentos históricos que o que se vislumbra é o tratamento isonômico entre empregado e empregador. E por motivo de que os trabalhadores sempre foram a parte mais fraca da relação, sempre foi necessário que o Estado intervisse, criando legislações trabalhistas para elevar o patamar dos obreiros.

Por isso, é vital o estudo da história do direito do trabalho, bem como dos princípios e principalmente daqueles específicos do direito trabalhista, bem como como a análise mais aprofundada do princípio da proteção e seus derivados.

Por fim, este trabalho tem como intuito demonstrar que o princípio da proteção deve ser aplicado sim, porém com certa cautela. Deve ser analisado cada caso em específico, pois não é o intuito dele causar nova desigualdade de condições – por exemplo deixando o empregado em posição superior ao do empregador. Por conseguinte verifica-se algumas críticas existentes em relação à aplicação do princípio da proteção. Também analisamos a aplicação do princípio protetor na forma mitigada, uma vez que este não surgiu para criar um novo leviatã e engolir a parte contrária (empregador), mas sim nasceu para que ambas as partes fossem tratadas de forma isonômica.

O que observamos, por fim, é que o trabalhador não deve estar em situação de inferioridade e nem de superioridade em relação ao empregador, e vice versa. E é isso que pretendemos demonstrar com a elaboração deste trabalho.

1. ORIGEM HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

1.1 BREVE RELATO SOBRE A ORIGEM HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

Para que possamos desenvolver o tema em específico é muito importante que entendamos a origem do Direito do Trabalho e algumas de suas passagens pelo tempo, pois muitas das características do Princípio da Proteção têm fortes bagagens históricas. Além do mais, a história consegue demonstrar o desenvolvimento de certa disciplina/matéria, facilitando a compreensão das situações atuais.

Neste sentido imperioso destacar que o trabalho foi considerado na Bíblia como castigo (Gênesis, 3), quando na passagem, Adão teve que trabalhar para comer em razão de ter consumido o fruto proibido.¹

“A palavra trabalho vem do latim *tripalium*, que era uma espécie de instrumento de tortura ou uma carga que pesava sobre os animais...” (Falcão, 2003, p. 1). Era um instrumento usado pelos agricultores para bater, rasgar e esfiapar o trigo, espiga de milho e o linho. Assim, etimologicamente o termo tem o sentido enraizado de tortura, sofrimento.

Nesse sentido, a primeira forma de trabalho subordinado se deu com a escravidão. O escravo era considerado apenas uma “coisa”, que não possui direitos – tampouco trabalhistas. Ele era sempre propriedade de outrem.

Na Grécia Antiga, Platão e Aristóteles, principais filósofos da época entendiam que o trabalho tinha um sentido pejorativo, sendo que a dignidade do homem consistia apenas em participar dos negócios da cidade por meio da palavra e os escravos faziam o trabalho duro, na base da força física. Para eles, as atividades mais nobres ficavam destinadas às outras pessoas, como por exemplo, a política, enquanto aos escravos faziam o trabalho braçal.

No período feudal surgiram os servos, em que os senhores feudais davam a proteção militar e política enquanto os servos ofereciam seus serviços na terra

do senhor feudal, tendo que entregar parte da produção para os senhores em troca deste benefício. Estes tinham mais direitos que os escravos, mas não eram livres. Nessa época o trabalho era considerado castigo e, portanto, os nobres não trabalhavam.

Em um terceiro momento (por volta do século XIV) surgiram as corporações de ofício que, por sua vez, eram compostas de aprendizes, companheiros e mestres. Os aprendizes eram os jovens que recebiam dos mestres os ensinamentos da profissão; companheiros eram trabalhadores que auxiliavam os mestres na produção mediante remuneração; e os mestres eram os proprietários das oficinas e quem detinha o conhecimento da profissão (ferreiros, marceneiros, carpinteiros, etc.). As corporações de ofício possuíam características de estabelecer uma estrutura hierárquica, regular a capacidade produtiva e regulamentar a técnica de produção.

Apesar de parecer um grande avanço, o trabalho ainda era bem penoso. Os aprendizes, por exemplo, trabalhavam a partir dos 12 ou 14 anos e em alguns países era possível que começassem com idade inferior. Estes ficavam sob a responsabilidade dos mestres que, inclusive, impunham castigos corporais. Além disso, os pais dos aprendizes pagavam taxas para que os mestres os ensinassem. A jornada de trabalho era muito longa, chegando até 18 horas por dia.

Com a Revolução Francesa, que pregava a liberdade do homem, as corporações de ofício se extinguíam, dando origem ao liberalismo, que era incompatível com o trabalho desenvolvido nas corporações de ofício. Outros fatores que ajudaram também na extinção das corporações de ofício foram a crescente Revolução Industrial, a liberdade de comércio e o encarecimento dos produtos das corporações.

Assim, com a Revolução Francesa de 1789, em sua Constituição, foram reconhecidos os primeiros direitos econômicos e sociais – o direito ao trabalho.

¹ MARTINS, Sérgio Pinto. Curso de Direito do Trabalho. 31ª ed., São Paulo: Atlas, 2015 p.3

Após, a Revolução Industrial transformou o trabalho em emprego, sendo os trabalhadores remunerados por seus serviços.

1.2 REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

A Revolução Industrial (final do século XVIII) foi o acontecimento histórico mais relevante do Direito do Trabalho, se analisarmos as razões do Princípio da Proteção.

Antes da criação da máquina a vapor como fonte de energia elétrica (uma das marcas do surgimento da Revolução Industrial) não há na história humana a relação empregatícia como se verifica nos dias atuais. Por isso a relevância do acontecimento tanto para o Direito Trabalhista, quanto para o Princípio da Proteção.

Com este acontecimento histórico o trabalho se altera radicalmente. O artesão, único que tinha habilidade para desenvolver determinado produto com agilidade, agora concorre com máquinas, que fazem o mesmo produto em menos tempo, sendo comandado por pessoa bem mais “barata” e inexperiente. E não era só: com o advento das máquinas os produtos começaram a atingir não só o consumo dos mais abastados, como épocas passadas, mas também a grande massa de novos consumidores.

Apenas para exemplificar, um artesão manual com muita experiência poderia tecer duas peças por semana de tecidos para camisas. No mesmo tempo, um tecelão de 15 anos de idade era capaz de produzir, com um tear a vapor, sete peças similares.

O avanço da produção era significativo, porém as condições dos indivíduos que trabalhavam nas fábricas não.

A Revolução Industrial trouxe o homem do campo para a cidade, pois ali estavam instaladas as fábricas. Os trabalhadores, denominados proletários,

começaram então a se instalarem ao redor das fábricas em locais extremamente precários, sem nenhum conforto ou higiene.

Se fora das fábricas a situação não era das melhores, dentro delas não poderia ser diferente. Os trabalhadores exerciam atividades sob péssimas condições, sujeitos a incêndios, explosões, intoxicação por gases, inundações, desmoronamentos, trabalhando por diversas horas diárias, etc. Os patrões não se preocupavam com a saúde e higiene dos obreiros.

Além disso, ainda ocorriam diversos acidentes de trabalho e muitos morriam em decorrência de doença por exposição a estes ambientes hostis, como por exemplo nas fiações de linho onde o processo utilizava muita água, que umedecia o ambiente e molhava as roupas dos trabalhadores. Essas condições desfavoráveis, como dito, geravam diversas doenças que se propagavam de forma muito facilitada, vez que a aglomeração de pessoas em ambientes fechados (como nas fábricas) favorece a propagação de doenças. (RISSATO e SABAGE, 2003).

A jornada de trabalho também era extenuante, chegando até a 18 horas diárias, não respeitando nenhum intervalo interjornada.

No início da Revolução Industrial ainda havia muita procura por mão de obra, portanto os salários não eram tão baixos. No entanto, quando a oferta de empregos diminuiu recebiam salários tão irrisórios que fazia necessário que toda a família trabalhasse nas indústrias a fim de ter uma renda mínima para sobrevivência. Eram feitos, muitas vezes, contratos verbais vitalícios ou então enquanto o trabalhador pudesse prestar serviços, implicando verdadeira servidão. Isso só terminou por meio de decretos parlamentares de 1774 e 1779, quando foram suprimidas estas questões nas minas escocesas.²

Como dissemos, toda a família do proletariado, praticamente, era criada no meio fabril. Enquanto as mães trabalhavam, seus filhos eram mantidos quietos com uso de drogas, como o láudano.

² MARTINS, Sérgio Pinto. Curso de Direito do Trabalho. 31ª ed., São Paulo: Atlas, 2015 p.7

Ademais, a situação era tão péssima (financeiramente) para os trabalhadores que, para complementar a renda familiar, que as famílias procuravam ter o maior número de filhos possível – daí o motivo do termo “prole”.

O trabalho infantil era uma realidade, uma vez que com a utilização das máquinas a vapor não se fazia necessária nenhuma habilidade especial ou força braçal. Também era mais fácil impor regras à criança do que ao adulto, sendo mais tranquilo para o empregador a questão da subordinação.

Descrição de uma fábrica de tecidos feita por William Cobbett (Setembro de 1824):

Os primeiros dias de setembro foram muito quentes. Os jornais noticiavam que homens e cavalos caíam mortos nos campos de produção agrícola. Ainda assim a temperatura nunca passava de 29°C durante a parte mais quente do dia. Qual era então a situação das pobres crianças que estavam condenadas a trabalhar quatorze horas por dia, em uma temperatura média de 28°C? Pode algum homem, com um coração em seu peito, e uma língua em sua boca, não se habilitar a amaldiçoar um sistema que produz tamanha escravidão e crueldade?

Entrevista de Jonathan Downe a um representante do parlamento britânico (Junho de 1832):

Quando eu tinha sete anos de idade fui trabalhar na fábrica do Sr. Marshall em Shrewsbury. Se uma criança se mostrasse sonolenta o responsável pelo turno a chamava e dizia, “venha aqui”. Num canto da sala havia uma cisterna de ferro cheia de água. Ele pegava a criança pelas pernas e a mergulhava na cisterna para depois manda-la de volta ao trabalho.

Começa, portanto, a haver necessidade de uma intervenção do Estado nas relações trabalhistas, a fim de minimizar os abusos cometidos pelos empregadores. Estes, detinham os meios de produção e eram os proprietários das máquinas, tendo, portanto, o poder de direção sobre os trabalhadores. Isso já

demonstrava a necessidade de maior proteção ao empregado trabalhador, ante tal desigualdade.

O Estado, desta forma, passa a intervir principalmente para realizar o bem-estar social e melhorar as condições trabalhistas, sendo o trabalhador protegido jurídica e economicamente.

Como afirma GALART FOLCH³: a legislação do trabalho deve assegurar superioridade jurídica ao empregado em razão de sua inferioridade econômica. A lei passa a estabelecer o mínimo sobre as condições trabalhistas, que devem ser respeitadas pelo empregador. A partir de então já começa a ser observado algum viés protetivo ao trabalhador, que futuramente se desencadeará no princípio em estudo.

Com a promulgação em 1802 da Lei de Peel⁴ na Inglaterra é que a história do Direito Trabalhista, ainda que de forma pacata, nasce. Esta dava amparo aos trabalhadores, disciplinando o trabalho dos aprendizes paroquianos nos moinhos. A jornada de trabalho fora limitada em 12 horas diárias, excluindo-se os intervalos intrajornada. O trabalho, ainda, não poderia ser iniciado antes da 06h e não poderia terminar após as 21h. E mais, algumas normas relativas à educação e higiene foram implantadas.

Após a promulgação desta lei supracitada, algumas outras surgiram para dar mais amparo ao trabalhador. A exemplo disso, na França em 1813, criou-se uma lei que proibia o trabalho de menores em minas.

Com a evolução legislativa, acentuou-se ainda mais os direitos dos trabalhadores ao redor do mundo.

Um dos grandes marcos para um acentuado avanço nessas normas, foi a publicação do *Manifesto Comunista* em 1848 (Marx e Engels), que despertou a consciência coletiva no proletariado. Também com a edição da *Encíclica Rerum Novarum* em 1841, que abordava a questão social do trabalho e a necessidade de sua regulamentação por parte do Estado.

³ GALART FOLCH, Alejandro. Derecho español del trabajo. Barcelona: Labor, 1936

⁴ MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 7.

Outros pontos marcantes para o avanço no que tange aos Direitos Trabalhistas foi a Constituição do México de 1917, que fora a primeira a inserir os Direitos Trabalhistas em uma Constituição, dando ainda mais importância ao tema, protegendo-o sob o manto mais elevado do ordenamento jurídico, o que também fora adotada na Constituição de Weimar em 1919.

Neste mesmo ano de 1919, com o final da Primeira Grande Guerra Mundial, promulga-se o Tratado de Versalhes, que cria a OIT – Organização Internacional do Trabalho, que é uma agência multilateral da ONU – Organização das Nações Unidas, especializada nas questões do trabalho, especialmente com normas internacionais do trabalho (convenções e recomendações). Sobre as missões da OIT em seu surgimento:

No início, a OIT tinha a missão de traduzir e publicar a legislação social de diferentes países. Com a evolução da OIT, em 1906 foram celebrados dois convênios em Berna, para reduzir a utilização de fósforo branco na manufatura de fósforos e proibir o trabalho noturno das mulheres. Com a declaração da Primeira Guerra Mundial, ficam interrompidos os esforços da associação, que retomou as atividades no pós-guerra. Na Conferência de Paz, em 1919, foi criada, por solicitação de vários sindicatos, uma Comissão sobre Legislação Internacional do Trabalho. (...) A primeira Conferência Internacional do Trabalho da OIT foi celebrada em Washington, em outubro de 1919. Durante o período entre as duas guerras mundiais, a OIT funcionou como entidade autônoma (...) Atualmente, funciona como uma organização tripartite, na qual participam representantes dos governos, dos empregados e dos empregadores, que contam com 156 membros e tem sede em Genebra, na Suíça. A OIT, apesar de desempenhar uma atividade normativa, tem voltado muita atenção às atividades práticas e educativas, com atividades de cooperação técnica. Vários programas foram lançados pela entidade nos últimos anos, onde se destacam o Programa Mundial de Emprego (1969) e o Programa Internacional do Melhoramento das Condições e do meio

Ambiente do Trabalho (1976) (CORTES FERNANDES, 2000, p. 27 e 28).

Com o surgimento da OIT, e neste marco histórico, pode-se dizer que surge um ramo autônomo das ciências jurídicas – o Direito do Trabalho.⁵

Apenas para citar outros grandes marcos importantíssimos para a evolução histórica mundial do Direito do Trabalho, temos: a *Carta del Lavoro* (1927) na Itália; a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e o surgimento do Neoliberalismo.

1.3 EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

No início as Constituições brasileiras não abarcavam os direitos trabalhistas, por óbvio. Tratavam apenas sobre a forma de Estado e o sistema de governo. Após certa evolução, passaram a tratar de todos os ramos do Direito, inclusive, do Direito Trabalhista – da forma que estamos acostumados com nossa atual Constituição.

A Constituição de 1824 apenas tratou de abolir as corporações de ofício, uma vez que deveria haver liberdade do exercício de ofícios e profissões.⁶

A Lei do Ventre Livre, que fora a primeira lei abolicionista brasileira, foi o primeiro grande passo ao avanço do Direito do Trabalho. Esta declarava a condição livre aos filhos de mulher escrava nascidos desde a data da lei:

§ 1.º da lei 2040:- Os ditos filhos menores ficarão em poder e sob a autoridade dos senhores de suas mães, os quais terão a obrigação de criá-los e tratá-los até a idade de oito anos completos. Chegando o filho da escrava a esta idade, o senhor da mãe terá opção, ou de receber do Estado a indenização de 600\$000, ou de utilizar-se dos serviços do menor até a idade de 21 anos completos. No primeiro caso, o Governo receberá o menor e lhe dará destino, em conformidade da presente lei.

⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. Curso de direito do trabalho. 3. ed. rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 26.

Assim, o filho de escravo ficaria sob a tutela do senhor ou de sua mãe até o oitavo aniversário, quando o senhor poderia optar entre receber uma indenização do governo ou usar do trabalho do menino até os 21 anos.

Após, houve a promulgação da chamada Lei dos Sexagenários. Esta, a segunda lei abolicionista, libertou os escravos com mais de 60 anos. Todavia, mesmo depois de livre, o escravo ainda precisaria prestar mais 3 anos de serviços gratuitos ao senhor.

Por fim, a mais importante lei abolicionista pátria, a Lei Áurea, que definitivamente abolira a escravatura.

A constituição de 1891 não adicionara tantos direitos sociais, apenas o da liberdade de associação, que na época era um tanto quanto genérico, determinando que a todos era lícita a associação e reunião, livremente e sem armas, não podendo a polícia intervir, salvo para manter a ordem pública (parágrafo 8º do art. 72).

Como amplamente discutido no tópico anterior, as transformações que ocorriam na Europa em decorrência do término da Primeira Grande Guerra Mundial refletiram, e muito, no Brasil. Após o surgimento da OIT houve um grande incentivo global no surgimento de normas trabalhistas, e no Brasil não foi diferente.

Em obra clássica e pioneira sobre o Direito do Trabalho no Brasil, datada de 1905 e produzida a fim de criticar o liberalismo, o jurista Evaristo de Moraes, que vivenciara o período, apontou os problemas sociais presentes nessa época, defendendo a necessidade de o Estado intervir na proteção ao trabalhador com uma legislação eficaz:

Os economistas clássicos mantêm ainda, contra a evidência dos fatos, no interêsse do capitalismo moderno, a crença nas virtudes da

⁶ MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 11

liberdade de trabalho, não admitindo regras, nem normas legais, que fixem as bases do contrato entre o empregador e o empregado, ou (como se diz na linguagem jurídica brasileira) entre o locatário e o locador de serviços. [...]. Essas conseqüências iniludíveis e tremendas da liberdade de trabalho indicam a necessidade de regular-se, no interesse do trabalhador e sem prejuízo do industrial, as condições em que aquêle venderá a êste seu esforço consciente. [...]. A liberdade contratual do trabalho vem dar na organização pura e simples do domínio do mais forte. [...]. Só a intervenção enérgica do Estado, mediante providências legislativas, pode estabelecer justas condições para o contrato de trabalho ⁷

Muitos imigrantes que aqui residiam e trabalhavam começaram a reivindicar por direitos sociais e melhores condições de trabalho e salários, o que faz surgir a política trabalhista idealizada por Getúlio Vargas em 1930.

Com isso surgiram diversas leis ordinárias tratando sobre o assunto: trabalho de menores (1891); organização de sindicatos rurais (1903) e urbanos (1907); férias, etc.⁸

Getúlio Vargas precisou editar diversas legislações esparsas trabalhistas para tentar conter o movimento e tentar organizar o mercado de trabalho que se expandia fortemente com o advento da indústria. Começa, portanto, a surgir a política trabalhista idealizada por Getúlio Vargas em 1930.

A Constituição de 1934 é a primeira constituição brasileira a tratar especificamente do Direito do Trabalho. Foi a influência do constitucionalismo social, que no Brasil apenas se refletiu neste ano. Trouxe para a Constituição Direitos como o da liberdade sindical (art. 120), isonomia salarial, salário mínimo, jornada de 8h de trabalho, proteção do trabalho das mulheres e menores, repouso semanal, férias remuneradas (parágrafo 1º do art. 121).

⁷ MORAES, Evaristo de. Apontamentos de direito operário. 4. ed. São Paulo: LTr, 1998, p. 9-19

⁸ MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 11

Em razão da quantidade elevada de normas trabalhistas esparsas, havia a necessidade de uma organização normativa. Nasce, portanto, em 1º de maio de 1943 a CLT - Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei n. 5452/43), que, para alguns autores, foi além da junção das normas trabalhistas, pois alterou, organizou e ampliou a legislação até então existente, aproximando-se de um verdadeiro “Código”.⁹

Na visão de Sérgio Pinto Martins, com a qual concordamos, não se trata de um “Código”, pois este pressupõe um direito novo. Ao contrário, a CLT apenas reuniu a legislação existente na época e a consolidou.¹⁰

Entendemos que houve tão somente a consolidação (conforme o próprio nome diz) dos direitos trabalhistas. Não houve qualquer edição. Houve apenas a conexão dos textos legislativos em um único compêndio, que gerou, inclusive algumas repetições (art. 10 e 448, CLT) e contradições.

Ressalte-se que as fontes da CLT foram os pareceres dos consultores do Ministério do Trabalho (Oliveira Viana e Oscar Saraiva) e as convenções da OIT.

Em 1946 promulga-se uma nova Constituição Federal, a qual é considerada por muitos autores renomados como a melhor e mais democrática¹¹, rompendo com o corporativismo adotado nas Leis anteriores, vez que fora votada pelo Congresso Nacional. Esta Constituição, ainda, ampliou mais o rol de direitos trabalhistas que trazia em seu texto.

Nesta Constituição possui a inclusão ao topo das leis vários direitos, como por exemplo a participação dos trabalhadores nos lucros (art. 157, IV), repouso semanal remunerado (art. 157, VI), estabilidade (art. 157, XII), direito de greve (art. 158), dentre outros já previstos em edições anteriores.

Por fim, um novo marco para o Direito do Trabalho surgiu, de fato, com a promulgação da Constituição de 1988 (atual), em virtude da extensão do rol de

⁹ VIANA, Márcio Túlio. 70 anos de CLT: uma história de trabalhadores. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2013, p. 76.

¹⁰ MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 12

direitos trabalhistas previstos em seu art. 7º. Além do mais, os direitos trabalhistas agora estão inseridos não mais no título pertencente à ordem econômica e social e sim no rol dos direitos sociais, que são direitos fundamentais.

Assim, somente com a atual Constituição temos o reconhecimento na ordem internacional dos direitos humanos como direitos fundamentais, abarcados na Constituição.

Importante destacar, para finalizar, que ainda que muitos destes direitos estejam inseridos na Constituição de 1988, é certo que a mera previsão destes não é suficiente para a sua efetivação. A luta por melhores condições de trabalho e o conflito entre empregados e empregadores para que os direitos trabalhistas sejam observados é diário.

A mera positivação destes direitos não gera automática observação destes. O que se vê, em nossa realidade hoje, é que muitos direitos dos empregados são suprimidos, o que gera grande displicência na observação da norma constitucional – que, frise-se, é direito fundamental.

Surge, portanto, a necessidade do Estado fornecer meios adequados e eficientes para solucionar esses conflitos e tutelar os direitos trabalhistas conquistados ao longo de toda essa história retro transcrita.

Hoje em dia existem milhares de reclamações trabalhistas tramitando no Poder Judiciário, que auxilia na efetivação dessas normas.

¹¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. Curso de direito do trabalho. 3. ed. rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 44.

2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

2.1 CONCEITO DE PRINCÍPIO JURÍDICO

Para o entendimento da temática aqui focalizada, é necessário definir alguns conceitos fundamentais, e para tanto demos uma rápida introdução na história do Direito do Trabalho, tanto no âmbito internacional como interno, para que possamos ter como plano de fundo toda evolução.

Dito isso, importante também ressaltar que para o pleno entendimento do contexto do tem em estudo, faz-se necessária a introdução do conceito de princípios e suas funções. Isso porque os princípios trabalhistas são diferenciados dos demais princípios jurídicos. Não todos, mas o princípio da proteção, por exemplo, que é objeto deste estudo, é muito peculiar e quase não é comentado nos outros ramos “tradicionais” do Direito.

Destarte, é indispensável o estudo dos princípios para o entendimento pleno do Princípio da Proteção e sua particularidade com o Direito Trabalhista.

A palavra princípio, conforme definição trazida do dicionário, na linguagem corriqueira, traz a ideia de “começo, início” e, nesse sentido, “o primeiro momento da existência de algo ou de uma ação ou processo”.¹²

Também significa “proposição elementar e fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos” e “proposição lógica fundamental sobre a qual se apoia o raciocínio”.¹³

De maneira geral, princípio traduz uma noção de proposições fundamentais, ideais, resultante de determinado contexto.

Assim, nessa toada, Maurício Godinho Delgado define princípios como “diretrizes induzidas e ao mesmo tempo indutoras do direito”, em outras palavras, “são diretrizes que se inferem de um sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam, informando-o.”¹⁴

¹² HOUAISS, Antônio, *et alii*. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2299

¹³ HOUAISS, Antônio, *et alii*. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2299

¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Princípios do direito individual e coletivo do trabalho. São Paulo: LTR, 2001, p. 16

José Afonso da Silva define conforme a proposta clássica de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. Eis porque violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra¹⁵

No mesmo sentido, Miguel Reale formula brilhante definição:

Princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis. [...]. A nosso ver, princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática.¹⁶

Princípio vem do latim *principium*, *principipi*, que tem como significado de origem – “começo”, “base”. Portanto, princípio é o alicerce, a base, o ponto de partida, as vigas mestras.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 29ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 54.

¹⁶ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 285/286.

O princípio, de modo geral, se distingue das regras. Essa distinção pode ser resumida em diferentes níveis de abstração, sendo os princípios mais abstratos e as regras mais concretas. O que se verifica, portanto, é que a natureza destes dois comandos é distinta.

Princípio nada mais é do que uma meta, uma orientação a determinada direção, enquanto a regra apresenta requisitos que exigem determinadas consequências descritas em seu enunciado. Nas palavras de Dworkin a respeito deste tema:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada¹⁷

Assim, os princípios possuem grau de abstração maior do que o da norma. São as normas gerais, aplicáveis a um número indeterminado de atos e fatos, que são específicos. Os princípios não são editados para uma determinada situação fática, mas sim para uma série indefinida de situações e contextos.

Importante ressaltar que os princípios podem ou não serem positivados. E o fato de estarem ou não positivados não os tornam menos ou mais eficazes ou válidos. Exemplo no Direito do Trabalho seria o princípio da irredutibilidade salarial, que não era expresso em nosso ordenamento e hoje encontra-se no inciso VI, do art. 7º da Constituição Federal. Os princípios, em forma de norma jurídica, são regras, pois estão positivados, mas não deixam também de serem princípios, pois traz com ele algo a mais do que uma simples regra. Norma jurídica é gênero, englobando como espécies regras e princípios. Princípios, portanto, são normas jurídicas.

Também é válido lembrar que como os princípios “inspiram” a criação de regras. Aqueles são capazes de orientar, guiar e fundamentar a construção do ordenamento jurídico, sendo verdadeiras vigas mestras deste.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39

Mas não são axiomas imutáveis e absolutos, pois dependendo da realidade fática do contexto em que vivemos, o sentido da aplicação dos princípios pode ser alterada.

Diferentemente das regras, que aplicam-se diretamente a determinado fato, não comportando exceção. Impossível aplicar uma regra pela metade, senão vejamos. Um exemplo banal – a definição de empregado. A definição de empregado está descrita na CLT, em seu artigo 3º, que reza:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Assim, não poderíamos aplicar pela metade esta regra, dizendo que empregado é apenas toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual ao empregador. Esta não é a aplicação inteira da regra, que traz como complemento o trecho final: “sob a dependência deste e mediante salário”.

Veja que a aplicação de uma regra é indivisível ao seu bojo. Ou se aplica por completo ou não se aplica. Para que seja considerado empregado, e haver a subsunção à esta regra, devemos considerar todo o texto do artigo.

Já os princípios coexistem entre si, permitindo uma interpretação diferenciada, de valores e interesses, de acordo com seu peso e ponderação.

Nas palavras de Sérgio Pinto Martins:

Os princípios devem ser interpretados da mesma maneira como se interpretam as leis, inclusive sistematicamente. Quando os princípios se entrecruzam, deve-se verificar o peso relativo de cada um deles. A adoção de um princípio implica o afastamento do outro, proem o ultimo não desaparece do sistema. Um princípio pode ser hierarquicamente superior a outro, por ser mais abrangente, ou por ser desdobramento do primeiro ou de outro. Não se pode negar que há uma hierarquia entre princípios. Se há conflito entre um e outro, a solução decorre sempre da interpretação que faz prevalecer o mais recente sobre o anterior, o de maior grau sobre o de menor grau. Entretanto, os princípios especiais de certa disciplina, quando existentes, devem prevalecer sobre um princípio geral. O intérprete

somente irá socorrer-se dos princípios gerais de direito, caso não existam princípios de certa matéria. Os princípios constitucionais, apesar de alguns serem mais abrangentes e importantes que outros também estão hierarquizados dentro do sistema, com a prevalência do princípio de hierarquia superior sobre o de hierarquia inferior. Nos jogos de princípios, deve-se observar a preponderância do princípio do interesse público sobre o particular, ou a prevalência do princípio do interesse público sobre o princípio do direito adquirido.¹⁸

Já com relação às regras, impossível se faz a verificação de qual é mais importante, uma vez que se há conflito de regras, uma delas não é válida, deixando de existir. Diferentemente dos princípios, conforme supracitado pelo ilustre professor Mauricio Godinho Delgado, os princípios se coexistem. A não aplicação de um princípio não faz com que este desapareça, mas sim pela técnica de sopesar os princípios, este não será utilizado.

Ainda, o ordenamento jurídico possui critérios para resolver o conflito de regras. Por exemplo, a regra de maior hierarquia (constitucional) prevalece sobre a de menor hierarquia (ordinária). Dependendo do caso a lei mais nova prevalece sobre a mais antiga, ou a mais específica sobre a mais genérica. Mas nunca coexistem – ou se aplica a regra A ou se aplica a regra B.

Ainda tratando sobre a contraposição entre princípios e regras importante trazer as lições de Ronald Dworkin que dispõe que as regras são normas aplicáveis conforme o critério denominado “*nothing-or-all*” (tudo-ou-nada), ou seja, ou se enquadram ao caso concreto ou não se aplicam, conforme demonstramos supra.

Os princípios, por sua vez, possuem forma diversa de aplicação, a qual é baseada em critérios de ponderação, cuja valoração leva em conta o peso e a importância de cada um dos princípios ao caso concreto. Em outras palavras:

Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the

¹⁸ MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 67

answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to decision. [...] Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect (the policy of protecting automobile consumers intersecting with principles of freedom of contract, for example), one who must resolve that conflict has to take into account the relative weight of each. (...) Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weight it is.¹⁹²⁰

Os princípios, portanto, se harmonizam entre si, ao contrário das regras.

Robert Alexy, embora com o mesmo viés exposto acima, dá prosseguimento e conclui seus estudos no sentido de que:

As regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou bem uma regra ou um princípio. (...) Um conflito entre regras só pode ser solucionado introduzindo uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou declarando inválida, ao menos, uma das regras. [...] O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não apenas das possibilidades reais senão também das possibilidades jurídicas. O

¹⁹ DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1977/1978, p. 24, 26, 27. Disponível em: <http://www.ebook3000.com/politics/Taking-RightsSeriously_45516.html>..

²⁰ Tradução livre do autor: Regras são aplicadas de modo "tudo-ou-nada". Se os fatos que a regra estipular ocorrerem, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é, caso em que nada contribui para a decisão. [...] Princípios têm uma dimensão que as normas não possuem – a dimensão de peso ou importância. Quando princípios se interseccionam (a proteção dos consumidores de automóveis em interseção com a liberdade de contratar, por exemplo), aquele que tiver de resolver este conflito terá de levar em conta o peso relativo de cada um. (...) Não obstante, é parte integrante do conceito de princípio que ele tem esta dimensão e, portanto, faz todo sentido perguntar qual a importância ou qual peso ele tem. 48

âmbito de possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.²¹

Na proposta de Alexy, portanto, as regras encerram comandos definitivos, sendo aplicáveis automaticamente por simples técnica de subsunção, salvo a existência de outras regras que lhes excepcionem ou lhes invalidem.

Tratando-se de princípios, todavia, estes devem ser realizados na maior medida possível, observando-se sempre as reais possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Após esta definição de princípios, bem como sua distinção com as meras regras, importante, como última análise, apreciar as funções desempenhadas pelos princípios dentro de nosso ordenamento jurídico.

2.2 FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Existem várias funções importantes que os princípios jurídicos podem desenvolver no ordenamento. Entretanto, as funções mais destacadas pelos doutrinadores são: a informativa, a interpretativa e a normativa.

Segundo bem ensina o mestre Sergio Pinto Martins, sobre a função informativa:

A função informadora (nomenclatura utilizada pelo autor para a função mais conhecida como informativa) serve de inspiração ou orientação ao legislador, dando base à criação de preceitos legais, fundamentando as normas jurídicas e servindo de sustentáculo para o ordenamento jurídico. São descrições informativas que irão inspirar o legislador. Num segundo momento, os princípios informadores servirão também de auxílio ao intérprete da norma jurídica positivada.

Assim, a função informativa, que também é chamada por alguns autores como função informadora ou descritiva, é basicamente direcionada ao

²¹ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, 1997, p. 86-88, apud BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 2ª ed. –

legislador, auxiliando e inspirando a sua atividade legislativa. Assim, quando o legislador exerce sua função ordinária (típica) ele precisa se atentar aos princípios vigentes sobre aquela determinada matéria ou que permeiam aquele tema, para que não crie normas que vão na contramão do sustentáculo/pilar do Direito.

A função interpretativa é direcionada ao operador do direito, atuando com fonte supletiva nas lacunas ou omissões da lei, quando não existem outras normas jurídicas que possam ser utilizadas ao interprete. Vale dizer, portanto, que a função interpretativa é um meio de integração de direito²².

Nunca é demais ressaltar que a interpretação de certa norma jurídica depende do viés em que vai o princípio. Assim, a função interpretativa ainda funciona como critério orientador para os intérpretes que aplicam determinada lei.

Com relação à função normativa, há certa discussão amparada pelos doutrinadores pátrios, pois alguns entendem que os princípios só podem ser aplicados quando houver omissão legislativa e/ou uma lacuna na lei, enquanto outros entendem que os princípios podem ser aplicados independentemente disso.

Uma das doutrinas mais ortodoxas, neste caso, é a de SÉRGIO PINTO MARTINS:

Em nosso sistema, os princípios não têm função retificadora ou corretiva da lei, pois só são aplicáveis em caso de lacuna da lei. A finalidade dos princípios é de integração da lei. Se há norma legal, convencional ou contratual, os princípios não são aplicáveis. Os princípios serão o último elo a que o intérprete irá se socorrer para a solução caso que lhe foi apresentado. São, portanto, os princípios espécies de fontes secundárias para a aplicação da norma jurídica, sendo fundamentais na elaboração das leis e na aplicação do direito, preenchendo lacunas da lei.²³

São Paulo: Saraiva, 2010, p. 208-209

²² RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2000, 3ª edição, p. 17

²³ MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 69

Embora seja uma posição firme do importantíssimo jurista, o que parece é que este entendimento já não se encaixa mais na racionalidade contemporânea. Isso porque é certo que os princípios são fontes primárias do Direito e atuam não somente na integração dele como também é capaz de derrogar regras que são incompatíveis²⁴.

Fosse o contrário, os princípios não teriam tanta importância nos casos de controle de constitucionalidade de lei, de dúvida interpretativa ou de ausência de regra.

Falando sobre a “limitação” dos Princípios, LUIZ GUILHERME MARINONI traça importante paralelo com os esclarecimentos de Alexy:

Os princípios não têm tal limitação, pois, como esclarece Alexy, eles são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever ser. Os princípios recortam certas parcelas da realidade e colocam-nas sob seu âmbito de proteção. Consequentemente, a partir do momento em que se projetam sobre a realidade, eles servem de fundamento para normas específicas que orientam concretamente a ação, seja num sentido positivo (prestação fática ou jurídica), seja num sentido negativo (omissão). No âmbito da relação entre a Constituição e a lei, isso significa que os princípios, de um lado, impõem aos legisladores deveres de produção de normas jurídicas e, de outro, imunizam determinadas posições jurídicas – as parcelas da realidade recolhidas em seu âmbito protegido – do alcance da atuação da lei. Nesse sentido, os princípios dão valor normativo aos fatos, também indicando como a lei deve ser dimensionada para não agredi-los. Por isso, a compreensão e a conformação das regras estão condicionadas pelo valor atribuído à realidade pelos princípios²⁵

²⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. – 11ª ed. – São Paulo: LTr, 2013, p. 55

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. – 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 50-51.

A base do ordenamento jurídico é o princípio, como já explanamos em tópico específico. Impossível um princípio não poder ser utilizado quando há determinada regra, ainda que a decisão tome outro rumo, pois, em essência, os princípios são as “mães” das regras, e estas não podem divergir daqueles.

A força normativa dos princípios é tamanha que é praticamente a base do ordenamento trabalhista, quando se define, por exemplo, que o trabalhador é hipossuficiente e merece uma tutela específica.

Ao relacionarmos as funções dos princípios com o tema deste trabalho, notamos que a importância é tanta que sem essas funções supracitadas o trabalhador ficaria totalmente desamparado.

Por fim, ainda vale ressaltar que alguns autores ainda indicam a função fundamentadora, que se evidencia ao analisar que os princípios são fonte material básica primária, dotados de força suficiente para gerar lei e costume, esculpi-los ou até invalidá-los. Sobre este aspecto, JOSÉ JOAQUEIM GOMES CANOTILHO identifica esta função como característica dos princípios:

(...) carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito); (...) ‘proximidade’ da ideia de direito: os princípios são ‘standards’ juridicamente radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘ideia de direito’ (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; (...) natureza normogénica: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.²⁶

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina. 1993. P. 166-167. Mantida a grafia original.

2.3 PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO E OS PECULIARES DO DIREITO DO TRABALHO

Antes de adentrarmos ao tema em específico a ser tratado no Capítulo III, importante destacar onde está situado o Princípio da Proteção.

Neste tópico não temos a pretensão de desenvolver todos os princípios, mas tão somente enuncia-los e elencar, no mínimo, os mais importantes, para que possamos definir se o princípio da proteção, tema em estudo, é um princípio geral ou peculiar do Direito do Trabalho.

O Direito do Trabalho, assim como os outros ramos autônomos do Direito, possui princípios que seguem os gerais de direito, bem como também possui os seus próprios princípios.

Por exemplo, o Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana é obviamente um princípio que rege todos os ramos do Direito. Não só no Direito do Trabalho a pessoa humana deve ser respeitada.

Apenas para introduzir aos princípios particulares do Direito do Trabalho, iremos apenas citar aqui alguns dos princípios gerais do Direito que são parte também (e são importantes) do ramo justrabalhista.

Os princípios gerais cumprem, portanto, função de assegurar a unidade do sistema, como um conjunto de valores e partes coordenadas entre si²⁷.

Os direitos fundamentais devem, certamente, serem respeitados em todos os ramos jurídicos. A título de exemplo, podemos citar o princípio já mencionado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, Constituição Federal); o princípio da personalidade humana; inviolabilidade à intimidade, vida privadas, honra, imagem das pessoas (art. 5º, X, Constituição Federal).

Temos também alguns outros como: a) Princípio da proibição do abuso de direito; b) Princípio da vedação do enriquecimento sem causa; c) Princípio do Direito como função social; d) Princípios da razoabilidade e proporcionalidade; e) Princípio da segurança jurídica; f) Princípio da boa-fé; g) Princípio da não alegação da própria torpeza; dentre outros.

²⁷ MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 70

Claro que como há dentro do Direito trabalhista o tema do contrato de trabalho, alguns princípios relativos a contratos, como por exemplo o *pacta sunt servanda* (acordos devem ser cumpridos). É claro que estes princípios não são aplicados em sua plenitude, mas são moldados e aplicados ao ramo trabalhista tendo como base outros princípios característicos do próprio ramo, que são pilstras maiores e, portanto, merecem destaque e impõem respeito.

Dito isto, passaremos aos princípios específicos do direito justralhista para que possamos, enfim, adentrar especificamente ao princípio da proteção.

O princípio da proteção, diga-se, certamente não é o único princípio peculiar do Direito do Trabalho. Existem alguns outros princípios importantes que permeiam o ordenamento jurídico trabalhista, os quais foram estudados com precisão por AMÉRICO PLÁ RODRIGUES²⁸. O festejado doutrinador elenca seis princípios como do Direito do Trabalho, a saber: a) o princípio da proteção ou princípio protetor; b) o princípio da irrenunciabilidade de direitos; c) o princípio da relação de emprego; d) o princípio da primazia da realidade; e) o princípio da razoabilidade; e f) o princípio da boa-fé.

Em que pese o estudo quase que pioneiro e clássico do uruguaio supra citado, MAURICIO GODINHO DELGADO elenca nove princípios especiais de Direito do Trabalho, com o qual concordamos neste aspecto, uma vez que traduzem o núcleo basilar do Direito Individual Trabalhista:

Os mais importantes princípios especiais justralhistas indicados pela doutrina são: a) princípio da proteção (...); b) princípio da norma mais favorável; c) princípio da imperatividade das normas trabalhistas; d) princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas (mais conhecido como irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas); e) princípio da condição mais benéfica; f) princípio da inalterabilidade contratual lesiva (...); g) princípio da intangibilidade salarial (chamado também integralidade salarial, tendo ainda como correlato o princípio

²⁸ RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2000, 3ª edição.

da irreducibilidade salarial); h) princípio da primazia da realidade sobre a forma; i) princípio da continuidade da relação de emprego.

3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

3.1 O QUE HÁ POR TRÁS DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Após toda a explanação supra, dando o contexto histórico do surgimento do Direito Trabalhista e seus primórdios no mundo e no Brasil, bem como após pontuarmos a diferença entre regras e princípios e importância deste para o ordenamento jurídico pátrio, podemos adentrar diretamente ao foco principal deste trabalho: o estudo do Princípio da Proteção.

O Princípio da Proteção nada mais é do que um tratamento diferenciado ou privilegiado dado ao empregado, atribuindo a ele vantagens, e impondo obrigações ao empregador, em virtude de todo contexto histórico que vivenciou a classe trabalhadora.

Quando, no Capítulo I, definimos o que é trabalho e o surgimento etimológico da palavra, expusemos que ela traz consigo uma bagagem pesada, já que a palavra deriva de um instrumento de tortura.

Durante muito tempo o empregado não tinha quaisquer direitos e estes foram sendo conquistados pela classe trabalhadora, gradativamente, ao longo da história, conforme vimos nos capítulos anteriores.

Pois, bem. Por isso é vital o estudo de toda a história do surgimento dos direitos trabalhistas, uma vez que durante muitos e muitos anos milhares de trabalhadores laboraram sem quaisquer direitos mínimos, sequer à saúde.

E o trabalhador, por mais que se queira debater o oposto, mantém uma dependência econômica em relação ao empregador. Isso porque na relação empregatícia o empregador detém todo o poder de dar ordens, comandar, dirigir a execução do trabalho e cabe ao empregado obedecer esses comandos, sob pena de não conseguir gerar riqueza, pois este é dependente econômico.

Destarte, a superioridade jurídica do trabalhador (assegurada com o Princípio da Proteção) visa compensar a sua natural inferioridade da relação²⁹.

²⁹ SILVA, Luiz Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 24

Além da vulnerabilidade econômica há também a vulnerabilidade física do empregado. O trabalhador se submete, na execução do trabalho, a riscos de danos físicos e mentais, estando a mercê do ambiente de trabalho. Por isso, desde o início do Direito do Trabalho, havia a preocupação com a salubridade do ambiente de trabalho e com a prevenção de acidentes.

Ora, se o trabalhador é concomitantemente vulnerável econômica e fisicamente perante o empregador, é vital que exista algo (no caso temos o princípio protetor) que consiga equiparar juridicamente, ambos os polos da relação de emprego – empregado e empregador.

Até porque o empregado não possui poder de barganha. Muitas vezes (pra não dizer a esmagadora maioria das vezes) o empregado é impedido de fazer exigências quando da sua contratação. Ou ele adere ao modelo imposto pelo empregador ou ele, infelizmente está fora do mercado de trabalho. O crescente desemprego em nossa economia contribui ainda mais com essa submissão. Caso um empregador faça exigências demais para uma determinada vaga de trabalho, por exemplo, a empresa pode contratar outro que aceite exatamente nos modelos em que vislumbra.

Assim, as normas de Direito do Trabalho representam justamente um limite mínimo às arbitrariedades do empregador na formulação de regras contratuais, já que a desigualdade entre as partes impossibilita uma negociação individual decente.

Neste contexto o Princípio da Proteção vêm para inspirar o legislador na elaboração de normas. Mas não só: ajuda a interpretar o Direito do Trabalho do modo mais benéfico ao trabalhador.

3.2 DEFINIÇÕES

Segundo as lições de AMÉRICO PLÁ RODRIGUEZ:

O princípio de proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito

de igualdade, corresponde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador.

[...] a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante proteção, alcançar-se de uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes³⁰.

Assim, segundo o autor supra citado, o que se vislumbra é alcançar a igualdade jurídica entre as partes. Para ele, ainda, a expressão do princípio da proteção no plano material se dá pela tríade: *in dubio pro operário*, norma mais favorável e condição mais benéfica³¹.

Não diferente pensa o festejado doutrinador SÉRGIO PINTO MARTINS. Diz:

Como regra, deve-se proporcionar uma forma de compensar a superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, dando a este último superioridade jurídica (Galart Folch). Esta é conferida ao empregado no momento em que se dá ao trabalhadora proteção que lhe é dispensada por meio da lei. O princípio protetor pode ser uma forma de justificar desigualdades, de pessoas que estão em situações diferentes.

[...]

Pode ser desmembrado o princípio da proteção em três: a) o *in dubio pro operário*; b) o da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador; c) o da aplicação da condição mais benéfica do trabalhador.³²

Já para ALICE MONTEIRO DE BARROS “o princípio da proteção é consubstanciado na norma e na condição mais favorável, cujo fundamento subsume à essência do Direito do Trabalho”³³.

Como se nota, a autora exclui a regra do *in dubio pro operário* do raio de atuação do princípio protetor.

³⁰ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de direito do trabalho; tradução de Wagner D. Giglio. – 3. ed. atual. – São Paulo: LTr, 2000, p. 83

³¹ Idem, p. 107

³² MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 72

Outro modelo traz o autor ARNALDO SUSSEKIND que inclui na tríade clássica de Plá Rodriguez, também o princípio da primazia da realidade e dos princípios da integralidade e da intangibilidade de salário³⁴.

Apesar da divergência doutrinária, o importante a ser destacado é que a maioria dos doutrinadores e dos aplicadores e operadores do direito, também na prática, adotam a proposta tradicional de Plá Rodriguez, com a qual concordamos.

As regras a serem tratadas a seguir nada mais são do que pequenos princípios, que denominaremos de sub-princípios, intrínsecos do princípio protetor, onde, na realidade, se vislumbra na situação fática a aplicação deste princípio maior da proteção.

3.2.1 A regra do *in dubio pro operário*

Segundo a doutrina clássica do uruguaio Plá Rodriguez, a regra do *in dubio pro operário* se traduz no “critério segundo o qual, no caso de que uma norma seja suscetível de entender-se de vários modos, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao trabalhador”³⁵.

Em outras palavras: na dúvida deve-se aplicar a regra mais favorável ao trabalhador, ou a que menos lhe causar prejuízo, uma vez que a finalidade intrínseca desta é justamente a proteção da parte mais frágil da relação jurídica, qual seja, o trabalhador.

A utilização da dimensão do *in dubio pro operário* deve dar-se quando há verdadeira dúvida quanto à interpretação de uma norma, da mesma forma com o princípio similar encontrado no direito penal do *in dubio pro reo*.

No entanto, esta regra recebe críticas por parte da doutrina. A primeira delas refere à utilidade da regra, pois, segundo MAURICIO GODINHO

³³ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 142

³⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. Princípios de direito do trabalho. In: SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de direito do trabalho. 17ª ed. atual. Até 30.04.97, por Arnaldo Sússekind e João de Lima Teixeira Filho. – São Paulo: LTr, 1997, p. 154.

³⁵ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de direito do trabalho; tradução de Wagner D. Giglio. – 3. ed. atual. – São Paulo: LTr, 2000, p. 107

DELGADO esta regra já está englobada na regra da norma mais favorável, sendo, portanto, redundante³⁶. A segunda crítica é no método de aplicação desta regra.

Para a doutrina clássica, a aplicação desta revela-se apenas como método interpretativo, que materializa uma das formas de realização do Princípio da Proteção. Baseado nesta técnica, o intérprete verifica o texto legal e busca o melhor sentido da norma, o que supostamente deveria atender a vontade do legislador. Todavia, este raciocínio, segundo ALDACY RACHID COUTINHO:

[...] A proteção não é e nem pode ser uma condicionante do resultado da interpretação, onde se quer chegar, mas o ponto de partida. É a précompreensão. O motivo conceitual a partir do qual a cadeia de sentidos se instala. O sentido não é extirpado, retirado, descoberto, revelado, mas projetado pelo intérprete; ao projetar-se, atribuindo o sentido, a proteção deve estar presente como um a priori de sentido. É o princípio reitor do sistema, que não vale tão só na dúvida, mas SEMPRE. [...] A proteção que se pretende é muito mais ampla do que se propõe com a regra *in dubio*. O intérprete não parte do texto gráfico para chegar à proteção; ele parte da proteção, como fundamento (princípio reitor) e condição de possibilidade no processo hermenêutico para chegar à norma.³⁷

Ainda que a regra do *in dubio pro operário* esteja atualmente sob contestação, fato é que a doutrina clássica ainda é amplamente dominante e é bastante aplicada nos Tribunais do Trabalho.

Ressalte-se, ainda, o entendimento de SÉRGIO PINTO MARTINS, mais voltado à área processual do trabalho, quando diz que a regra “não se aplica integralmente ao processo do trabalho, pois havendo dúvida, à primeira vista, não se poderia decidir em favor do trabalhador, mas verificar quem tem o ônus

³⁶ Neste sentido é a posição de Maurício Godinho Delgado, que atribui tríplice dimensão ao conceito de “norma mais favorável” (informadora, interpretativa/normativa e hierarquizante). Assim, a questão referente à escolha do melhor sentido de uma norma encerra-se em sua dimensão interpretativa, de modo que a aplicação do *in dubio pro operario* seria uma simples repetição daquilo que já prescreve a norma mais favorável. DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 210.

da prova no caso concreto, de acordo com as especificações dos arts. 333 do CPC (atual art. 373, CPC) e 818 da CLT³⁸.

3.2.2 A regra da norma mais favorável ao trabalhador

A regra da norma mais favorável está, segundo SÉRGIO PINTO MARTINS implícita no *caput* do art. 7º da Constituição Federal, quando prescreve “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”³⁹.

Novamente a doutrina clássica de PLÁ RODRIGUEZ assegura que esta regra surge quando “existem várias normas aplicáveis a uma mesma situação jurídica.”⁴⁰

Em resumo: quando houver várias normas que regulem um mesmo assunto, é necessário que o operador do Direito opte pela aplicação de uma delas somente e esta deve ser a regra mais favorável ao trabalhador.

Ressalte-se que as normas trabalhistas possuem alguns traços particulares de consagrar níveis mínimos de proteção, de modo em que não há impedimento para que outras normas elevem esses níveis, ainda que sejam hierarquicamente inferiores⁴¹. Assim, não se trata de desrespeito à pirâmide kelsiana, por exemplo.

Tampouco pode-se falar que ao aplicar uma norma de valor hierárquico menor em detrimento de uma norma constitucional, por exemplo, poderia colocar a Lei Maior em cheque. De modo algum, até porque a própria Carta Magna consagra a regra da norma mais favorável em seu artigo 7º, quando insere em seu *caput* a expressão “além de outros (direitos) que visem à melhoria de sua condição social”.

Veja que a aplicação deste preceito nada mais é do que a contribuição para a realização dos princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho.

³⁷ COUTINHO, Aldacy Rachid. Propostas para uma ressignificação do princípio da proteção.

³⁸ MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 72

³⁹ Art. 7º, Constituição Federal: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social

⁴⁰ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de direito do trabalho; tradução de Wagner D. Giglio. – 3. ed. atual. – São Paulo: LTr, 2000, p. 123.

⁴¹ Idem, p. 123

Portanto, preferir uma norma infraconstitucional mais favorável é válido. E mais, independente da hierarquia da lei, se a norma é favorável e vigente no ordenamento jurídico ela deve ser aplicada.

A título de exemplo podemos dizer que pode-se aplicar tratados internacionais em que o Brasil é signatário e foram ratificados, caso seja mais favorável do que uma lei ordinária interna.

Por derradeiro a doutrina formulou três critérios para a escolha da norma mais favorável: o da acumulação (atomista), o do conglobamento (conjunto) e o do conglobamento por institutos (orgânico ou conglobamento mitigado), sendo este último, segundo o entendimento de ALICE MONTEIRO DE BARROS, a opção do nosso ordenamento jurídico⁴².

3.2.3 A regra da condição mais benéfica ao trabalhador

A regra da condição mais benéfica ao trabalhador “pressupõe a existência de uma situação concreta, anteriormente reconhecida, e determina que ela deve ser respeitada na medida em que seja mais favorável ao trabalhador que a nova norma aplicável⁴³”.

Para SÉRGIO PINTO MARTINS:

A condição mais benéfica ao trabalhador deve ser entendida como o fato de que vantagens já conquistadas, que são mais benéficas ao trabalhador, não podem ser modificadas para pior. É a aplicação da regra do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, Constituição Federal), do fato de que o trabalhador já ter conquistado certo direito, o que não pode ser modificado, no sentido de se outorgar uma condição desfavorável ao obreiro (art. 468, CLT).

⁴² BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 142.

⁴³ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de direito do trabalho; tradução de Wagner D. Giglio. – 3. ed. atual. – São Paulo: LTr, 2000, p. 131

A nosso ver, a regra da condição mais favorável se difere da regra da norma mais favorável ao trabalhador na medida em que aquela é direcionada à cláusulas contratuais ou regulamentos internos das empresas, informando no sentido de que as situações mais vantajosas podem ser modificadas apenas se vierem cláusulas posteriores que beneficiem os trabalhadores.

O que se verifica, portanto, com essa norma é que se vislumbra coibir a atuação dos empregadores no sentido de arbitrar regras novas que piorem a condição dos empregados. Isso, durante a história, como vimos, foi uma grande conquista da classe trabalhadora e nada mais nobre do que consagrar essa vitória baseada neste princípio.

Um exemplo clássico desta norma está presente na Súmula 51, I, do TST que reza:

As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento

Logo, uma cláusula menos favorável aos trabalhadores só terá validade para os novos, admitidos e não se projeta aos antigos, por força da regra da condição mais benéfica traduzida na Súmula retro transcrita.

3.3 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NA ATUALIDADE

Muito se diz, atualmente, que o Direito do Trabalho é um direito que protege o trabalhador em detrimento do empresariado. E que ele “serve” apenas para defender o trabalhador a qualquer custo.

Em que pese o argumento supra, temos que não passa de uma falácia.

Como já vimos anteriormente, o princípio da proteção nada mais é do que um ideal de compensação jurídica ao desequilíbrio socioeconômico e de poder na relação contratual trabalhista entre empregado (que detém o poder) e empregador.

Vimos, ainda, quão importante é o princípio protetor, de modo a manter viva a ideia de um ambiente de trabalho, cada dia mais salubre, mais harmônico, mais saudável.

Não fosse o princípio mor em comento, talvez, teríamos ainda no século atual aquele pensamento de produção a qualquer custo trazido pela Revolução Industrial, desconsiderando que o trabalhador é um ser humano e merece seus devidos cuidados.

Além disso, o princípio da proteção não se traduz apenas nas três regras que demonstramos acima.

Na definição clássica, obviamente, o princípio da proteção se subdivide em três pequenos princípios (repita-se: na regra do *in dubio pro operário*, na regra da norma mais favorável ao trabalhador e na regra da condição mais favorável ao obreiro).

Todavia, dizer que o princípio da proteção é tão somente a aplicação desses três subprincípios seria menosprezar ou amesquinhar um princípio ultra importante à classe trabalhadora. Entendemos que o princípio da proteção transcende o ideal de aplicação da doutrina clássica do uruguaio AMÉRICO PLÁ RODRIGUES, sendo muito mais do que a mera projeção destes três princípios menores.

Quem embasa este argumento de que o princípio da proteção é muito maior é ARNALDO SUSSEKIND, quando dizia que “o princípio da proteção do trabalhador resulta das normas imperativas e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a intervenção básica do Estado nas relações de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia da vontade⁴⁴”.

E mais. Há quem defenda, e ainda concordamos com este entendimento, que o princípio da proteção abrange todos os princípios especiais do Direito Individual do Trabalho.

Nas palavras de MAURICIO GODINHO DELGADO:

⁴⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. Princípios de direito do trabalho. In: SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de direito do trabalho. 17ª ed. atual. Até 30.04.97, por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. – São Paulo: LTr, 1997, p. 152-153

O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializados de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se afirmar que sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente.⁴⁵

E continua:

Na verdade a noção de tutela obreira e de retificação jurídica da reconhecida desigualdade socioeconômica e de poder entre os sujeitos da relação de emprego (ideia inerente ao princípio protetor) não se desdobra apenas nas três citadas dimensões. Ela abrange, essencialmente, quase todos (senão todos) os princípios especiais do Direito Individual do Trabalho. Como excluir essa noção do princípio da imperatividade das normas trabalhistas? Ou do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas? Ou do princípio da inalterabilidade contratual lesiva? Ou da proposição relativa à continuidade de emprego? (...) Todos esses outros princípios especiais também criam, no âmbito de sua abrangência, uma proteção especial aos interesses contratuais obreiros, buscando retificar, juridicamente, uma diferença prática de poder e influência econômica e social entre os sujeitos da relação empregatícia.

Deste modo, o princípio tutelar não se desdobraria em apenas três outros, mas seria inspirador amplo de todo o complexo de regras, princípios e institutos que compõem este ramos jurídico especializado.⁴⁶

⁴⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 196/197

Assim, parte importante da doutrina aponta este princípio como o cardeal do Direito do Trabalho, por influir em toda a estrutura e características próprias do Direito trabalhista. É mais do que um mero princípio, mas sim um princípio norteador e inspirador, tratado como verdadeira fonte de todo o ordenamento jurídico justrabalhista.

⁴⁶ Idem: p. 196/197

4 EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Em que pese a importância e relevância do princípio protetor já discutida amplamente nos tópicos anteriores é importante ressaltar que o princípio em comento sofre algumas críticas e opiniões divergentes por parte dos autores e pensadores do Direito.

A nós, não nos resta dúvidas de que é de suma importância a aplicação deste princípio, uma vez que este nasceu junto com o Direito do Trabalho em um momento onde o empregado era refém das condições impostas pelo empregador, sem que houvesse qualquer regra ou norma que os amparassem. Portanto, a proteção do trabalho está, há muito tempo, intrínseca nas normas principalmente de patamar constitucional.

No entanto, em função da globalização e das mudanças ocorridas nos últimos tempos que afetaram o mercado econômico fizeram com que as empresas não mais concorresse apenas no âmbito nacional, mas também na faceta mundial. Em decorrência dessa forte concorrência, agora não mais apenas com empresas internas, muitas dessas tiveram que fechar suas portas e encerrar suas atividades, pois não eram capazes de concorrer com as empresas de fora.

Isso fez com que o Princípio da Proteção sofresse algumas críticas, uma vez que há quem diga que fora em função dessas normas protetoras trabalhistas que as empresas não conseguiram dar continuidade aos seus trabalhos e concorrer de forma competitiva com as outras empresas mundo afora.

Mas essas críticas feitas por muitos autores não querem, por exemplo, a extinção e não aplicação total deste princípio cardeal. Aliás, muito pelo contrário. O que se pretende é uma aplicação adequada aos tempos atuais, uma vez que o princípio protetor não se “atualizou” com o tempo e não se moldou ante às alterações mundiais sofridas nas últimas décadas.

Quando dizemos “muito pelo contrário” queremos enfatizar que o empregado, em tese, ainda continua sendo a parte mais fraca da relação de

emprego. Todavia, o que se verifica é que nem toda empresa possui condição tão superior quanto nos primórdios do Direito trabalhista.

E mais. Quando dizemos “em tese” significa que muito tipo de trabalhador possui, atualmente, condições de debater de igual para igual seu contrato de trabalho. Principalmente altos executivos ou cargos de gestão, por exemplo, são capazes de possuir essa característica.

Todavia, o grosso, ainda possui a característica de “contrato de adesão” praticamente. Portanto, para estes, o princípio protetor deve ser ainda mais valorizado em comparação com aqueles altos executivos acima citados.

Nos próximos tópicos traremos algumas opiniões divergentes do princípio em comento, bem como a conclusão sobre a eficácia do princípio da proteção nos dias atuais.

4.1 OPINIÕES DIVERGENTES

Como já dissemos supra, o princípio da proteção, apesar do cediço reconhecimento de sua existência, sofre algumas críticas por parte de alguns autores sobre sua aplicação. Seja porque entendem que não deve ser aplicado nos dias atuais, seja por acreditarem em uma possível mitigação aplicativa.

AMÉRICO PLÁ RODRIGUEZ⁴⁷ cita alguns autores que divergem sobre o assunto.

Para J. Pinto Antunes, o princípio da proteção afeta o sistema capitalista, uma vez que atinge a pessoa jurídica. Sustenta que em caso de dúvida, se julgar a favor do empregado (*in dubio pro operário*), estar-se-á julgando contra o interesse público. Isso porque o processo de produção capitalista de produção e do sistema empresarial de concorrência, o trabalho está subordinado à iniciativa, direção e organização do capital. Por conseqüente “seria inconstitucional o princípio do *in dubio*, pelo empregado, porque seria contrário às bases fundamentais do regime econômico e político”⁴⁸. Para ele, decidir em caso de

⁴⁷ RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de direito do trabalho. 3^a ed. Atual. São Paulo: LTr, 2000, p. 90 a 98

⁴⁸ *idem*

dúvida pelo trabalhador é atuar contra a letra e o espírito do regime, e julgar contra a vontade do Estado.

Outra opinião divergente é de Alípio Silveira, que conclui igualmente sobre a máxima dúvida, dizendo que sua aplicação é falsa baseada nas seguintes considerações:

- 1) a finalidade do Direito do Trabalho. Modernamente - sustenta esse autor - essa finalidade é o equilíbrio de interesses entre empregadores e empregados, não se limitando à proteção absoluta e exclusiva do trabalhador;
- 2) os interesses da empresa, que são de importância fundamental. Não é possível sacrificar os interesses da empresa para salvaguardar um único empregado, mesmo que todos os outros empregados sofram;
- 3) o bem comum. Segundo o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, não se deve sacrificar o interesse público a qualquer interesse de classe ou particular. Coincide com o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, pelo qual o juiz deve atender, na aplicação da lei, os fins sociais e às exigências do bem comum; e
- 4) a equidade. Se a dúvida não pode ser resolvida pelos processos comuns de hermenêutica, somente será permitido decidir a favor do trabalhador se disso não resultar grave prejuízo para o interesse da empresa (considerada em conjunto) ou para o bem comum⁴⁹

Rodriguez ainda cita o autor argentino Héctor Ruiz Moreno, que dizia ser necessário o princípio da proteção nos primórdios da relação de emprego, quando era muito evidente a fraqueza do trabalhador. Atualmente, aduz que é questionável a existência deste princípio em face do fortalecimento do trabalhador devido ao poder dos sindicatos.

Para Airon Saião, o Direito do Trabalho, atualmente, não pretende mais proteger exclusivamente o trabalhador, mas sim estabelecer a paz social, normatizando a relação entre empregado e empregador. Cita, ainda, o artigo 8º

⁴⁹ idem

da CLT e admite que ao invés de normas trabalhistas mais rígidas deva surgir certa flexibilização, com o objetivo de beneficiar a produção, que, conseqüentemente, geram efeitos para os próprios empregados.

Em que pese às duras críticas feitas pelos autores supra citados, Plá Rodriguez se assegura que há fragilidade na argumentação de cada um dos autores.

No que concerne ao argumento derivado da manutenção do regime capitalista, esse princípio não questiona a capacidade de decisão, na empresa, do proprietário do capital. Justamente o Direito do Trabalho se aplica ao pessoal subordinado, o que está ratificando o reconhecimento de que o poder de direção da empresa está em mãos do empregador.

Mas isso nada tem a ver com o princípio em exame. Trata-se, isto sim, de saber se as normas aprovadas com um propósito protetor devem interpretar-se e aplicar-se, ou não, de acordo com esse propósito inspirador.

Quanto ao argumento derivado da finalidade do Direito do Trabalho, não é exato que seu objeto seja estabelecer o equilíbrio das partes da relação de trabalho. Esse equilíbrio resulta do fortalecimento e do apoio, isto é, da proteção do elemento trabalhador, graças ao qual pode situar-se no mesmo nível que a parte contrária. Ou seja, a paridade resulta da proteção. E essa proteção, que tem o sentido de uma desigualdade compensatória de outras desigualdades, transcende a atitude do legislador para projetar-se na tarefa do intérprete.

Quanto ao argumento derivado da importância da estabilidade e prosperidade da empresa, deve-se ter presente que esse fator teve que ser contemplado pelo legislador para não onerá-la com cargas insuportáveis. Essas determinações do legislador deverão ser respeitadas porque, como logo veremos, esse princípio não autoriza a contrariar o conteúdo da lei, mas justamente o contrário: interpretar sua letra, à luz do espírito da lei, ou seja, de sua própria razão de ser.

Por isso, a imensa maioria dos autores acolhe, com maior ou menor amplitude, esse princípio.

Incluiremos também entre as vozes divergentes o autor argentino Héctor Ruiz Moreno, embora sua divergência seja menos frontal que a dos tratadistas brasileiros a que nos referimos. Na realidade, a tese de Ruiz Moreno faz um reparo de caráter temporal. Não nega a justificativa do princípio nos primórdios da disciplina, por considerar que, nesse primeiro tempo, havia uma desigualdade entre as partes em decorrência da fraqueza do trabalhador. Mas questiona a permanência do princípio num período, como o atual, em que a desigualdade desapareceu, graças ao fortalecimento da posição do trabalhador resultante da união e do poder que os sindicatos adquiriram.

Sem negar a procedência da observação, pois indiscutivelmente o sindicalismo tem contribuído decisivamente para o equilíbrio das partes, cremos que o abandono do princípio de proteção, proposto por esse autor, deve ser considerado prematuro.

Há ainda muitos setores trabalhistas não sindicalizados ou nos quais o grau de sindicalização é muito baixo. Por isso, justifica-se a manutenção do princípio de proteção para amparar e proteger todo o amplo setor trabalhista que não desfruta do respaldo sindical. Além disso, a manutenção do princípio não prejudica os setores plenamente sindicalizados, uma vez que estes não costumam resolver seus problemas por via judicial - onde é costume utilizar-se desses princípios -, mas à mesa de negociação.

Mas, na perspectiva atual, cabe observar outra consideração nascida do exame dos fatos sociais. Ninguém duvida de que, nos últimos anos, tem aumentado a desocupação em quase todos os países, o que tem gerado, como consequência inevitável, o enfraquecimento dos sindicatos. Nestas condições, não se pode negar que foi restabelecida, na sua forma mais crua, a desigualdade entre as partes e a necessidade da proteção da parte mais fraca.

Mais preocupantes são duas opiniões, também de autores brasileiros, muito atuais e de muito prestígio, que questionam o raciocínio que gerou o princípio de proteção. É certo que não atacam o princípio de proteção como tal, mas conferem categoria de princípio a algumas das regras dele decorrentes; e, sobretudo, a argumentação que expõem e que questiona a fundamentação do princípio.

Refiro-me, em primeiro lugar, a Octavio Bueno Magano que, no X Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho, realizado em Montevideu, em abril de 1989, referindo-se à determinação da norma mais favorável, depois de expor o alcance dessa regra e a forma de aplicá-la, assim se expressou:

"O princípio da norma mais favorável harmonizava-se com a visão weberiana do mundo do trabalho, concebida como sociedade-máquina, totalmente burocratizada, racionalizada, na qual cada indivíduo funciona como engrenagem dessa máquina.

"Emerge dessa visão um trabalho despersonalizado, sem poder e sem vontade, que é preciso proteger de uma maneira sistemática e uniforme, por meio de uma legislação rígida e impostergável. A lei protecionista não pode deixar de ser aplicada, constituindo o mínimo de proteção ao qual eventualmente se somam cláusulas de convenções coletivas ou de decisões normativas provenientes da Justiça do Trabalho, desde que mais favoráveis.

"Acontece que o modelo de sociedade industrial, recém-descrito, vai paulatinamente cedendo o lugar ao da sociedade tecnológica.

"Tecnologia significa a sistemática aplicação da ciência a atividades de ordem prática. Pode-se dizer, mais analiticamente, que a tecnologia significa, geralmente, automação, a saber, produção sem interferência do fator humano ou com sua mínima interferência possível, atribuindo-se ao trabalhador apenas tarefas de alimentação e controle; significa a substituição de tarefas respectivas por processo integrado e interativo, baseado em modelos da informática; significa que a atividade do trabalhador não recai mais na materialidade do trabalho ou na habilidade no uso de máquinas e ferramentas e, sim, no controle do sistema produtivo; significa que, na maioria das vezes, ele não maneja, não toca e não vê a matéria a ser transformada, senão por meio de um sistema de televisão de circuito fechado".

E, partindo do avanço tecnológico, chega à flexibilização, cujo aparecimento e desenvolvimento são por ele descritos. Afirma então: "Na perspectiva do Direito do Trabalho flexibilizado, já não se pode dizer que o princípio a norma mais favorável seja o aspecto de maior relevo desta disciplina".

E termina com esta conclusão: "Do exposto se deduz que o conceito da norma mais favorável já não pode ser considerado como princípio formador do Direito do Trabalho... A idéia da norma mais favorável deve dar lugar, ao longo do tempo, à noção do interesse predominante do trabalhador, reconhecido pelo grupo profissional a que pertence, de modo que suas condições de trabalho possam ser modificadas *in melius* ou *in pejus*, conforme as circunstâncias".

A posição de Bueno Magano - como sempre muito inteligente e documentada - tem, a meu ver, a fraqueza de apresentar esta evolução como um processo global e unilinear⁵⁰.

Fato é que é impossível prever como seria o Direito do Trabalho sem a aplicação do Princípio protetor. Não seríamos capazes de saber, hoje em dia, se ao não aplicar o princípio cardeal da proteção, qual seria a situação dos trabalhadores.

A nós, parece claro que a aplicação deste princípio é essencial para a existência do Direito Trabalhista e das condições mínimas de trabalho aos obreiros.

Não concordamos com os autores que criticam a não aplicação do *in dubio pro operário*, ante à fragilidade alegada por Rodriguez.

Todavia, no que tange à mitigação da aplicabilidade do princípio protetor, em primeira análise, em certos casos específicos concordamos.

4.2 MITIGAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Frisando o que já afirmamos nos tópicos anteriores, nem sempre o trabalhador está em condições de inferioridade absoluta ao patrão.

4.2.1 Casos específicos

⁵⁰ idem

Há casos em que o empregador também é parte “frágil”, que detém poucos recursos financeiros, podendo em certos casos serem até mais vulneráveis do que o empregado.

Um exemplo disso ocorreu em um julgamento feito pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) onde a 1ª turma entendeu que o empregador, um dono de uma banca de jornais em Curitiba (PR), comprovou ter dificuldades para pagar as custas processuais e concedeu, também a ele, a benesse da justiça gratuita.

Superadas as fases anteriores onde não fora reconhecido o benefício pelo Tribunal Regional da 9ª Região, no TST, o microempresário declarou de próprio punho ser pobre e não ter condições de pagar as custas do processo sem prejuízo de seu próprio sustento e de seus familiares. O Relator do caso, Luciano Castinho, entendeu que o TRT do Paraná tirou do empregador o direito à ampla defesa, impedindo-o de discutir a condenação imposta pela Vara do Trabalho. Afirma, o ministro, ainda, que a Constituição em seu artigo 5º, LXXIV assegura a assistência jurídica integral e gratuita dos estados aos que comprovem insuficiência de recursos, “sem fazer qualquer distinção entre pessoas físicas e jurídicas” (RR 728.010/2001).

Outro caso interessante sobre o assunto aconteceu na Justiça do Trabalho de Quixodá (CE):

Diante do pretório, o empregado e o patrão, ambos com sintoma de infinita pobreza; o primeiro reclama soma elevada de diferença salarial, 13º, férias, horas extras, salário-família, indenização de Antigüidade, anotações de CTPS; o reclamado não sabe sequer se manifestar em contestação, limita-se a dizer que não tem condição financeira para pagar qualquer indenização, mesmo com prejuízo do sustento próprio e da família (claro que expresso em linguagem coloquial); o JuizPresidente propõe a conciliação e para a surpresa de todos, o reclamado oferece a bodega ao reclamante na condição de este o empregar com carteira assinada e salário-mínimo. O reclamante

rejeitou a proposta, dizendo que a bodega (contra a qual reclamava) não suportava tal encargo.⁵¹

O que se verifica, nos casos acima, nada mais é do que uma certa relativização da aplicação do princípio da proteção.

Não há como se afirmar que apenas o empregado é hipossuficiente. A hipossuficiência é recíproca e, portanto, o empregador já está – sem a aplicação da proteção ao empregado – em pé de igualdade jurídica na relação jurídica.

A nosso ver, aplicando o princípio protetor no exemplo citado supra, estar-se-á deixando o empregador, por mais incrível que possa parecer, em desvantagem absurda com relação ao obreiro.

Por isso somos contra a aplicação absoluta do princípio da proteção. Em certos casos, como nos ilustrados acima, a aplicação deste princípio deve ser mitigado a ponto de estabelecer, de fato, o equilíbrio jurídico entre empregador e empregado.

Nesse sentido, AMARAL aduz:

Neste caso, não se pode afirmar de forma absoluta que o empregado seja a parte hipossuficiente da relação jurídica, razão pela qual, em determinadas situações, a aplicação do princípio deve ser mitigada, tendo em vista o fato de que a hipossuficiência é recíproca.⁵²

Do mesmo modo, o autor ainda diz que nem sempre na relação entre empregador e empregado, o empregado é hipossuficiente. Há situações em que o empregado, seja por ter recebido uma herança, seja por exercer mais de uma atividade laboral ou qualquer outro motivo, apode encontrar-se em situação financeira, pelo menos, melhor do que a do empregador:

⁵¹ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Limitações à aplicação do princípio da proteção no direito do trabalho. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/73089/2001_amaral_julio_limitacoes_aplicacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁵² idem

Aliás, reconhecendo que, em determinadas ocasiões, o hipossuficiente da relação nem sempre é o empregado, basta lembrar que a subordinação que se exige como requisito para a caracterização da relação de emprego não é econômica, mas jurídica. Não é difícil encontrar situações em que o empregado, por diversas razões (outra fonte de renda, economias, herança etc.), possui condições econômicas melhores que o seu empregador⁵³

4.2.2 *Micro e Pequenas Empresas*

Outro exemplo real que poderíamos pensar em que o empregador e empregado já estão em mesmas condições, uma vez que o empregador também é hipossuficiente, são os casos das empresas e pequeno porte e/ou microempresas. Estas empresas nem sempre estão em condições financeiras tão superiores ao empregado como na “regra geral”.

Isso porque nestas “pequenas empresas” o capital social, muitas vezes, é limitado, mas mesmo assim contribui para a geração de empregos.

É fato notório que a grande maioria dos empregos oferecidos no Brasil derivam dessas “pequenas empresas”.

Sabendo disso, o Brasil adota um tratamento diferenciado, que não vamos detalhar neste trabalho, pois não é questão primordial. Apenas é válido ressaltar que as Leis 8864/94, 9317/96 e 9841/99 trazem benefícios administrativos, tributários, previdenciários, etc. Entretanto, na área trabalhista, não atingem diretamente ao princípio da proteção:

No que se refere ao regime previdenciário e trabalhista, o artigo 10 da lei 9.841, de 5 de outubro de 1999, prevê que o Poder Executivo estabelecerá procedimentos simplificados para o cumprimento da legislação previdenciária e trabalhista, bem como a eliminação de exigências burocráticas e obrigações acessórias que sejam incompatíveis com o tratamento simplificado preconizado pela lei, dispensando, a seguir, pelo artigo 11, o cumprimento das obrigações

⁵³ idem

acessórias, a que se referem os artigos 74, 135, § 2º, 360, 429 e 628, § 1º da CLT⁵⁴

O que é válido ressaltar sobre a questão das micro e pequenas empresas é que a proteção é necessária, mas deve-se ter consciência de que proteção demais desprotege. Um pequeno ou microempreendedor não recebe incentivo de empregar se o princípio protetor atuar de forma absoluta em face do trabalhador e em detrimento, portanto, da empresa.

Vivemos em época de recesso econômico. E não há como negar que os cortes de gastos e despesas por parte do empresariado é uma realidade e, não é incomum que, vislumbrando diminuir custos, o empregador diminua seu quadro de funcionários.

Este é um dos motivos, ao nosso ver, de que o país a cada dia que passa consegue manter menos postos de trabalhos.

Daí a necessidade do incentivo ao empresariado, sem que haja desproteção ao trabalhador obviamente. Não queremos, por óbvio, retroceder aos tempos de trabalhos extremamente extenuantes, totalmente insalubres e com jornadas exorbitantes.

Além disso, conforme alega o próprio RENATO RUA DE ALMEIDA, a ausência de preocupação com a distinção trabalhista entre multinacionais e “pequenas empresas” (no geral) é um dos grandes vilões para o surgimento da informalidade (trabalho informal).⁵⁵

Um estudo feito pelo Professor José Pastore da Universidade de São Paulo, demonstrou que a principal causa de aumento do trabalho informal se dá pela falta de legislação trabalhista diferenciada para pequenas empresas (lato senso). No estudo, descobriu-se que a principal causa disso é que não há diferença na legislação trabalhista para as mega e microempresas, desconhecendo suas diferenças para repassar custos e preços para enfrentar a

⁵⁴ ALMEIDA, Renato Rua de. A pequena empresa e os novos paradigmas do direito do trabalho. Revista do Advogado, São Paulo, SP, n. 60, p. 89-96, set. 2000

burocracia da contratação legal. Dos 75 milhões de brasileiros que trabalham, cerca de 60% dos trabalhadores, à época do estudo, estavam na informalidade.⁵⁶

Não há como negar que a dependência é recíproca: o empregado é dependente do empregador e este precisa do trabalhador. Sem postos de trabalho não há emprego. Sem trabalhadores a economia (essencialmente a capitalista) não gira.

Portanto, chega a ser até leviano pensar em aplicar cegamente o princípio protetor.

4.2.3 *Plano coletivo*

No plano individual os exemplos de casos reais trazidos acima são capazes de desenhar e elucidar que em algumas hipóteses a aplicação mitigada do princípio da proteção se torna sadia. Em que pese serem casos esparsos é válido elucidar a título de demonstrar que não são hipóteses absurdas ou exemplos apenas encontrados em livros. São fatos reais, acontecimentos realizados perante a Justiça especializada trabalhista, ainda que não ocorra hodiernamente.

Mas, no plano coletivo, ainda se torna mais visível que a aplicação mitigada do princípio protetor se torna viável. Explicaremos nas linhas abaixo.

A prática trabalhista é uma batalha diária e sabemos muito bem disso. De um lado os patrões criticam dos encargos trabalhistas e os empregados reivindicam melhores salários e condições de trabalho, fazendo muitas vezes legítimos atos para dar força aos seus anseios (greve, por exemplo).

Essa batalha supra citada ocorre justamente por isso. Os interesses, na seara trabalhista, são conflitantes e sempre que houver qualquer mudança em favor de um ou outro lado, a parte que se sentir prejudicada irá manifestar sua indignação.

⁵⁵ ALMEIDA, Renato Rua de. A pequena empresa e os novos paradigmas do direito do trabalho. Revista do Advogado, São Paulo, SP, n. 60, p. 89-96, set. 2000, p. 203

⁵⁶ idem

E está tão incrustado o princípio da proteção nas normas trabalhistas e até mesmo no pensamento dos sindicalistas e trabalhadores, que muitas vezes a proteção é tanta, que acaba desprotegendo o empregado.

Sabemos que ultimamente a crise econômica tem afetado quase todos os setores e isso influi intensamente no pagamento de salário dos trabalhadores. Uma pesquisa feita pela Fipe (Função Instituto de Pesquisas Econômicas) apontou que no primeiro semestre de 2016 triplicou o número de acordos entre patrões e sindicatos para redução dos salários e da jornada de trabalho, se comparado com 2015⁵⁷. E mais, as indústrias metalúrgicas, que eram as que mais empregava no início dos anos 90, sozinhas, lideraram esse ranking com 212 acordos feitos.

Com a recessão sofrida nos últimos anos, principalmente, essa acabou sendo uma realidade brasileira: acordos são feitos para redução de salário e jornada de trabalho em troca da manutenção dos postos de trabalho.

Chegou a ser tão preocupante a situação que o governo federal até concedeu um Programa de Proteção ao Emprego, que prevê a redução de jornada e salário, para as empresas que estão em dia com as obrigações trabalhistas, dentre outros requisitos.

A atuação dos sindicatos, nesses casos, são de extrema importância. Porém, eles devem pensar na vida de cada trabalhador e não cegamente em não ceder para que não se “flexibilize” normas trabalhistas.

Ora, de que adianta o sindicato dos metalúrgicos, por exemplo, não abrir mão da diminuição jornada de trabalho e consequentemente de porcentagem dos salários dos trabalhadores, se, caso isso ocorra, a empresa for obrigada a demitir centenas deles? Ou pior, a empresa poderia até fechar suas portas e não conseguir sequer arcar com as verbas rescisórias. Não seria melhor a empresa conseguir segurar, até passar a recessão, o maior número de empregados

possíveis, ainda que trabalhem menos e recebam menos, a fim de garantir o posto de trabalho que sustenta centenas de famílias?

Muitas vezes pensamos que abrir mão de direitos trabalhistas é um retrocesso. Todavia, acreditamos com muita certeza que, em certos casos (como este) abrir mão de algum direito trabalhista é o menos importante. É mais valioso manter centenas de postos de trabalho do que manter centenas de pessoas desempregadas.

Até porque é fato notório que muitas famílias brasileiras dependem destes proletariados. Famílias com até 5 ou 6 pessoas tem como renda exclusiva o trabalhador braçal de uma multinacional, por exemplo.

O Brasil conta com, atualmente, 12,3 milhões de desempregados, o equivalente a população de São Paulo. Este número é recorde desde 2012. Nos últimos 2 anos o número de brasileiros desempregados quase dobrou⁵⁸.

É evidente que a flexibilização das normas laborais têm que ser analisada com muito esmero, vez que não pode ser utilizada como um mecanismo de escusa dos empregadores para inadimplemento das normas trabalhistas, mas sim como uma solução cabível para a sobrevivência tanto das empresas como dos postos de trabalho.

E flexibilizar as normas trabalhistas não é tão absurdo assim. A própria CF/88 possibilita essa mitigação, obviamente, sempre respeitando as conquistas dos trabalhadores adquiridas durante os anos que passaram, quando prestigia a negociação coletiva, obedecendo cumprimento à Convenção 154 da OIT.

Sobre este assunto, o próprio STF decidiu, em julgamento inovador, que o negociado é válido sobre o legislado (RE 895.759). Ou seja, se há uma negociação coletiva, onde estão preenchidos todos os requisitos para sua validade, ela deve prevalecer sobre a lei.

4.2.4 Pontuações finais

⁵⁸ Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/01/desempregados-no-brasil-quase-dobram-nos-ultimos-dois-anos.html>

Em resumo, entendemos que conceder proteção ao trabalhador sem analisar cada caso em específico pode não ser a melhor solução.

Neste capítulo demonstramos vários casos em que a aplicação do princípio protetor de forma abrupta poderia causar diversos prejuízos aos trabalhadores.

O que pregamos é a aplicação deste princípio protetivo com uma certa dosagem, a fim de realmente obter condição isonômica fática entre empregado e empregador. A aplicação deste deve ser pautada com base na sensatez, razoabilidade e proporcionalidade.

Além do mais, o art. 5º da CF/88, *caput*, prega pela isonomia:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...

Lembremos do exemplo citado pouco antes sobre o ocorrido na Justiça Trabalhista de Quixadá (CE). Aplicando o princípio protetor ao trabalhador, naquele caso, não seria conceder a isonomia pregada pela Carta Magna.

Destarte, o princípio da proteção não pode, pura e simplesmente, apenas beneficiar o empregado. Deve ser verificado o caso em concreto, apurando se realmente este é a parte hipossuficiente, sob pena de, inclusive, deixar o próprio empregado em posição jurídica/econômica/financeira superior ao de seu empregador. O que se vislumbra é a igualdade de condições, a fim de se ter harmonia nos direitos e deveres recíprocos, sem que haja vantagem ou desvantagem absurda de qualquer das partes.

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho procuramos expor de forma mais clara possível a evidente importância para o ordenamento jurídico justicialista do princípio da proteção. Para isso, foi preciso dar uma pequena aprofundada nos conceitos básicos de princípio (no geral) e de breve, porém importantíssimo estudo pela história do direito do trabalho. Tudo para poder adentrar realmente ao tema do princípio da proteção, que é específico do Direito do Trabalho.

Certamente muito mais poderia ser dito ou exposto, mas o importante é que seja captada a ideia central acerca deste princípio, que é uma realidade vigorante no âmbito do Direito laboral.

É tão importante o princípio protetor no sentido de vislumbrar reequilibrar as situações nítidas de desigualdades, fornecendo orientações e caminhos para alcance de uma igualdade material, que os principais autores nacionais, apesar de talvez criticá-lo, jamais negam sua existência.

O trabalho sempre foi inerente ao ser humano e nasceu com ele como meio de sobrevivência. Todavia, como vimos no primeiro Capítulo, sempre foi visto como algo penoso, árduo e vezes até como forma de castigo (bem como sugere a etimologia da palavra).

Para piorar a situação dos trabalhadores, com a Revolução Industrial, que foi grande responsável pela mudança histórica brusca nos meios produtivos, estes laboravam em ambientes com condições precárias, insalubres, com pouca iluminação e péssimas condições de higiene, tendo ainda que trabalhar com jornadas diárias extenuantes, tudo isso para receber um ínfimo salário que muitas vezes era a única fonte de sustento de uma família inteira.

Aliás, as próprias famílias começaram a trabalhar nas fabricas, que na época tinham até crianças trabalhando.

Se as condições de trabalho para um adulto já chegavam a simplesmente ignorar os direitos humanitários, para uma criança então chegava a ser facilmente cruel.

E mais. Como trabalhavam nessas condições desumanas (crianças, homens e mulheres) não era difícil sofrerem acidentes de trabalho e terem parte de seus corpos decepados sem que nenhuma indenização fosse paga, nem pelo membro cortado, tampouco pelo tempo afastado do trabalho.

Verificando essas atrocidades contra o ser humano trabalhador, começaram a surgir as primeiras legislações de proteção ao trabalhador. As mais importantes, neste sentido, foram as Constituições Mexicana e Alemã, que incluíram em seu contexto dispositivos que protegiam os obreiros. Após algum tempo surgiram a OIT, bem como outros fatos e acontecimentos históricos importantes que relatamos no tópico específico sobre o tema.

No Brasil não foi diferente. Com o Estado tratando de tutelar e proteger os direitos mínimos dos empregados no mundo todo, logo surgiram as primeiras leis brasileiras também no mesmo sentido, criando então o Direito do Trabalho nos moldes conhecidos atualmente.

Historicamente falando o trabalhador sempre esteve em situação desigual ao empregador. Evidente que o empregador, ainda mais se analisarmos os acontecimentos históricos, sempre possuiu mais poder do que o empregado: seja financeiramente, seja economicamente, socialmente ou na questão de poder de barganha.

É uma questão consagrada pelos acontecimentos passados: o empregador sempre foi hipossuficiente se relacionarmos aos patrões. Daí a necessidade de proteger o trabalhador no contrato de trabalho.

O Direito Trabalhista, verificando a existência de uma parte mais vulnerável, acertadamente previu seu princípio protetor, justamente para tutelar a parte mais fraca a fim de que esta fique em situação de igualdade com seu “opositor” – o empregador.

Aliás, esta é o grande desafio do Direito: proteger a parte mais fraca a fim prestigiar o princípio da igualdade constitucionalmente prevista.

Justamente por esse motivo surgiu o princípio da proteção, cujo intuito é certamente nivelar as condições do trabalhador, fazendo com que este seja tratado de forma isonômica na relação do contrato de trabalho, o que não acontecia noutras épocas (como na Revolução Industrial, por exemplo).

Todavia, alguns estudiosos do Direito Trabalhista afirmam que o princípio protetor tem passado por uma certa crise, uma vez que, resumidamente, não há hoje mais a força e relevância que existia quando as normas eram escassas. E por isso não se justificaria a aplicação deste princípio, já que não possui mais tanta aplicação.

Entretanto, neste trabalho concluímos que este pensamento não se justifica, uma vez que aniquilar o princípio da proteção significara fazer com que os contratos de trabalho sejam regulados pelo direito Comum. Isso traria prejuízos irreparáveis aos trabalhadores, uma vez que a autonomia da vontade pregada pelo Direito Civil não se aplica às relações de trabalho e, portanto, poderíamos retroceder à época da Revolução Industrial.

Concluímos ainda que o mencionado princípio, apesar de ser importantíssimo e vigente no Direito Trabalhista, deve ser utilizado pautado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. É o que tratamos no presente trabalho como “aplicação na forma mitigada”.

Assim, compartilhamos o entendimento de aplicação do princípio da proteção, bem como de seus três subprincípios do: a) *in dubio pro operário*; b) princípio da norma mais favorável e c) princípio da condição mais benéfica.

Todavia, a aplicação desse princípio deve incidir de forma a não prejudicar a parte empregadora, de forma a tornar este a parte hipossuficiente. Não é esse o intuito do princípio. O que se vislumbra é uma relação contratual com condições niveladas entre empregado e empregador.

Também não podemos pensar na aplicação do princípio da proteção de forma absoluta, sendo tão incisiva que traga até prejuízo aos próprios trabalhadores.

O Direito do Trabalho encontra-se em uma condição mais aprimorada e muito mais evoluída que em tempos passados, de forma que não se justificaria nem o afastamento do princípio protetor, tampouco sua aplicação de forma absoluta e irrestrita, sendo aplicado cegamente independentemente do caso em específico.

Por exemplo, a proteção não pode ser tanta que atinja a empresa a ponto de ela resolver encerrar suas atividades, devido à desigualdade de condições agora conferida pelo direito justralhista.

Lembrando que no Brasil não existem apenas empresas gigantes. Quando falamos “empresas” certamente associamos às multinacionais presentes diariamente nos comerciais televisivos. Todavia, sabemos que a grande massa empregadora e geradora de fonte de trabalho são as pequenas e microempresas.

O Direito, portanto, deve buscar o equilíbrio sensato: nem tanto ao empregador, nem tanto ao empregado. Nada justificaria a aplicação do princípio protetor a um empregado que já está em condição igual ao seu empregador, colocando aquele em condição jurídica superior a este. Também não justifica a aplicação do princípio em comento de forma a fazer com que a empresa feche seu estabelecimento, deixando centenas de empregados agora na zona da informalidade. Em nenhum caso destes citados supra há vantagens para qualquer das partes.

Vale lembrar o caso acontecido na justiça do trabalho de Quixadá (CE), no qual verifica-se que ambas as partes são hipossuficientes e aplicar o princípio da proteção apenas para privilegiar o empregado não se verifica razoável, pois onera demasiadamente a parte contrária a ponto de prejudicar seu próprio sustento, bem como a saúde da pequena empresa.

Frise-se, novamente, a função principal do princípio em estudo é equilibrar a relação contratual de trabalho, não de privilegiar exclusivamente o empregado.

Por isso, algumas vezes (na maioria delas, aliás) se justifica a aplicação deste princípio basilar das relações contratuais trabalhistas. Porém, noutras vezes, ela se faz desnecessária. Ressalte-se que este está diretamente associado ao princípio da isonomia consagrado na CF/88.

E por estar atrelado ao princípio da isonomia, pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual. Dar tratamento isonômico é justamente tratar igualmente os iguais e desigualmente os iguais, na exata medida de suas desigualdades.

Assim, concluímos que conforme o caso o princípio da proteção se aplica ou não. Mais uma vez, é o que tratamos como aplicação “mitigada” do princípio da proteção. Em determinados casos ele se torna extremamente importante e merece seu prestígio e aplicação. Em outros casos, pelo contrário, ele deve simplesmente ser descartado, pois a questão isonômica já está prevalecendo.

Portanto é imperiosa a reformulação da aplicabilidade do princípio protetor para que se produza a eficácia necessária. É imprescindível uma releitura da concepção de igualdade subjetiva em face da nova realidade existente nas estruturas trabalhistas, para que em cada caso concreto seja verificado uma medida proporcional e razoável de aplicação do princípio em comento de modo que não haja precarização ou hipossuficiência de qualquer das partes na relação contratual justralhista.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MARTINS, Sérgio Pinto. Curso de Direito do Trabalho. 31ª ed., São Paulo: Atlas, 2015

GALLART FOLCH, Alejandro. Derecho español del trabajo. Barcelona: Labor, 1936

SÜSSEKIND, Arnaldo. Curso de direito do trabalho. 3. ed. rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2010

MORAES, Evaristo de. Apontamentos de direito operário. 4. ed. São Paulo: LTr, 1998

VIANA, Márcio Túlio. 70 anos de CLT: uma história de trabalhadores. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2013

HOUAISS, Antônio, *et alii*. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001

DELGADO, Mauricio Godinho. Principios do direito individual e coletivo do trabalho. São Paulo: LTR, 2001

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 29ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007

RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2000, 3ª edição

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. – 11ª ed. – São Paulo: LTr, 2013

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. – 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina. 1993

SILVA, Luiz Pinho Pedreira da. Principiologia do direito do trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Limitações à aplicação do princípio da proteção no direito do trabalho. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/73089/2001_amaral_julio_limitacoes_aplicacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

ALMEIDA, Renato Rua de. A pequena empresa e os novos paradigmas do direito do trabalho. Revista do Advogado, São Paulo, SP

Reportagem disponível em http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2016/08/12/internas_economia,793357/para-manter-empregos.shtml

Reportagem Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/01/desempregados-no-brasil-quase-dobram-nos-ultimos-dois-anos.html>

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. Compêndio de direito do trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1976.

_____. Curso de direito do trabalho. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Iniciação ao direito do trabalho. 27ª ed. São Paulo: LTr, 2001.