

Arquivos do

INSTITUTO
Brasileiro de Direito Social
CESARINO
JÚNIOR



**O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO
DE CESARINO JUNIOR A
ARION ROMITA**

Vol. 33 - 2009

**ARQUIVOS DO
INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL
CESARINO JÚNIOR**

Nº 33 - 2009

**O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO: DE *CESARINO JR*
A *ARION ROMITA***

Sumário

À Guisa de Apresentação.....	7
MARLY A. CARDONE	
1. O Princípio da Proteção e sua Nova Arquitetura Jurídica.....	15
LUIZ CARLOS AMORIM ROBOTELLA ANTONIO GALVÃO PERES	
2. O Princípio Protetor no Direito do Trabalho: Ainda necessário, nos dias que correm, como foi outrora?.....	39
FRANCISCO ALBERTO DA MOTTA PEIXOTO GIORDANI	
3. Princípio da proteção revisitado.....	71
RODRIGO LYCHOWSKI	
4. A Nova Princípiologia Protetiva no Contrato de Emprego: A Visão Promocional dos Direitos Humanos Fundamentais.....	85
RENATO DE ALMEIDA OLIVEIRA MUÇOUÇAH	
5. A Proteção Trabalhista-Constitucional.....	135
LUIZ MARCELO FIGUEIRAS DE GÓIS	

**INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL
CESARINO JÚNIOR**

Seção Brasileira da “*Société Internationale de
Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*” - SIDTSS

Av. Paulista, 726, 1º a./cj.102 - CEP 01310-910 - SP - Fone/fax 3285-0372
www.institutocesarinjunior.org.br - icj@uol.com.br

*As opiniões e textos dos trabalhos aqui publicados são de exclusiva
responsabilidade de seus autores.*

CONSELHO DIRETOR DO *IBDSCJ*
(Mandato 2008 a 2011)

Presidente:

Prof. Dr. ARION SAYAO ROMITA
(RJ)

Vice-presidentes:

Des. ANNA BRITO DA ROCHA ACKER
(TRT/1ª R)

Prof. Dr. RENATO RUA DE ALMEIDA
(PUC/SP e adv.)

Des. ODETE DE ALMEIDA ALVES
(TRT/8ªR)

Des. ALCINO B. DE FELIZOLA SOARES
(TRT/5ªR)

Secretária-executiva:

Profª Drª MARLY A. CARDONE
(USP/Adv)

Secretário:

VAGO

1º Tesoureiro:

Dr. MARCIO FERREZIN CUSTODIO
(Adv. em SP, mestrando em Direito do Trabalho Univ. Mackenzie)

2º Tesoureiro:

Des. TOBIAS DE MACEDO FILHO
(TRT/9ªR)

À GUISA DE APRESENTAÇÃO

A proposta para que o número de 2009 da revista ARQUIVOS DO IBDSJC tratasse exclusivamente do “Princípio da proteção” partiu do fato de que o referido princípio sempre foi o *leit motiv* do Direito do Trabalho. Contudo, recentemente, entre nós, o Prof. ARIONSAYÃO ROMITA tem sustentado o absurdo de sua existência, conforme se verifica em seus trabalhos, pela ordem cronológica de publicação: *Direito e Justiça - lucubrações etimológicas (algo fútil) sobre o princípio de proteção*, in Revista LTr, janeiro/09, pag. 20; *O princípio da proteção em xeque*, Editora Ltr, 2003.

No termo inicial a obra de CESARINO JUNIOR, sistematizador do Direito Social no Brasil, formulador da “*teoria da hipossuficiência*”, seu suporte para a existência do referido princípio ⁽¹⁾.

O princípio da proteção foi informador da elaboração das primeiras leis trabalhistas, para compensar com uma superioridade jurídica a inferioridade econômica do trabalhador frente ao empregador (GALLART FOLCH). Ainda hoje norteia o legislador.

Dizia CESARINO JUNIOR: “*A tendência do Direito Moderno de encarar as diversas circunstâncias em que os homens se apresentam fez sobressair uma diferença fundamental existente entre eles: a econômica. Do ponto de vista econômico, os homens se dividem em proprietários e não proprietários, isto é, ricos e pobres. Aos não proprietários, que só possuem sua força de trabalho, denominamos hipossuficientes*” ⁽¹⁾.

Elevar a posição do hipossuficiente, mediante normas que equilibram a relação de emprego, é uma forma de se fazer JUSTIÇA, que é o valor máximo que o Direito busca realizar.

A teoria da *hipossuficiência* foi, *mutatis mutandis*, agasalhada contemporaneamente pelo direito do consumidor, por causa da vulnerabilidade deste diante do produtor de bens ou serviços ou o seu comerciante, segundo preleciona JOÃO BATISTA DE ALMEIDA, *verbis*:

“Hoje há consenso universal acerca da vulnerabilidade do consumidor. Não se questiona mais sobre esse ponto. Em todos os países do mundo ocidental já há esse reconhecimento. E a ONU já se pronunciou claramente a respeito do assunto: na Resolução n. 30/248, de 10 de abril de 1985, reconheceu que os consumidores se depararam (sic) com desequilíbrio em termos econômicos, nível educacional e poder aquisitivo, o que conflita com o direito de acesso a produtos e serviços seguros e inofensivos (normas, item 1). Parece indubitável que a expressão “desequilíbrio” usada na resolução tem o significado de hipossuficiência e, pois, vulnerabilidade” (grifo nosso)⁽²⁾.

Ainda que se admita, como faz CLAUDIA LIMA MARQUES e OUTROS, com base em “novos estudos europeus”, que se deve distinguir a noção de vulnerabilidade de sua base filosófica, assentada, esta, no princípio da igualdade ou desigualdade entre sujeitos, que “.....é uma visão macro, do homem e da sociedade, noção mais objetiva e consolidada” enquanto que “.....a vulnerabilidade é filha deste princípio, mas noção flexível e não consolidada, que apresenta traços de subjetividade, que a caracterizam”, a conclusão é que a vulnerabilidade “.....é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva (Fiechter-Boulevard, Rapport, p.324), que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a explicação destas regras ou da atuação do legislador (Fiechter-Boulevard, Rapport, p. 328), é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação das normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa” ⁽³⁾ (grifos nossos).

Palavras muito similares a estas são encontradas em todos os livros de Direito do Trabalho, especialmente ao contar sua história e seus fundamentos.

No século XXI o que mudou essencialmente ?

Para tentar responder vamos partir de algumas premissas.

Se existe contrato de trabalho existe subordinação, seja ela encarada no aspecto objetivo ou subjetivo, como diz ARION SAYÃO ROMITA, *verbis*:

“Tem-se a subordinação quando as modalidades da prestação de trabalho são determinadas pelo empresário e devem ser seguidas pelos trabalhadores. - Fixando o conceito objetivo de subordinação chega-se à assertiva de que ela consiste em integração da atividade do trabalhador na organização da empresa mediante um vínculo contratualmente estabelecido, em virtude do qual o empregado aceita a determinação, pelo empregador, das modalidades de prestação de trabalho” ⁽⁴⁾.

Ou, como disse CESARINO JUNIOR, com nossa colaboração:

“A subordinação não é da pessoa do trabalhador ao empregador, mas sim da prestação de serviços, de maneira que o empregador pode suscitar ou interromper a referida prestação de trabalho, como diz BALELLA, seja quando chama a atenção de um empregado que lê jornal, ou quando determina que todos vão para a casa, porque deseja fazer um feriado” ⁽⁵⁾.

Ainda relembando os clássicos, LUISA RIVA SANSEVERINO frisa que, quanto mais se intelectualiza ou espiritualiza o trabalho mais rarefeita fica a subordinação, pois surge uma maior confiança por parte do empregador no empregado e uma conseqüente maior consciência dele quanto aos fins da empresa ⁽⁶⁾.

Com a predominância da tecnologia em vários setores da empresa, mesmo nas micro, pequenas e médias (MPM), a mesma lição de LUISA RIVA SANSEVERINO pode ser aplicada: se o trabalho é tecnicamente qualificado a subordinação se rarefaz.

Quem observa a produção nas MPM empresas sabe que nenhuma delas, diretamente, ou por preposto, renuncia ao poder acima descrito, que revela a subordinação do trabalhador. Nestas MPM, geralmente, o próprio dono, ou um deles, trabalha ao lado dos empregados.

A violação das normas autônomas ou heterônomas que regulam a relação de emprego, ditadas todas pelo princípio da proteção, é fato denunciado frequentemente e de conhecimento generalizado dos que militam na esfera trabalhista.

Ainda em outubro de 2009 a FOLHA DE SÃO PAULO publicou extensa matéria com o título: “*FUNCIONÁRIO “VIRA” SÓCIO PARA EMPRESA DRIBLAR FISCO - Companhias mascaram vínculo de emprego oferecendo pequena participação na sociedade*”⁽⁷⁾.

Foi entrevistado o Ministério Público do Trabalho que relatou a realização de Termos de Ajustamento de Conduta com “*escritórios, centros médicos, escolas e outras empresas para pedir a contratação de funcionários*” (sic). Como se pode inferir, todas MPM.

A Superintendência Regional do Trabalho também foi ouvida e, por seu coordenador do grupo de combate a fraudes e à terceirização, LUIZ ALEXANDRE FARIA, relatou o que todos sabemos: são tratados como sócios ou autônomos trabalhadores que são colaboradores *subordinados*.

É nas micro, pequenas e médias empresas que prevalece o trabalho subordinado, muito embora algumas pratiquem a terceirização lícita, e são elas que ocupam quase a metade da mão-de-obra entre nós.

Vejamos o seguinte quadro:

Emprego formal segundo o tamanho do estabelecimento (medido em número de empregados) – RAIS 2006/2007

Tamanho (em nº de empregados)	2006			2007			Variação 2007/2006	
	Emprego	Porcentagem	Porcent Acum	Emprego	Porcentagem	Porcent Acum	Absoluta	Percentual
Até 4	3110988	8,8%	8,8%	3191057	8,5%	8,5%	80069	2,6%
5 a 9	2880734	8,2%	17,0%	3008577	8,0%	16,5%	127843	4,4%
10 a 19	3199514	9,1%	26,1%	3371636	9,0%	25,5%	172122	5,4%
20 a 49	4010532	11,4%	37,6%	4281128	11,4%	36,8%	270596	6,7%
50 a 99	2812360	8,0%	45,6%	3033454	8,1%	44,9%	221094	7,9%
100 a 249	3696936	10,5%	56,1%	3913944	10,4%	55,3%	217008	5,9%
250 a 499	3150686	9,0%	65,0%	3356854	8,9%	64,2%	206168	6,5%
500 a 999	3080722	8,8%	73,8%	3306226	8,8%	73,0%	225504	7,3%
1000 ou +	9212777	26,2%	100,0%	10144554	27,0%	100,0%	931777	10,1%
Total	35155249	100,0%		37607430	100,0%		2452181	7,0%

Conclui-se que, em 2007, **44,9%** da força de trabalho estava ocupada em empresas com até 99 empregados (*www.mte.gov.br*).

Por dados de 2006 do SEBRAE-SP 98% dos estabelecimentos no Estado eram de micro e pequenas empresas, situação que pode ter se alterado em 2009, mas não de forma substancial (*www.sebraesp.com.br*).

Não há estatísticas disponíveis na Justiça do Trabalho para se conhecer qual a parte que estas empresas ocupam como geradores de reclamações trabalhistas. Existem apenas números referentes a reclamações distribuídas em 2008 por setor da economia, o que nos permite fazer o seguinte exercício.

Tomando-se como fato que boa parte das MPM empresas estão na área de serviços, teremos o seguinte quadro para o percentual de reclamações neste setor:

Comércio.....	13,0%
Educação, cultura e lazer.....	2,6%
Turismo, hospitalidade e alimentação.....	4,2%
Serviços diversos.....	16,1%
Total.....	35,9%

(*www.tst.jus.br*)

Considerando-se, que na porcentagem de reclamações provenientes de indústrias, parte deve se referir a MPM empresas, facilmente se pode chegar a **40% do total de ações ajuizadas em 2008, de trabalhadores de MPM empresas.**

Se prevalecesse a ampla liberdade contratual, sem um mínimo de normas “protetivas”, tudo o que tivesse sido combinado entre MPM empresas e trabalhadores seria lícito.

Se Justiça é *alterum non laedere e suum cuique tribuere* parece razoável que ao estabelecer o legislador um mínimo de garantias ao trabalhador subordinado evita que o esforço dele não seja minimamente compensado e que a renda do empreendimento fique exclusivamente com o empresário.

Este caráter protecionista prevalece, também, no Direito Coletivo do Trabalho, que é denominado por CESARINO JUNIOR de autoproteção ⁽⁸⁾.

Afinal, para que foram criados os sindicatos? Para melhorar as garantias mínimas, negociando com o empregador ou o sindicato patronal e, mais uma vez, para fazer JUSTIÇA, a fim de que os frutos colhidos pelo progresso da empresa não sejam apropriados exclusivamente pelo empresário.

Por esta razão, pelo art.620 da CLT prevalecem as normas da convenção coletiva sobre as do acordo coletivo, se aquelas são mais favoráveis ao empregado. Pelo mesmo fundamento de proteção do trabalhador, é nula de pleno direito qualquer cláusula do contrato individual de trabalho que contrarie estipulação mais favorável de convenção ou acordo coletivo (CLT, art. 619).

Na negociação coletiva, todavia, é possível alterar, aparentemente, *in peius* condição do contrato individual. Dizemos aparentemente eis que na negociação deve haver uma troca, ou seja, cede-se em um tópico para ganhar em outro. É o que sucede, por exemplo, na redução do salário permitida pela Constituição Federal, mediante negociação coletiva

(art. 7º., inciso VI). O autêntico sindicato só irá negociar uma redução do salário se isto for para preservar empregos, postos de trabalho. Em outras palavras, para **garantir o emprego** - um bem maior - o sindicato aceita a redução salarial, vale dizer, preferível salário menor do que nenhum salário.

Ainda, nesta hipótese, protege-se o trabalhador com a manutenção de alguma renda.

Registre-se, ademais, o enfraquecimento dos sindicatos nos países centrais, devido a causas diversas, muito bem analisadas por ARMANDO BOITO JUNIOR ⁽⁹⁾ e, entre nós, a escassa organização das categorias ligadas aos serviços, especialmente os referentes à MPM.

Todo o dito acima não elimina a possibilidade de serem criados sistemas alternativos de “*proteção social*” - sempre proteção - para os casos em que os empregadores desejem transferir sua responsabilidade por violação das normas trabalhistas a um terceiro, que seria uma espécie de segurador.

Ficam aqui estas, e as demais reflexões produzidas por alguns de nossos associados, que se sentiram estimulados a escrever sobre o tema, para que cada um possa formar o seu juízo.

MARLY A. CARDONE
Secretária Executiva

Notas

¹ “Direito Social”, LTR, 1993, pag. 31 a 44.

² Cf., entre outros JOÃO BATISTA DE ALMEIDA, “A proteção jurídica do consumidor”, Editora Saraiva, 2ª Ed., 2000, págs. 23/24.

³ “Comentários ao Código de Defesa do Consumidor”, Ed. Revista dos Tribunais, 2003, pág. 120.

⁴ “A subordinação no contrato de trabalho”, Forense, RJ, 1979, págs. 76 e 82.

- ⁵ A.F.CESARINO JUNIOR e MARLY A. CARDONE, “*Direito Social*”, LTr, 1993, pág. 120 e, anteriormente, MARLY A. CARDONE, “*Viajantes e praticistas no Direito do Trabalho*”, desde sua primeira edição pela Revista dos Tribunais, 1963, pág. 20.
- ⁶ “*Il contratto individuali di lavoro*”, no TRATTATO DI DIRITTO DEL LAVORO, Padua, 1953, vol. II, pag. 20.
- ⁷ FOLHA DE SÃO PAULO de 27 de setembro do corrente ano de 2009, caderno “Dinheiro”.
- ⁸ No conceito de CESARINO JUNIOR o Direito Coletivo do Trabalho trata da autoproteção dos empregados, enquanto o Direito Individual ocupa-se da heteroproteção. Cf. “*Direito Social*”, LTr, 1993, pág.42.
- ⁹ In “*Além da Fábrica - trabalhadores, sindicatos e a nova questão social*”, coletânea de estudos organizada por MARCO AURÉLIO SANTANA e JOSÉ RICARDO CAMARGO, sociólogo e cientista político, respectivamente, Boitempo Editorial, 2003, págs.323 e seguintes. ARMANDO BOITO JR é professor livre-docente do Departamento de Ciencia Política da UNICAMP.

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E SUA NOVA ARQUITETURA JURÍDICA

Luiz Carlos Amorim Robortella (*)

Antonio Galvão Peres (**)

1. Introdução

As tendências do mercado de trabalho, nos países ricos e emergentes, apontam para novas formas de contratação, distintas da relação de emprego clássica.

Os novos perfis da atividade econômica, as novas tecnologias, a crescente qualificação e requalificação profissional dos trabalhadores instalam um processo criativo de inserção no trabalho que vai paulatinamente se distanciando da subordinação jurídica.

(*) Advogado – Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo – Professor do Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie (1974-1995) - Professor Titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado (2000/2008 – Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho (cadeira n. 91) – Membro do Instituto Latino Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Membro da Asociación - Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social “Cesarino Jr”, seção brasileira da Societé Internationale du Droit du Travail et de la Sécurité Social.

(**) Advogado – Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo – Professor Adjunto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado – Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Membro Pesquisador do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior.

Proliferam contratos civis envolvendo a atividade humana em múltiplas dimensões e exibindo como parte nos contratos tanto pessoas físicas como jurídicas.

A liberdade de iniciativa e de contratar, valores essenciais à atividade dos trabalhadores de alta qualificação, assim como a necessidade de imprimir segurança jurídica aos contratos e à vontade das partes, como pressupostos necessários ao desenvolvimento social e econômico, constituem o tema deste estudo.

2. Novos paradigmas do Direito do Trabalho

O direito do trabalho foi elaborado basicamente para a proteção dos trabalhadores no regime capitalista de produção. Com a evolução e construção científica da disciplina, armou-se uma estrutura de proteção voltada fundamentalmente para os empregados e empregadores.

O princípio da proteção é um dos fundamentos dogmáticos da disciplina. Modernamente, todavia, está dogmaticamente atualizado tanto na concepção quanto na técnica jurídica, em face das enormes modificações na realidade do mercado de trabalho, que se mostra cada vez mais heterogêneo, como reconhece EDOARDO GHERA ¹.

Além disto, a legislação do trabalho definitivamente assumiu seu papel no estímulo à criação e competitividade das empresas no amplo mercado global, assim como à geração de trabalho. Na França, o acordo nacional interprofissional de janeiro de 2008 tem o evidente objetivo de harmonizar a legislação social com a necessária competitividade das empresas, pressuposto para gerar mais empregos, como diz BERNARD TEYSSIÉ ²:

¹ GHERA, Edoardo. *La cuestión de la subordinación entre modelos tradicionales y nuevas proposiciones*. Debate Laboral. n.4. São José da Costa Rica, 1989. p. 48-54.

² TEYSSIÉ, Bernard. *Un nouveau droit de la relation du travail – Avant-propos*, *Droit Social*, n. 6. junho 2008, p. 62/624.

“Intégrer l’impératif de compétitivité dans la législation sociale française, et plus précisément dans la section ‘législation du travail’ tel est l’objectif, largement reçu (y compris, au-delà des discours officiels, dans des cercles a priori plus préoccupés de protection des salariés que de compétitivité de l’entreprise mais que on fini par admettre que sans compétitivité il n’est point d’entreprise, et sans entreprise il n’est point de salariés.”

A subordinação que, na doutrina clássica, como diz NELSON MANNRICH ³, “*é o traço essencial para estabelecer-se, com segurança, a diferença entre o contrato de trabalho e os demais tipos contratuais, especialmente o de prestação de serviços*”, tem menor relevância para as novas técnicas de proteção.

No estágio atual do mercado de trabalho, a linha divisória entre trabalho autônomo e subordinado é cada vez menos identificável, por conta das práticas gerenciais e das novas tecnologias, que esgarçam ou fazem desaparecer qualquer traço de submissão.

Os empregados são cada vez mais independentes. Os autônomos são cada vez mais dependentes.

O modelo de produção fordista, revelador da oposição *capital-trabalho*, cedeu espaço para novas formas de organização da produção, participativas e atreladas ao conhecimento.

Em certo sentido, quando se valoriza o acervo intelectual, o trabalhador detém, ele próprio, parcela decisiva dos *meios e modos de produção*, comprometendo a visão dicotômica tradicional.

Acirra-se a distinção entre subordinação técnica e jurídica. O conhecimento intelectual do trabalhador não permite mais mensurar sua capacidade produtiva em horas de trabalho ou peças produzidas. Esta nova realidade tem consequências diversas e por vezes antagônicas.

³ MANNRICH, Nelson. *A modernização do contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 119.

Assim, por exemplo, as vantagens da jornada flexível são frequentemente acompanhadas de cargas excessivas de tempo para a indispensável e permanente reciclagem ou requalificação profissional, que interessa ao trabalhador, às empresas e ao desenvolvimento tecnológico do país.

Sucedem que, quanto maior o nível de profissionalização e qualificação, mais largos os espaços de autonomia na realização do trabalho, tornando obscura, disfuncional ou pouco palpável a diferença entre trabalhador subordinado e trabalhador independente.

A respeito, diz ALICE MONTEIRO DE BARROS ⁴:

“As transformações no cenário econômico e social dos últimos anos, manifestadas por várias circunstâncias, entre as quais se situam a descentralização produtiva, a inovação tecnológica (informatização e automação) e o aparecimento de novas profissões advindas da transição de uma economia industrial para uma economia pós-industrial ou de serviços, contribuíram, segundo a doutrina, para colocar em crise a tradicional dicotomia: trabalho autônomo e trabalho subordinado. É que os modelos (ideais) típicos submetidos a esta dicotomia apresentam, frequentemente, dificuldades para solucionar as modificações que se operaram no cenário econômico e social”.

O problema é reconhecido nos mais diversos modelos jurídicos. Na França, foi objeto do conhecido Relatório BOISSONAT ⁵:

“Com a difusão das novas tecnologias operou-se uma mudança substancial do próprio conteúdo do trabalho e de sua organização, especialmente temporária. As principais referências anteriormente utilizadas para regular a relação de emprego muitas vezes desapareceram e, por isso, perderam sua pertinência. Assim, hoje:

⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *As relações de trabalho no espetáculo*. São Paulo: LTr, 2003. p. 49.

⁵ BOISSONAT, Jean. 2015 – *Horizontes do Trabalho e do Emprego*. São Paulo: LTr, 1998. p. 76.

- o vínculo de subordinação, critério distintivo do contrato de trabalho, se enfraquece ou se torna menos visível nos novos sistemas de prescrição das tarefas, nas novas organizações de horários e na evolução das relações hierárquicas, no mesmo instante em que, de outro lado, a autonomia de alguns trabalhadores independentes se reduz progressivamente, porque, de fato, dependem muitas vezes das empresas;

- as fronteiras jurídicas que limitavam o objeto do contrato de trabalho, atribuindo-lhe como conteúdo normal o trabalho de produção direta mensurado em tempo, distinto da pessoa do assalariado e em ligação direta com a atividade da empresa com fins lucrativos, são também embaralhadas por práticas cujo desenvolvimento acaba de ser indicado. Com efeito, a exigência de envolvimento da pessoa no trabalho e todas as novas formas de organização do trabalho implicam a imprecisão dos contornos ampliados do objeto do contrato de trabalho. 'Hoje são muitos os assalariados e principalmente os executivos que trabalham em função de resultados, o que, no final das contas, não está muito longe do trabalho autônomo (...)’ (...)'”.

Como se vê, com a rarefação ou até desaparecimento da subordinação em várias tarefas, é natural e cada vez mais frequente a escolha de outras modalidades de contratação.

Sendo essa a tendência do mercado de trabalho, não é razoável presumir a existência de relação de emprego, principalmente quando se está diante de formas de engajamento ou contratação expressamente contempladas na legislação civil, no direito societário ou empresarial.

Novas formas de prestação de serviços, muito vivas e pujantes no processo econômico, chocam-se com as raízes dogmáticas do direito do trabalho, fincadas na homogeneidade da classe trabalhadora e na tutela coletivista.

A tutela coletivista tradicional da legislação trabalhista brasileira oferece uma base de proteção a quem é empregado, mas exclui os demais, que trabalham sob regimes jurídicos diversos.

Em sua extraordinária obra, os professores CESARINO JR. e Marly Cardone, embora expressando o pensamento dominante à época, que concebia um direito do trabalho voltado ao empregado e empregador, reconhecem que, sob um ponto de vista lógico-científico, nele deveriam estar incluídas “*todas as formas de trabalho, tanto o trabalho subordinado, objeto do contrato individual de trabalho, como o trabalho autônomo, objeto do contrato de empreitada*”⁶.

Como se vê, a doutrina clássica já antecipava a tendência que se vai firmando consistentemente no atual campo dogmático, como sintetiza magistralmente ROMITA:

*“O conceito originário de emprego típico, jurisdicizado pela intermediação do contrato de trabalho clássico, desagrega-se, fragmenta-se, decompõe-se diante dos desafios dos novos tempos. As políticas de emprego, quer das próprias empresas quer do poder público, consagram novas formas de relações contratuais.....O direito do contrato de trabalho assume uma visão instrumental, posto a serviço de cada qual para atender a suas próprias finalidades. O resultado é uma diferenciação, uma sofisticação crescente das formas de emprego.....o denominado novo mercado de trabalho ganha terreno progressivamente sobre o antigo”*⁷.

Por tudo isto, o moderno princípio da proteção deve se harmonizar com a realidade do novo mercado de trabalho.

3. A heterogeneidade

O emprego não tem o protagonismo de décadas atrás. Ampliaram-se as formas de contratação do trabalho, com a revalorização dos contratos civis e a retomada do diálogo entre o direito do trabalho e o direito civil.

⁶ Cesarino Junior, Antonio Ferreira, Cardone, Marly, “*Direito Social*”, vol.I, 2ª. Ed., S. Paulo: LTr, 1993, pp. 99/100.

⁷ ROMITA, Arion Sayão, “*O princípio da proteção em cheque*”, S. Paulo, LTr, 2003, pp. 220/221.

A prestação de serviço, a empreitada e a subcontratação em geral assumem um papel de crescente relevo, criando um mercado recheado de relações atípicas e diferenciadas.

Vive-se a sociedade da informação. Quanto maior o conhecimento, o preparo intelectual e a informação do trabalhador, maiores os reflexos em suas relações contratuais de trabalho, que acabam escapando às noções tradicionais de poder de direção e subordinação.

O trabalhador com formação sofisticada, jovem, com elevado espírito empreendedor, mostra-se a cada dia menos confortável com os estreitos limites da relação de emprego.

Em 1961, dizia HANNAH ARENDT ⁸ que estamos nos encaminhando para uma sociedade de trabalhadores sem trabalho, pois este será cada vez menos importante do ponto de vista estritamente econômico, passando a ser um problema cultural e social.

A realidade exige o reconhecimento das desigualdades, com diferentes formas contratuais, adequadas aos diversos níveis e situações, a fim de que os desiguais sejam encarados em sua desigualdade.

Na grande empresa, ocorreu uma clara revolução dos serviços, expandindo as atividades terceirizadas. As grandes corporações vêm-se rodeadas de pequenas ou microempresas, voando como borboletas à sua volta.

Opta-se preferencialmente pelo mercado de bens ou serviços terceirizados, ao invés de contratar empregados.

As exigências de competitividade e qualidade, a globalização, as novas tecnologias, a sociedade da informação desconcentram o processo produtivo, valorizam o trabalhador de alta qualificação e estimulam novas formas de contratação de serviços.

⁸ Apud RIVERO LAMAS, J., “*El empleo y las relaciones laborales en el umbral del siglo XXI: una perspectiva comparada*”, Derecho del Trabajo n. 4. Buenos Aires: Ediciones La Ley, abr. 1998. p. 647.

4. Revisão dogmática

O direito do trabalho, embora voltado a proteger o empregado, como componente axiológico e teleológico inafastável, vê-se forçado a assumir outros valores econômicos e sociais.

Em sua moderna concepção, é um instrumento de síntese dos interesses comuns ao capital e ao trabalho: não se destina apenas a compensar a inferioridade econômica do trabalhador, mas também se abre para a organização da produção.

Além das atribuições tradicionais de proteção e redistribuição da riqueza, é um direito que se destina a incrementar a produção da riqueza e a regulação do mercado de trabalho.

Sua revisão dogmática é consequência desse importante papel na gestão econômica e social.

Por isto, aceita novas técnicas de proteção, sem perda de identidade e dos seus fundamentos filosóficos, políticos, sociais e econômicos.

Reconhece formas civis de prestação de serviços, reftreando sua clássica tendência expansionista e a tentação de inserir, dentro de um modelo estereotipado, a grande variedade de formas de exercício do trabalho.

5. A terceira revolução industrial

A segunda revolução industrial ocorreu no início do século XX, com a organização científica do trabalho e a produção em série, características do fordismo e do taylorismo.

TAYLOR, em Filadélfia, e FORD, em Detroit, partiram de alguns princípios fundamentais:

a) a especialização exaustiva do trabalhador, com poucos e elementares movimentos elementares;

- b) a padronização dos produtos e dos processos;
- c) a coordenação das tarefas.

Mas há diferenças: o taylorismo separa rigidamente a concepção e a execução do trabalho; o fordismo busca a produção em série e o consumo de massa. O empregado é produtor e consumidor ao mesmo tempo ⁹.

Estes sistemas à base de cadeias de montagem, em grandes unidades, com tarefas parcelizadas, são inadequados para a produção contemporânea.

A Terceira Revolução Industrial trouxe novas tecnologias nas áreas de informação, biotecnologia, microeletrônica, engenharia genética, fibras óticas, raios laser, robôs, telecomunicação.

A nova tecnologia constitui uma das alavancas do desenvolvimento econômico.

Tecnologia significa poder político e econômico.

Criam-se políticas de produção e difusão de tecnologia, mediante parceria entre entidades públicas e particulares.

A partir dos anos sessenta, as empresas passaram a utilizar estruturas menores, de mais baixo custo, com alto grau de especialização e conhecimento.

O trabalhador envolveu-se com tecnologias mais sofisticadas, que exigem versatilidade e polivalência.

O trabalho pós-industrial estabeleceu uma relação paradoxal, de criação e destruição, entre o homem e a tecnologia, substituindo o trabalho pelo capital.

A nova eletrônica transformou o próprio conceito espacial de escritório. O conceito agora é temporal, com o “escritório virtual”, ou seja, trabalhadores equipados com laptop, fax e telefone celular, que trabalham à distância, até mesmo em suas casas.

⁹ VENDRAMIN, Patricia e VALENDUC, “Gerard. *L’avenir du travail dans la société de l’information*”. Paris: L’Harmattan, 2000. p. 131.

Há os chamados “*bureaux d’atterrissage*” ou “*touchdown offices*” (“*hotelling*”), ou seja, escritórios alugados por dias ou horas, oferecidos em hotéis. A especialização gera pequenas unidades de produção, mediante redes de subcontratação, em lugar da produção de massa. No norte da Itália, há distritos industriais com redes descentralizadas de PME ¹⁰.

São as empresas-rede, com vasta variedade de subcontratações; empresas virtuais, na área de informática, atuam rodeadas de colaboradores independentes.

Até negociação coletiva se faz pela *internet*. O *Le Monde* noticiou a existência de um sindicato virtual ¹¹.

As tecnologias permitem maior autonomia do trabalhador. Busca-se o resultado do trabalho e não o controle do tempo dispendido.

Essa realidade exige formas mais flexíveis, ajustáveis às diferentes demandas empresariais.

Na Europa, a maioria dos empregos criados nos últimos anos tem sido a tempo parcial, duração temporária ou horários diferenciados, à noite ou apenas no fim de semana; ademais, cresce o número de trabalhadores autônomos ¹².

Esses mesmos autores assim classificam as formas atípicas:

a) tempo – parcial, fim de semana, flexível, à noite, mediante chamada etc.;

b) contrato – prazo determinado, partilha do posto de trabalho, anualização, zero hora (sem fixação da quantidade), interino ou precário, de inserção de jovens etc;

c) localização – escritórios satélites, trabalho móvel, escritórios hotéis, em domicílio, teletrabalho;

d) trabalho terceirizado – agência, autônomo, empresa fornecedora ¹³.

¹⁰ VENDRAMIN, P. e VALENDUC, G. *op. cit.*, p. 132.

¹¹ VENDRAMIN, P. e VALENDUC, G. *op. cit.*, p. 132-133.

¹² VENDRAMIN, P. e VALENDUC, G. *op. cit.*, p. 135.

¹³ VENDRAMIN, P. e VALENDUC, G. *op. cit.*, p. 136.

A respeito dos impactos das novas tecnologias, pode-se ser otimista ou pessimista.

O otimista exalta a autonomia, qualificação mais elevada, maior possibilidade de desenvolver outros relacionamentos profissionais e sociais, além de melhor qualidade de vida familiar.

O pessimista acha que a autonomia se converte em dependência, a flexibilidade do tempo de trabalho estende a jornada para os horários de vida em família, impedindo relações sociais melhores. Denuncia a criação de uma sociedade segmentada onde, fora do núcleo central, os trabalhadores são automatizados, alugados e subcontratados em função dos interesses do mercado e do custo do trabalho ¹⁴.

Todavia, em muitos casos, o empregado é mais independente tecnicamente, mas persiste a dependência econômica.

Fala-se na rendição dos trabalhadores que, atônitos, não sabem como reagir; os sindicatos estão enfraquecidos, contentando-se com acordos defensivos.

Mas a verdade é que a lógica econômica comanda as mudanças no mercado de trabalho e, por isto, não se pode adotar uma posição rígida, obscurantista e anti-tecnológica.

6. Crescimento do trabalho autônomo

O professor argentino ADRIÁN GOLDIN ¹⁵, ao cuidar do futuro do Direito do Trabalho, identificou um processo de deslaboralização dos prestadores de trabalho, especialmente na atividade intelectual.

¹⁴ VENDRAMIN, P. e VALENDUC, G. *op. cit.*, p. 41.

¹⁵ GOLDIN, Adrián. “*Ensayos sobre el futuro del Derecho del Trabajo*”. Buenos Aires: Zavalía, 1997. p. 76-77.

ANTONIO MONTEIRO FERNANDES ¹⁶ confirma, no direito lusitano, a inadequação das normas trabalhistas e a necessidade de uma trajetória interpretativa ou aplicativa que permita sua retificação funcional. Reconhece que há necessidade de uma regulação mais próxima da “diversidade das situações concretas e menos preocupada com a unicidade do paradigma de referência, hoje largamente obsoleto”.

Um relatório da Comissão das Comunidades Europeias a respeito das transformações do direito do trabalho, coordenado por ALAIN SUPIOT, confirma a tendência ao desaparecimento ou no mínimo transformação da subordinação fordista, que sempre caracterizou a relação de emprego.

Estas perspectivas, segundo o relatório, impõem novo debate:

“Les progrès de l’autonomie au travail sont la face heureuse des évolutions actuelles. Ils s’expliquent par le développement des nouvelles technologies, l’élévation du niveau de formation des travailleurs, les nouvelles méthodes de management participatif, etc. Partout où l’organisation en réseau tend à se substituer à l’organisation pyramidale, le pouvoir s’exerce de manière différente: par une évaluation des produits du travail, et non plus par une prescription de son contenu. Les salariés se trouvent ainsi davantage soumis à des obligations de résultat qu’à des obligations de moyens. (...) Un nombre croissant de travailleurs salariés opèrent ainsi dans des conditions que ne diffèrent pas sensiblement dans les faits du travail indépendant d’un sous-contractant.” ¹⁷

O relatório reconhece a tendência à redução do campo de aplicação do direito do trabalho que, embora não se afaste totalmente do conceito estrito de subordinação jurídica, como elemento

¹⁶ FERNANDES, Antonio Monteiro. “Um rumo para as leis laborais”. Coimbra: Almedina, 2002. p. 38-39.

¹⁷ SUPIOT, Alain. “Au-delà de l’emploi”. Paris: Flammarion, 1999. p. 36-37.

fundamental do regime de emprego, não pode ignorar a grande desenvoltura do trabalho autônomo ou independente. Textualmente, “cette tendance est le corollaire des politiques législatives et jurisprudentielles conduites pour ouvrir un espace plus large au travail indépendant”¹⁸.

A Lei Madelin, no direito francês, foi exemplo dessa preocupação, mitigando a presunção de existência de contrato de emprego quando há um outro tipo contratual expressamente escolhido pelas partes¹⁹.

O mesmo se vê no direito espanhol, segundo ANTONIO BAYLOS²⁰:

“(...) la presunción de existencia del contrato de trabajo reduce su virtualidad a los casos en los que las partes no han manifestado expresamente su voluntad de obligarse; cuando por el contrario se há elegido un tipo contractual no laboral (arrendamiento de servicios, contrato de agencia, de transporte, etc) solo se puede obtener la calificación de la relación como laboral mediante la prueba – sin presunción legal que la ahorre – de todos los presupuestos materiales de la misma.”

Evidentemente, essa tendência não significa admitir fraudes ou simulações. Valorizar o trabalho independente não é ignorar ou desprezar os princípios protetores do direito do trabalho, mas sim aplicá-lo às hipóteses e situações em que verdadeiramente se está diante de um trabalho em regime de subordinação.

¹⁸ SUPIOT, A. *op. cit.*, p. 41.

¹⁹ Veja-se a alteração do Código de Trabalho pela Lei 94-126 de 11 de fevereiro de 1994:

“Art. 49. Il est inséré, dans le code du travail, un article L. 120-3 ainsi rédigé: Art. L. 120-3. – Les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou après des unions pour le recouvrement des cotisations de sécurité sociale et des allocations familiales pour le recouvrement des cotisations d’allocations familiales sont présumées ne pas être liées par un contrat de travail dans l’exécution de l’activité donnant lieu à cette immatriculation. (...)”

²⁰ BAYLOS, Antonio. *“Derecho del trabajo: modelo para armar”*. Madrid: Trotta, 1991. p. 70.

A partir do relatório Supiot, segundo OTAVIO PINTO E SILVA²¹, há uma tendência à valorização do trabalho independente, mas, por outro lado, também sua desconsideração ou desvalorização “quando o recurso a essa modalidade de trabalho serve para expulsar do regime de proteção legal trabalhadores pouco qualificados e em situação de precariedade”.

Não há negar que é altamente recomendável o trabalho autônomo quando “libera as capacidades de inovação e adaptação de trabalhadores realmente independentes e que são frequentemente portadores de uma alta qualificação”²².

Trata-se, em última análise, de uma *delimitação externa* do direito do trabalho. Criam-se mecanismos para isolá-lo de outras formas contratuais que dele se aproximam, como forma de preservar as razões de sua especialidade.

Desse modo, é anacrônica e injusta a proteção trabalhista homogênea, que não enxerga diferenças entre os diversos prestadores de serviços. Tal homogeneidade pode criar uma espécie de “desigualdade mediante a igualdade”²³.

A bem da verdade, além da preocupação com uma *delimitação externa* do direito do trabalho, refratária aos tipos contratuais que não se conciliam com o conceito de subordinação, identifica-se também uma tendência à sua *fragmentação interna*, impondo tratamento diferenciado aos distintos tipos de trabalhadores subordinados, condizente com a heterogeneidade pós-fordista.

Há na França o *cadre*, que corresponde à definição legal do executivo; os *cadres* são afastados das normas gerais coletivas e têm de negociar individualmente suas condições de trabalho. A qualificação

²¹ SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p. 118.

²² SILVA, O. P. e. *op. cit.*, p. 119.

²³ PEDRAZZOLI, Marcelo. *Las nuevas formas de empleo y el concepto de subordinación o dependencia. Derecho del Trabajo*. n.19. Buenos Aires: La Ley, set. 1989. p.1481.

do *cadre* recai, na prática, conforme BERNARD TEYSSIE²⁴, no binômio *formação e função*. São trabalhadores altamente qualificados, investidos de poder de comando sobre subordinados. Exercem, por delegação, uma parcela da autoridade patronal.

Segundo BAYLOS²⁵, o ordenamento espanhol consagra duas manifestações muito expressivas de determinação das condições de trabalho pela autonomia individual.

A primeira está na regulamentação do rol de relações trabalhistas de caráter especial contido no artigo 2º do Estatuto dos Trabalhadores. Diz que o tema “*é especialmente claro quanto ao pessoal da alta direção e na relação especial de representação comercial, como figuras clássicas, mas é também predicado do trabalho doméstico e, em menor proporção, dos artistas em espetáculos públicos e esportistas profissionais*”²⁶.

A segunda consiste na exclusão, do âmbito das convenções coletivas, de certas categorias profissionais, o que normalmente corresponde ao trabalho de maior qualificação.

Esta prática tradicional espanhola remonta ao período anterior à crise econômica de meados dos anos setenta, mas se valorizou após a mesma.

O resultado é que esses empregados - de certa distinção, mas não tipicamente atrelados à direção - são excluídos da convenção coletiva e suas condições de trabalho devem ser reguladas pela via do acordo individual²⁷.

Há na Itália, por sua vez, os *dirigenti, quadri, impiegati e operari*²⁸, que também merecem específico tratamento.

²⁴ TEYSSIE, Bernard. *Droit du travail*. Paris: LITEC, 1980. p. 199.

²⁵ BAYLOS, A. *op. cit.*, p. 73.

²⁶ BAYLOS, A. *id.*, *loc. cit.*

²⁷ BAYLOS, A. *id.*, *loc. cit.*

²⁸ Artigo 2.095 c.c, alterado pela Lei n. 190, de 13 de maio de 1985.

A respeito dos *dirigenti*, diz LUISA GALANTINO não haver uma definição legal da categoria. Seus pressupostos, segundo a jurisprudência majoritária da Suprema Corte italiana, devem ser pesquisados nos contratos coletivos e subsidiariamente nos critérios da jurisprudência ²⁹.

Há, abaixo dos *dirigenti*, a categoria dos *quadri*. Segundo o artigo 2º da Lei n.º 190 de 1985, faz parte da categoria “o prestador de serviços subordinado que, não pertencendo à categoria dos *dirigenti*, possui função de caráter continuado de relevante importância para o desenvolvimento e consecução do objeto da empresa” (artigo 2º, 1). “Os requisitos para vinculação à categoria dos *quadri* são estabelecidos pela contratação coletiva nacional ou empresarial em relação a cada ramo de produção e à particular estrutura organizativa da empresa” (artigo 2º, 2) ³⁰.

A definição legislativa põe em evidência que a categoria dos *quadri* é intermediária à dos *dirigenti* e *impiegati* ³¹. Apesar dos direitos assegurados em normas coletivas, ensina GIOVANI NICOLINI que os *quadri* têm, em princípio, o mesmo tratamento legal dos *impiegati*, o que, entretanto, pode ser objeto de negociação coletiva. A disciplina destinada aos *quadri* é, assim, muito flexível; pelos contratos coletivos pode-se aproximá-la à dos *dirigenti* ³².

Feitas estas considerações, bem se vê que, em resposta aos novos paradigmas que confrontam o emprego típico, justifica-se ora a *redução*, ora a *adequação* do objeto e qualificação do contrato de trabalho.

No direito brasileiro, essas fontes de referência são importantes para demarcar os caminhos da evolução dogmática.

É perfeitamente aceitável a diferença de tratamento jurídico e nível de proteção para os diversos tipos de inserção do trabalho no mercado.

²⁹ GALANTINO, Luisa. *Diritto del lavoro*. Torino: G. Giappichelli, 1996. p. 278.

³⁰ GALANTINO, L. *op. cit.*, p. 279.

³¹ GALANTINO, L. *id.*, *loc. cit.*

³² NICOLINI, Giovanni. *Diritto del lavoro*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 264.

Profissionais de extrema especialização e conhecimento não podem ser submetidos à homogeneidade da legislação trabalhista, como se empregados fossem, quando, no livre exercício da autonomia da vontade, trabalham em regime de autonomia ou constituem empresas prestadoras de serviços.

Sua atividade não se desenvolve com subordinação jurídica; ao contrário, eles próprios determinam o conteúdo e as linhas centrais de suas tarefas.

Potencial ou efetivamente, aparecem também como empregadores ou tomadores de serviço, contratando e remunerando profissionais para a concretização de sua atividade empresarial.

Estes traços inviabilizam a formação de relação de emprego.

A lei 11.196/95 dispõe de forma expressa, embora pleonástica, sobre a contratação de pessoas jurídicas em certas atividades, o que é um avanço. Eis seu artigo 129:

“Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.”

O legislador, atento à heterogeneidade do mercado de trabalho, veda a presunção de existência da relação empregatícia que não é revelada no contrato ³³.

Merece destaque este acórdão do TRT de São Paulo:

³³ JOÃO, Paulo Sérgio. *Possibilidades e conflitos na contratação de profissionais constituídos em pessoa jurídica. Suplemento trabalhista. n. 5/06*. São Paulo: LTr, 2006. p. 15.

“FISCAL DO TRABALHO. COMPETÊNCIA FUNCIONAL. LIMITES. USURPAÇÃO DE ATIVIDADE JURISDICIONAL.

Se os auditores fiscais do trabalho têm por atribuição assegurar, em todo o território nacional, o cumprimento das disposições legais e regulamentares no âmbito das relações de trabalho e de emprego - e esta atribuição obedece ao princípio da legalidade - daí, entretanto, não se infere que possuam competência para lavrar autos de infração assentados em declaração de existência de contrato de emprego, derivada unicamente de sua apreciação da situação fática subjacente.

A transmutação da natureza jurídica dos diversos tipos de contrato que envolvem a prestação de trabalho - como os prestação ou locação de serviços, de empreitada e outros, inclusive o que decorre de associação cooperativa - em contratos individuais de trabalho, depende de declaração expressa, que se constitui em atividade jurisdicional, exclusiva do Poder Judiciário. Recurso Ordinário provido, para se conceder a segurança.³⁴”

O ordenamento brasileiro oferece instrumentos que possibilitam, com razoável segurança, novas formas de contratação de serviços, inclusive através de pessoas jurídicas, sem a tutela da legislação trabalhista.

Os casos duvidosos são resolvidos pela Justiça do Trabalho, para repressão à fraude e a indispensável proteção aos direitos do trabalhador que efetivamente dela necessita, mediante o devido processo legal.

7. O autônomo economicamente dependente

A reforma alemã de 1974 criou os para-subordinados, ao lado dos trabalhadores a domicílio, agentes de comércio e outros autônomos.

³⁴ TRT/SP, 11ª Turma, Rel. Juíza Maria Aparecida Duenhas, Ac n. 20070036823, Proc. TRT/SP Nº: 01096200601702008, DOESP 13.03.07.

O para-subordinado é “*pessoa semelhante ao trabalhador subordinado*”³⁵, cabendo ao judiciário trabalhista a competência para apreciar seus litígios, à semelhança da Itália.

Na França, é caracterizado como intermediário (misto) entre trabalho subordinado e autônomo. GERARD LYON-CAEN³⁶ diz:

“No estado atual das práticas em matéria de emprego faz certamente falta um conceito intermediário (para-subordinação não é de uma total limpidez) que permita aplicar os conceitos de Direito do Trabalho a certas pessoas que não são “verdadeiros” independentes sem serem assalariados: que são a parte mais fraca do contrato.”

Entretanto, a autonomia, antes sinônimo de capacidade organizativa e poder econômico, traz outra face: a fragilidade econômica do trabalhador. O autônomo não recebe qualquer proteção trabalhista³⁷.

Uma afirmação se pode fazer: a subordinação jurídica é obsoleta para tratar dos autônomos pós-modernos. Sua moldura funciona mais para excluir – por não haver subordinação – do que para incluir³⁸.

O conceito de trabalhador economicamente dependente abrange as duas noções: trabalho por conta alheia e por conta própria. Em outras palavras, embora atuem por conta própria, são economicamente dependentes de um específico tomador.

Na Inglaterra, os direitos em matéria de não-discriminação, a proteção da saúde e da segurança, as garantias de salário mínimo, assim como a proteção dos direitos de negociação coletiva, foram estendidos aos trabalhadores economicamente dependentes.

³⁵ ALVES, Amauri César. *Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista*. São Paulo: LTr, 2004. p. 97.

³⁶ Apud OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *Subordinação jurídica: um conceito desbotado*. Revista de Direito do trabalho. São Paulo: RT, abril-junho 2007, vol. 126. p.120.

³⁷ LYON-CAEN, Gerard. Apud. OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *Subordinação jurídica: um conceito desbotado*. Revista de Direito do trabalho. São Paulo: RT, abril-junho 2007, vol. 126. p.123-124.

³⁸ OLIVEIRA, M. C. S. *op. cit.* p. 125.

Na União Europeia os agentes comerciais, conforme a Diretiva 86/653/CEE, têm proteção quanto ao pagamento da remuneração, conversão dos contratos a termo em contratos sem termo, e indenização pela cessação do contrato.

Problemas semelhantes podem surgir quando os trabalhadores estão implicados em longas cadeias de subcontratação.

Vários países europeus adotam a responsabilidade conjunta e solidária dos principais contratantes em relação às obrigações dos subcontratados. Este sistema incentiva o controle do cumprimento da legislação do trabalho pelos parceiros comerciais.

A Espanha adotou um estatuto dos trabalhadores autônomos, fruto de acordo, em 26 de setembro de 2006, entre o governo espanhol e os representantes dos trabalhadores por conta própria, incluindo os economicamente dependentes.

A nova lei espanhola (n. 20, de 11.7.07) no preâmbulo, diz que, do ponto de vista econômico e social, o trabalhador autônomo atual é muito diferente. Antes, eram atividades de pequena rentabilidade, de reduzida dimensão, sem grande investimento, tais como agricultura, artesanato e pequeno comércio. Hoje, prolifera em países de elevado nível de renda, em atividades de alto valor agregado, em face de novas concepções de administração, da difusão da informática e das telecomunicações.

Além disto, é a forma escolhida por muitos para se inserir no mercado com autodeterminação e independência.

A lei tem as seguintes linhas gerais:

a) cria, dentre outros, o trabalhador autônomo economicamente dependente;

b) garante os direitos fundamentais como trabalho, livre escolha de profissão, liberdade de iniciativa, propriedade intelectual, não-discriminação, respeito à intimidade, proteção à saúde e segurança, conciliação entre vida profissional, pessoal e familiar;

c) é conceituado como aquele que recebe pelo menos 75% de sua receita de um só cliente, para o qual trabalha de forma habitual, pessoal, predominante e direta;

d) responsabilidade subsidiária do principal tomador, no caso de subcontratação;

e) não pode ter empregados;

f) executa trabalho de forma diferenciada dos empregados do tomador;

g) contrato escrito;

h) na falta de cláusula de prazo, se presume o tempo indeterminado;

i) descanso anual de 18 dias;

j) descanso semanal e feriados;

k) limitação de jornada, podendo ser excedida em no máximo 30%;

l) indenização por perdas e danos, em caso de rescisão injusta;

m) aplicação de acordos de interesse profissional, celebrados entre empresas e associações de trabalhadores autônomos;

n) competência da Justiça Laboral.

8. Contrato de atividade profissional

ALAIN SUPIOT sustenta que a condição jurídica de trabalhador assalariado deveria ser substituída pela noção de “estado profissional da pessoa”, permitindo conciliar a diversidade, a continuidade e a descontinuidade do trabalho, que hoje marcam cada vez mais a vida do trabalhador, dada a tendência à precarização das relações.

Desse modo, mais que estabilidade no emprego, há que garantir estabilidade no trabalho ou continuidade da carreira. Trata-se de proteger o trabalhador na transição de um emprego a outro, proporcionando garantias ao longo dos períodos de trabalho

e também na ausência destes. As interrupções e mudanças na vida laboral são concebidas como elementos normais da condição profissional ³⁹.

O trabalho deve gerar valores indenizatórios ou sob a forma de direitos, utilizáveis pelo trabalhador nos diversos momentos de sua vida profissional. Seria uma espécie de fundo de direitos, alimentado por contribuições do Estado, da empresa, do trabalhador e da seguridade social ⁴⁰.

Por outro lado, admite a aplicação do direito do trabalho tanto ao trabalhador subordinado como ao autônomo, com tratamentos diferenciados e proteções adequadas a cada situação.

9. Reforma da CLT

A participação dos sindicatos e dos trabalhadores é condição de legitimidade das modificações estruturais da sociedade.

É necessária emenda ao artigo 7º, acrescentando ao “*caput*” a expressão “*observado o disposto em lei, convenções coletivas e acordos coletivos*”.

Surgirá assim um ordenamento jurídico trabalhista hierarquicamente estruturado em três níveis:

- a) núcleo mínimo de normas inderrogáveis, aplicáveis a quaisquer trabalhadores;
- b) normas dispositivas, só aplicáveis quando inexistente convenção ou acordo coletivo;
- c) cláusulas de contrato individual, quando mais favoráveis.

³⁹ SUPIOT, Alain. *Transformaciones del trabajo y porvenir del derecho laboral en Europa*, RIT, v.118, 1999, n.1, p. 39-41.

⁴⁰ SUPIOT, A. *op. cit.*, p. 150.

O núcleo mínimo inclui normas relativas à duração do trabalho, descanso, salário mínimo, condições ambientais, medicina do trabalho, segurança do trabalho, identificação, fiscalização, formação profissional, política de emprego, seguro-desemprego, proteção ao sindicato e à ação sindical etc.

As normas dispositivas são aquelas revogáveis por convenção ou acordo coletivo, aplicáveis somente na ausência de norma coletiva.

Outras sugestões ainda podem ser feitas para que o conceito de proteção trabalhista alcance muito maior dimensão, a seguir explicadas.

a) Proteção diferenciada para os tipos de relação de trabalho, distinguindo-os da relação de emprego.

b) Limitação da hora extraordinária, reservando-a para situações efetivamente especiais.

c) Criação, por lei ou negociação coletiva, de jornada móvel ou variável, mediante livre ajuste individual, com limite entre duas e oito horas diárias.

d) Ampliação do conceito de utilidade não-salarial, já flexibilizado no artigo 458, parágrafo 2º da CLT (vestuário, educação, transporte, assistência médica, seguro de vida e acidentes, previdência privada).

e) Possibilidade de ajuste de salário complexo ou “complexivo”, com clara definição de todos os direitos nele incluídos, quando se tratar de gerente ou empregado de confiança, com remuneração superior (por exemplo, 15 salários mínimos).

f) Normas de proteção no ambiente de trabalho extensíveis a todos os trabalhadores, sejam eles empregados, autônomos, avulsos, intermitentes, eventuais etc. O artigo 225 da CF/88 proclama que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

g) Normas especiais para eventuais e autônomos economicamente dependentes, mediante legislação que favoreça sua inserção no mercado formal e no sistema de previdência social.

h) Maior flexibilidade na aprendizagem e reciclagem profissional.

Essas as tendências identificadas nos diversos mercados de trabalho, que estão transformando o conceito e as técnicas de proteção do trabalhador.

São Paulo, primavera de 2009.

O PRINCÍPIO PROTETOR NO DIREITO DO TRABALHO: AINDA NECESSÁRIO, NOS DIAS QUE CORREM, COMO FOI OUTRORA?

Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani (*)

Sempre, quando se fala dos princípios e do próprio Direito do Trabalho, ao princípio protetor são dirigidas e/ou dedicadas as linhas mais vivas, mais relevantes e mesmo emocionantes, ligando-o, da maneira a mais estreita possível, ao surgimento e mesmo à razão de ser desse ramo, tão sensível ao social, do Direito.

A ilustre juslaborista Eneida Melo Correia de Araújo, de maneira muito feliz, soube sintetizar, de maneira superior, o que vem de ser dito, ao afirmar que “*O Princípio da Proteção ao Trabalhador é o mais importante dos princípios do Direito do Trabalho. Configura-se em um postulado universal de natureza trabalhista, posto que orientou a criação desse ramo jurídico em todos os países democráticos*” (01).

O preclaro Mozart Victor Russomano, em uma de suas obras, após discorrer sobre os “*conceitos propostos para o Direito do Trabalho*” (02),

(*) Juiz Titular da Vara do Trabalho de Campo Limpo Paulista – SP. Associado do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior. Integrante do Conselho Consultivo e de Programas da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Autor de livro sobre interpretação das leis e de diversos artigos jurídicos publicados em revistas especializadas. Presidente da Associação dos Magistrados do Trabalho da 15ª região por duas gestões, 1997/1999 e 1999/2001. Diretor financeiro da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho na gestão 2001/2003.

cuidou de “*articular uma definição: Direito do Trabalho é um conjunto de princípios e normas tutelares que disciplinam as relações entre empresários e trabalhadores ou entre entidades sindicais que os representam assim como outros fatos jurídicos resultantes do trabalho*”, dilucidando, a seguir, de maneira muito objetiva, que “*o uso do vocábulo “tutelares” serve para assinalar, de um lado, a natureza íntima do Direito do Trabalho e, por outro lado, o alvo a que ele se destina: a ideia de Justiça. No caso, a ideia de Justiça conduz à necessidade de se proteger o trabalhador, assegurando-lhe, na ordem social contemporânea, um regime de defesa contra a prepotência ou o desmando do empresário, que detém os meios de produção e, por isso, conserva o controle da vida econômica nacional*” (03).

Por seu turno, Antonio Lamarca, asseverou que “*esta matéria {o Direito do Trabalho} formou-se, sem dúvida alguma, a princípio hesitantemente e depois intensivamente, tendo em vista a proteção dos trabalhadores, em face da prepotência dos detentores dos bens de produção*” (04).

Como é bem de ver, patente que foi a necessidade de proteger aquele que nada dispõe a não ser a sua força de trabalho, contra os que pela mesma se interessaram, interesse esse que levou, no curso da história, que se escrevessem tristes páginas, cujas cores jamais pintaram (*rectius*: pintam), com toda a extensão o sofrimento, os abusos, a indiferença (esse, quiçá, um dos sentimentos que mais dor provoque!) e que se não forem impostos limites sempre poderá levar a uma exploração inaceitável de um trabalhador por quem detém os meios de produção, que levou ao surgimento do Direito do Trabalho, daí fácil se entender o porquê de:

“*O direito do trabalho eleva ao ápice o princípio da proteção, não a proteção da pessoa em função de seus bens, e sim pela valorização de seu trabalho. Procura assegurar o direito ao trabalho e do trabalho; ordena a segurança no emprego e do emprego; protege*

não os fracos, como na lei civil, mas os economicamente fracos que, em regra, não possuem bens” (05), e porque o princípio que se vem de referir é, “Sem dúvida nenhuma um dos mais importantes e sobre o qual repousa toda a estrutura do Direito do Trabalho” (06).

Possível não é, ao cuidar de algum princípio do Direito do Trabalho, deixar de mencionar o impoluto juslaborista uruguaio Américo Plá Rodriguez, que, com todo o peso de sua inexcusável autoridade, ao cuidar do princípio ora objeto de análise, em determinada passagem (07), esclarece que:

“O fundamento deste princípio está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho.

Historicamente, o Direito do Trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômicas desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Inclusive, às mais abusivas e iníquas.

O legislador não pode mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção a ele favorável.

O Direito do Trabalho responde fundamentalmente ao propósito de nivelar desigualdades”.

Importante notar que a função do princípio em tela não se resume, embora exista para isso, na proteção do hipossuficiente, do trabalhador, mas possui, também, a relevantíssima função de promover a paz social, o interesse geral e a paz comum; para dar consistência ao que se vem de afirmar, nada melhor do que reproduzir irresponsável observação do inesquecível lente A. F. Cesarino Júnior (08), *“O fim imediato das leis sociais é a proteção aos fracos –concordamos. Mas, não é o único. Por intermédio dessa proteção o que o Estado realmente visa é assegurar a paz social, o interesse geral, o bem comum”.*

Mais ainda, pois, a meu sentir, se pode - e se deve - observar que o princípio protetor, embora tenha em vista, realmente, a figura do empregado, não pode ser visto como prejudicial ao empregador, antes, ao reverso, estende-lhe também o seu manto protetor, e permite a este saber quais os caminhos que poderá percorrer, sem transbordar para a prática de algum ato reprovável.

Observe-se que o princípio protetor não impede que um empregador promova a resolução contratual, quando um seu empregado tenha praticado um ato e/ou assumido uma conduta com gravidade suficiente para justificar a ruptura do vínculo de emprego; cabe notar, ainda nessa linha, que é o empregador que determina, salvo algumas situações especiais, quando o obreiro deve, no curso do período concessivo, usufruir suas férias; ainda que sofra alguma contestação, mesmo assim vale referir o quanto estatuído no capítulo relativo à duração do trabalho, do Diploma Consolidado, quanto às possibilidades de compensação/prorrogação da jornada de trabalho, que não deixam o dador de serviço desamparado, porquanto irrecusável que visam atender aos seus interesses; o que não dizer, ainda, da flexibilização das normas trabalhistas, bem retratada nas diversas modalidades de contratos por prazo determinado e em condições que, numa visão mais tradicional, pouco se ajustam ao Direito do Trabalho? Também de referir, nesse passo, a flexibilização autorizada pelos incisos VI, XIII e XIV, do artigo 7º, da magna Carta; e a possibilidade, que entre nós já existe há décadas, de promover o empregador a rescisão contratual quando e como bem lhe aprouver, salvo algumas exceções legais.

Pode-se, diante desse quadro, ao qual outras cores mais poderiam ser acrescentadas, falar de uma positivação/manifestação de um princípio protetor do empregador, ou seja, o Direito do Trabalho também cuida da parte economicamente mais forte na relação de emprego, é dizer: a proteção dispensada ao empregado, não levou, nem leva, a que se ignore os cuidados que se deve ter com a entidade

patronal, o que, em derradeira análise, interessa/propicia maiores e mais consistentes condições à manutenção da relação de emprego. Curioso que essa faceta do princípio protetor não é tão comentada, aliás, quase não o é, assim encarada, ou seja, como a outra face do princípio protetor, próprio do Direito do Trabalho, a qual, entretanto, quanto a sua existência, não merece críticas, pois também se justifica que assim seja, o que equivale a dizer que há, realmente, de existir séria preocupação com a saúde das empresas, apenas entendo que esse aspecto do princípio protetor deve iluminar qualquer discussão acerca de sua outra parte, a proteção devida ao empregado, a par de não se prestar, sob o pretexto de cuidar da preservação da empresa, invadir o quinhão de proteção, que deve ser maior mesmo -e bem maior-, diante de sua acentuadíssima posição de inferioridade na relação de emprego, do empregado.

Com a autoridade que seu saber jurídico lhe confere, Maria do Rosário Palma Ramalho, conquanto fazendo brotar o princípio da proteção do princípio da compensação, do mesmo faz gerar, também, o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão, lição essa que, adaptações feitas às peculiaridades de cada sistema, a portuguesa, baseada num realidade diversa da nossa, bem pode dilucidar melhor a ideia que aqui externo, embora não veja maior necessidade em invocar/explorar um princípio da compensação, por entender que o princípio protetor cobre ambas as situações, superada uma fase inicial em que se queira negar essa outra função do princípio protetor, rejeição essa que, conforme o caso, pode derivar do receio de que, se admitida, o Direito do Trabalho sairá fortalecido, protegido seus flancos contra as agressões dos que, em realidade, querem mesmo é contê-lo, em prol de interesses outros; assevera a ilustre Professora:

“O primeiro princípio geral do Direito do Trabalho, que emerge [sic] sistema normativo, é um princípio de compensação das partes pelo débito alargado que assumem no contrato de trabalho.

Como decorre deste enunciado, o princípio da compensação tem uma estrutura bipolar. Efectivamente, entende-se que ao Direito do Trabalho subjaz, como é de tradição, um princípio geral de protecção, mas considera-se que tal desígnio protectivo não é apenas em favor do trabalhador subordinado mas também em favor do empregador. Este princípio prossegue um duplo objectivo: relativamente ao trabalhador, o objectivo é compensar a sua inferioridade negocial no contrato de trabalho; relativamente ao empregador, o objectivo é assegurar o cumprimento dos deveres amplos que lhe incumbem no contrato de trabalho e, indirectamente, viabilizar o próprio contrato.

Em consonância com este duplo objectivo, reconhecem-se duas vertentes no princípio da compensação: uma vertente de protecção dos interesses do trabalhador e uma vertente de salvaguarda dos interesses de gestão do empregador” (09).

Como disse, então, o princípio protetor não tem atuação apenas em prol do empregado, projetando-se, também, para e em benefício do empregador; entretanto, como o objetivo deste singelo estudo é a sua observância em função do hipossuficiente, não cabe aprofundar o debate deste seu outro aspecto, neste ensejo, de maneira que, doravante, a atenção voltar-se-á para o sentido de proteção ao obreiro, que é, efetivamente, o escopo maior do princípio protetor.

Há fixar, outrossim, que, em sua esfera de atuação, íntima a ligação do princípio protetor com a dignidade da pessoa humana, base e fundamento dos direitos fundamentais, ou, como superiormente dito pelo grande jurista argentino Roberto Dromi:

“Os direitos fundamentais derivam da dignidade do ser humano, destinatário último e principal da protecção do Estado” (10).

A pessoa humana e a dignidade que ela ostenta, pelo simples fato de existir, deve ser o centro das atenções de um Estado, que se intitule democrático, o qual, então, há de respeitá-la e protegê-la:

“No Estado Democrático de Direito, tal como se enuncia no frontispício de sua Carta paradigmática, a Lei Básica de Bonn de 1949, a pessoa humana é o centro ético do Estado e do Direito, que existem para “respeitá-la e protegê-la” (11).

Inegável que a dignidade da pessoa humana do trabalhador, enquanto tal, fica mais exposta (*rectius*: fragilizada) pelo que irrecusável, como acima mencionado, a ligação profunda do princípio protetor com a mesma, cabendo-lhe, além de procurar reduzir as desigualdades entre empregado e empregador, e também por isso, fazer respeitar, na seara do Direito do Trabalho, a dignidade da pessoa humana que todo empregado possui e não a tem menor só por ser empregado.

Miguel Rodríguez-Piñero, com aquele poder de síntese que apenas os espíritos mais preparados possuem, assim se expressou (12), a respeito do tema ora em questão: *“A nossa matéria é, por definição, protetora. Tutela o indivíduo enquanto produtor juridicamente subordinado a um outro indivíduo ou grupo de indivíduos que contratam e dirigem seu trabalho. É este aspecto que diz respeito à personalidade e à dignidade humana que atrai a atenção das leis, da jurisprudência e da doutrina”*.

A ilustre juíza Cinthia Maria da Fonseca Espada, bem desenvolve o ponto que venho de referir, valendo, pois, reproduzir seus valiosos ensinamentos, os quais se iniciam com a autora citando Sarlet, que *“define dignidade da pessoa humana como sendo:*

“[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

(...)

Com base nessa definição pode-se afirmar que a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do trabalho implica a necessidade de se proteger o trabalhador contra qualquer ato atentatório à sua dignidade, de lhe garantir condições de labor saudáveis e dignas, e também de propiciar e promover a inclusão social.

Constata-se, desta forma, que o núcleo do princípio protetor do empregado encontra seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, considerando-se que a principal finalidade da proteção ao trabalhador é promover a sua dignidade.

Nesse passo, embora o propósito do princípio protetor do empregado também seja o de tratar desigualmente os desiguais para promover a igualdade real/substancial entre partes que se encontram em desigualdade de fato (princípio isonômico) em seu núcleo, a principal finalidade do princípio é promover a dignidade do trabalhador”(13).

Na mesma linha, em obra de elevado interesse, Ricardo Tenório Cavalcante (14) se posiciona no sentido de que: *“Parece claro que o fundamento dogmático primeiro da proteção do trabalhador repousa no princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, inciso III, que tem qualidade de direito fundamental por ostentar inclusive o valor de princípio fundamental da República Federativa do Brasil”.*

Pode-se, destarte, inferir que, após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, com a importância e a centralidade reconhecida à dignidade da pessoa humana, o princípio protetor conheceu uma, passe a singularidade do vocábulo, “revigorada”, daquele princípio maior recebendo nova força, suficiente para fazê-lo capaz de enfrentar possíveis investidas contra a sua observância; é dizer, enfim: o princípio protetor, no campo de atuação que lhe é próprio, tem por finalidade o respeito e o fazer respeitar a dignidade da pessoa humana!

“Tudo isso conduz à conclusão”, como foi muito bem colocado por Ana Cristina Costa Meireles e Edilton Meireles (15), “de que o novo texto constitucional, ao valorizar o trabalho humano, como consequência lógica, aliás, da aplicação do princípio de proteção à dignidade da pessoa humana, estabeleceu um amplo arcabouço jurídico tendente à proteção do trabalhador”.

O insigne Ministro Augusto César Leite de Carvalho, do C. TST, faz uma indagação e depois responde-a, pela excelência de ambas, permito-me reproduzi-las: *“que importância há em se afirmar que o princípio da proteção está consagrado na Constituição? A resposta beira a obviedade: o caráter normativo de um princípio constitucional impede que norma inconstitucional, que o desconsidere, revele-se válida”*(16).

Vale, a essa altura, recordar que, como fez observar o ilustre Washington Luiz da Trindade (17):*“A Constituição brasileira de 1988 elencou, com extrema minúcia, todas as aspirações da classe operária, visando a proteção de valores humanos indispensáveis ao bem-estar de todos, na proteção da saúde, da vida, da segurança dos trabalhadores. O legislador constitucional pensou até mesmo em reduzir os desníveis notórios entre campo-cidade, operário-camponês, direito escrito-costumes, balizando, como um aviso ao legislador ordinário, os direitos irrecusáveis ao trabalhador, compensatórios daquele fatal desequilíbrio entre capital e trabalho”.*

Aqui, de ceder o passo ao festejado juslaborista Mario Garmendia Arigón, certamente, orgulho das letras jurídicas uruguaias, e que honra a pátria do já citado e afamado Américo Plá Rodríguez, deixando firme que o que este plantou em seu País, relativamente ao estudo do Direito do Trabalho, foi frutuoso, gerando operadores do direito de escol; diz o eminente Mario Garmendia Arigón (18), em lição que bem se aplica ao nosso ordenamento jurídico:

“A proteção do ser humano que trabalha, que se centraliza no núcleo principal do Direito do Trabalho, situa a finalidade da

disciplina no próprio coração dos direitos humanos fundamentais e lhe reconhece o mérito de uma tutela jurídica privilegiada.

Esse amparo jurídico do trabalhador não pode ser considerado como simples valor pertencente ao Direito do Trabalho, mas faz parte do acervo geral da ordem pública como expressão de bens jurídicos inerentes à condição humana (...)

As bases e fundamentos essenciais do Direito do Trabalho constituem um dos aspectos sobre os quais se sustenta a estrutura da sociedade, na medida em que fazem parte dos direitos do homem, fim último de toda a vida social”

Esse mesmo e brilhante juslaborista, em outro trabalho seu, bem observou que: “La protección del trabajo humano, aparece, así, como una expresión específica del más amplio amparo jurídico de la dignidad del hombre”(19), acrescentando, mais adiante (20), que:

“La protección del ser humano que trabaja, que se encuentra centrada en el núcleo principal del Derecho del Trabajo, sitúa a la finalidad de la disciplina en el corazón mismo de los derechos humanos fundamentales, y le reconoce el merecimiento de una tutela jurídica privilegiada(...) Las bases y fundamentos esenciales del Derecho del Trabajo constituyen uno de los aspectos sobre los que se sustenta la estructura de la sociedad, en la medida que forman parte de los derechos del hombre, fin último de toda vida social”.

Outrossim, pelo entusiasmo e pela forma incisiva e consistente com que se manifesta, interessante a transcrição do sentir do insigne Manoel Jorge e Silva Neto (21), para quem: “Inegavelmente, o princípio protetor tem residência constitucional. Não fosse pela forma incisiva como dispôs o legislador constituinte originário, ao determinar direitos aos trabalhadores, mas ressalvando que tantos outros podem ser criados para melhoria das suas condições de existência, os fundamentos do Estado brasileiro pertinentes à dignidade da pessoa humana e à valorização social do trabalho seriam suficientes para admitir-se a inserção em nível constitucional do postulado tuitivo”.

E, como palmar, a Magna Carta tem que ser levada a sério, por inteiro e para todos os segmentos da sociedade, aqui, designadamente, os trabalhadores, e não apenas quando interesse aos que tem força/poder bastante para fazê-la respeitada; conquanto acredite deva ser de conhecimento geral, por certo não será despiciendo recordar que importa muito “*a maneira como se manuseia o texto constitucional. Ou ela não passa de carta programática, de boas e belas intenções e se poderia concluir por aqui e não mais tomar o tempo do leitor, ou então ela contém força normativa, i.e., é norma jurídica, e como tal incide nas relações sociais*” (22).

Aqui, de evocar ensinamento do culto Miguel Rodriguez-Piñero (23), no sentido de que, “*No direito do trabalho, a influência da Constituição sobre as normas infraconstitucionais é facilmente reconhecida, dada a constitucionalização de diversos institutos jurídicos do trabalho. Há uma Constituição social que se refere à situação do cidadão como trabalhador e como destinatário de proteção social*”.

Olvidar não se pode que o princípio protetor procura, no espaço em que pode atuar, atender ao princípio da igualdade, também de envergadura constitucional, ou, como dito por Dânia Fiorin Longhi (24): “*O Direito do Trabalho, diferentemente do Direito Comum, não tem como propósito tratar as partes de forma igual, mas sim alcançar a igualdade substancial entre elas. O princípio da proteção é inspirado no propósito de igualdade, pois visa estabelecer um amparo preferencial à parte menos favorecida, ou seja, o trabalhador*”.

Apesar de tudo isso, hoje se questiona, pela pena de renomados doutrinadores, a força e o vigor do princípio protetor do empregado!

Com todo o respeito que sempre merecem as posições contrárias, a observância desse princípio, nos dias que correm, é ainda fundamental, talvez mais ainda que em tempos mais recuados, em algumas décadas; aliás, o sentido de proteção aos mais fracos, nos

mais variados ramos do Direito, vem adquirindo densidade maior nos dias que correm, servindo como um vivo exemplo o moderno Direito Civil, com as disposições contidas no vigente Código Civil, que, com seus novos paradigmas, a eticidade, a socialidade e a operabilidade, não tolera que alguém, por ter mais e melhores condições de impor sua vontade a outro, apenas por ser mais forte, possa vergá-lo aos seus interesses, ou, como consistentemente dito por Lauro Augusto Moreira Maia (25):

“Se por um lado a eticidade convoca os atores sociais para a luta em nome da lealdade, da probidade e da honestidade, por outro, a socialidade busca evitar que o mais forte – apenas por ser mais forte – faça prevalecer os seus interesses sobre os do mais fraco. A eticidade diz: seja leal; a socialidade diz: seja justo. São valores complementares na formação de um novo paradigma jurídico”.

E por que os ventos trazem mais proteção aos que menos têm como valer-se por seus próprios meios? Acredito que tal esteja ocorrendo porque, sem sair do sistema e sem arranhar em demasia o querer das classes dominantes e até para melhor preservá-las, se está passando para um estágio em que se procura uma sociedade mais razoável, com maior dignidade para todos, pois uma maior dignidade para todos, garante, de certo modo, que o sistema não sofra rachaduras, e não se pode dizer que não cabe ao direito proteger certas pessoas e/ou situações, ao reverso, para preservar o equilíbrio das relações sociais, natural que assim se faça, por meio do direito, do contrário, ter-se-ia um ordenamento artificial e como tal, seria, como já se disse, ignorado pelos fatos; entretanto, para isso, o que se estabeleceu na Lei Maior, precisa sair dos textos e respirar o ar que circula pela sociedade, ou, como asseverado, de maneira mais elegante, por José Camacho Santos (26):

“a consciência das transformações havidas em nossa sociedade impõe a releitura dos institutos e categorias jurídicas, hodiernamente, não mais sob os ares do individualismo e patrimonialismo de antão,

mas segundo o compromisso ético a que todos estão submetidos, que é o de construir uma sociedade mais digna e justa, fazendo com que os fundamentos e princípios básicos da República saiam do papel”.

Em verdade, o sentido de proteção está por todos os lados, respeitados, sempre, os limites do sistema!

E é essa realidade que determina que (rectius: justifica, faz com que) “*Nas relações jurídicas contratuais, deve-se privilegiar o economicamente mais débil e aqueles a quem a lei presume maior fragilidade. É o que sucede, por exemplo, com a proteção do empregado e do consumidor*”(27).

Percucientemente, observa Paulo Lôbo, que (28) “*Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens e de consumo. A restauração da primazia da pessoa humana nas relações civis é a condição primeira de adequação do direito aos fundamentos e valores constitucionais. Por isso, como bem assevera Maria Celina Bodin de Moraes, nesse cenário de renovado humanismo passaram a ser tuteladas, com prioridade, as pessoas das crianças, dos adolescentes, dos idosos, dos portadores de deficiências físicas e mentais, dos consumidores, dos contratantes em situação de inferioridade, das vítimas de acidentes anônimos etc. O homem abstrato do liberalismo econômico cede espaço para o homem concreto da sociedade contemporânea, na busca de um humanismo socialmente comprometido*”. O que é isso, que não um sentido de proteção, dê-se o nome que se dê?!

Os fins de proteção se deixam perceber, com muita clareza, nos contratos, de uma maneira geral, e muito nitidamente nos contratos em que uma das partes seja um consumidor; a insigne jurista Cláudia Lima Marques (29), bem retrata esse novo quadro, no âmbito dos contratos: “*No novo modelo contratual há uma revalorização da palavra empregada e do risco profissional, aliada a uma grande censura intervencionista do Estado quanto ao conteúdo do contrato. É um acompanhar mais atento para o desenvolvimento da prestação,*

um valorizar da informação e da confiança despertada. Alguns denominam de renascimento da autonomia da vontade protegida. O esforço deve ser agora para garantir uma proteção da vontade dos mais fracos, como os consumidores. Garantir uma autonomia real da vontade do contratante mais fraco, uma vontade protegida pelo direito, vontade liberta das pressões e dos desejos impostos pela publicidade e por outros métodos agressivos de venda, é o objetivo”.

Diz, ainda, a jurista retro-mencionada que, *“Segundo o emérito professor de Filosofia do Direito da Universidade de Erlangen-Nürnberg, Reinhold Zippelius, o Direito deve ser um instrumento para uma organização social justa e equilibrada (...) Nesta visão, as normas jurídicas são, portanto, instrumentos que ajudam a determinar a realidade social, conforme os objetivos considerados justos e desejáveis para aquela sociedade. O direito pode ser, portanto, um instrumento de justiça e inclusão social na sociedade atual, instrumento de proteção de determinados grupos na sociedade, de realização dos novos direitos fundamentais, de combate ao abuso do poder econômico e a toda atuação dos profissionais que seja contrária a boa-fé no tráfico entre consumidores e fornecedores no mercado”*(30). Pergunto: esse mesmo raciocínio, tão consistentemente apresentado, não é válido para se dispensar a proteção –ainda absolutamente necessária- ao empregado? Tomo a liberdade de responder: sim!

Enfim, estou em que não se deva “jogar” com a proteção conferida pelo direito do trabalho, para desmerecê-la e a esse ramo do Direito, à uma, porque, como já demonstrado, a proteção não é uma preocupação apenas sua –e não se volta apenas para o empregado, embora, maior e mais transparente para este, enquanto menor e muito mais discreta para o empregador-, mas que está se instalando e/ou penetrando, ficando raízes nos mais variados ramos do Direito, e à duas, porque se sabe das suas naturais dificuldades de enfrentamento das classes mais favorecidas, que tentam mantê-lo na UTI, apenas

respirando e com dificuldades, de modo que, quando há uma maior pressão da classe trabalhadora, nos raríssimos, mas raríssimos mesmos, momentos em que a mesma tem como se fazer ouvir, se lhe permite uma respiração mais regular, quando não, tornam sua respiração mais difícil, truncada e irregular, como que advertindo-lhe de que, qualquer insistência a mais, trará como consequência seja-lhe retirado o ar e com isso ele (o Direito do Trabalho) não mais terá como sobreviver!

Para melhor justificar o que se vem de referir, útil recordar ensinamento de João Del Nero (31), no sentido de que *“o direito não é a arte das sutilezas, nem mero aparato convencional, mas ciência do justo e do honesto. O apego a filigranas e o culto da letra da lei constituem o privilégio do sistema vigente para os membros econômica e socialmente mais fortes – sempre os mais favorecidos”*.

Interessante e irresponsável observação parte da autorizada pena de Ana Virginia Moreira Gomes (32), a saber: *“Algumas práticas, ainda que ora inadequadas para o Direito do Trabalho, continuam vigentes e são mesmo apresentadas como saudáveis em outros ramos jurídicos. Hoje, o trabalhador não pode ser protegido, mas o consumidor deve sê-lo -exemplo interessante da desvalorização do trabalho. Discute-se o desmonte do núcleo de direitos fundamentais dos trabalhadores, enquanto a interferência estatal na relação de consumo tende a crescer”*.

Há, então, hodiernamente, quem sustente que o princípio protetor do e/ou para o empregado, já não se compatibiliza com a realidade, e que perseverar em sua observância, antes de demonstrar domínio do que se passa no mundo do trabalho, traduz espírito impermeável ao progresso, desconhecendo a presença de fenômenos, que não se pode ignorar, como, verbi gratia, a flexibilização; pela autoridade que lhe é reconhecida, vale a transcrição do posicionamento do preclaro juslaborista Arion Sayão Romita (33), *verbis*:

“A visão conservadora e resistente às mudanças se esmera na supervalorização do princípio de proteção, opondo-se à tendência renovadora, pregoeira de novidades como flexibilização e noções afins”; e ainda que: “Surgem oposições como princípio da proteção x princípio da flexibilização”.

Assevera, ainda, o festejado Professor que: *“Dito princípio de proteção, na realidade, não existe nem pode ser afirmado sem desconhecer os fundamentos históricos e sociopolíticos do ordenamento trabalhista brasileiro. Em regime político autoritário e corporativista, não há como aceitar a tese de uma suposta proteção que o Estado dispensaria aos trabalhadores. O ordenamento corporativo, longe de proclamar o primado de qualquer dos fatores da produção, cuida de preservar, privilegiar e proteger os “superiores interesses da produção nacional”, tarefa que incumbe ao Estado. A própria índole do ordenamento repele a noção de proteção dos trabalhadores, pois estes atuam no espaço político a serviço daqueles “superiores interesses”, de sorte que os destinatários da “proteção” vêm a ser, em última análise, os detentores do poder estatal, econômico e sindical”(34).*

À partida, de registrar que não se pode ter a legislação trabalhista atualmente em vigor, como sendo a outorgada quando da entrada em vigor da CLT, pois, como demonstrado, em valiosa e minuciosa análise, pelo já antes citado Ministro do C. TST. Augusto César Leite de Carvalho (35), diversos artigos e novas leis foram sendo modificados e editados, com o passar dos tempos, o que demonstra que não são as leis trabalhistas que atravancam o progresso, antes, amoldam-se às necessidades de cada momento, o que torna imprescindível a reprodução dos seus ensinamentos:

“É inverídica, a propósito, a afirmação de que a proteção celetista está esclerosada, porque remonta a 1943. Em vez disso, o que se tem é um conjunto de normas que se veio formando ao longo do processo de automação agrícola, industrialização, informatização e mesmo terciarização, vivenciado pelo Brasil em décadas bem mais recentes.

A regência das férias individuais e coletivas, como está na atual CLT, é de 1977, desse mesmo ano sendo as prescrições sobre os adicionais de insalubridade e periculosidade; a norma excludente dos que exercem cargo de confiança (art. 62), no tocante à duração do trabalho, é de 1994; a proteção contra a supressão do intervalo intrajornada é também de 1994; a proteção do trabalho da mulher sofreu alterações em 1989 e 2001; os artigos da CLT que regulam a duração dos contratos sofreram alterações em 1967, em 1977, em 1989 e em 2001; o capítulo que trata da rescisão contratual também sofreu várias alterações, sobretudo em 1970 e em 1989; o título pertinente ao contrato individual do trabalho foi modificado em 1967, 1994 e 1997”.

Ainda inicialmente, consigno que, a meu aviso, não se pode analisar o princípio protetor, tampouco cuidar de Direito do Trabalho e dos outros princípios que informam-no, sem ter bem presente na memória, o papel que a necessidade exerce sobre o agir dos homens, no caso que nos interessa, do homem trabalhador, do homem que precisa de um trabalho e se coloca a serviço de outrem, de maneira subordinada, silenciosamente subordinada, e que obrigam-no, quando a tanto exigido, mormente em tempos bicudos, como os que estamos todos atravessando, a aceitar o que se lhe oferece, para ter uma ocupação, até, *verbi gratia*, dizer que que não é empregado, quando em realidade o é.

Como já observei em outro trabalho, feito juntamente com a eminente Juíza Ana Paula Pellegrina Lockmann: “*A influência que a necessidade exerce sobre o comportamento dos homens é algo que não deve, não pode, em absoluto, ser ignorado, sob pena de chegar, quem assim procede, a conclusões divorciadas da realidade, logo, de todo em todo equivocadas e imprestáveis para sustentar alguma ideia e/ou posicionamento, relativo a qualquer comportamento humano, que dependa, para uma válida manifestação, de uma liberdade que a necessidade não permite.*”

Eurípedes, em sua bela tragédia “Alceste”, uma das que contribuiu para imortalizar o teatro grego, agudamente fez observar, por um de seus personagens, a força irresistível da necessidade, ao fazê-lo declarar:

“Alçou-me um dia a Musa, em suas asas, à região celeste, e de lá, depois de observar todas as coisas que existem, nada vi mais poderoso do que a Necessidade! Nem as fórmulas sagradas de Orfeu, inscritas nos estélios da Trácia, nem os violentos remédios que Apolo ensinou aos filhos de Esculápio, para que minorassem os sofrimentos dos mortais!

Só ela, entre as deusas, não tem altares, nem imagens, a que possamos levar nossos tributos: nem recebe vítimas em holocausto. Ó temerosa divindade! Não seja mais cruel para comigo, do que já tens sido até hoje! Tudo o que Júpiter ordena, és tu que executas sem demora; até o ferro dos calíbios tu vergas e dominas; e nada conseguirá abrandar teu coração inflexível”.

As palavras retro-reproduzidas, que atravessaram os séculos, bem demonstram a força que a necessidade possui sobre o comportamento dos seres humanos”(36)(37).

Prosseguindo, com a devida vênia, e com abstração da natureza/ ligação do regime com a legislação trabalhista outorgada, bem é de ver que o respeitante argumento, de toda sorte, desconsidera a estratégia, a que não fogem os sistemas autoritários e corporativistas, como referido pelo eminente mestre, de apresentar suas determinações como visando o bem da coletividade; de maneira que, a ideia de proteção, não prejudicando - e não há base para se inferir que prejudicou - os desígnios dos dirigentes, por tornar de aspecto mais palatável as regras então impostas, servindo mesmo para uma apologia do sistema, seria adotada, pois, repita-se, qualquer regime, mesmo um autoritário e corporativista, que apresentar-se com cores que o tornem simpático aos que pretende sujeitar – e sujeita.

Os outros argumentos mencionados, não levam na devida conta a dignidade da pessoa humana, a qual, nos dias que correm, fornece ao princípio da proteção sua maior justificativa, como resulta do exposto nas linhas transatas.

Apenas para que não fique sem menção, de registrar que esgrimir com interesse público, na espécie, não empolga, porquanto, há fixar que não há melhor maneira de se atendê-lo que não a de respeitar e fazer cumprir os direitos fundamentais, sob a ótica que de momento releva, dos trabalhadores, como brilhante e percucientemente observado pelo já mencionado juslaborista Miguel Rodriguez-Piñero (38), *“O respeito aos direitos fundamentais constitui atualmente o principal interesse público”*.

Para contrapor argumentos aos desfiados pelo Professor Arion Sayão Romita, em atenção ao seu elevado saber jurídico, há procurá-los entre os mais conceituados juslaboristas, com renome internacional, como é o caso do inesquecível Américo Plá Rodriguez, já citado, e de quem me socorro novamente, transcrevendo excerto de valioso ensinamento seu, extraído de outro trabalho com o qual o inexcelsável Professor brindou a comunidade jurídico-trabalhista, em cujo desenvolvimento, fez brilhar a luz do seu saber, esclarecendo que (39): *“el derecho del trabajo se encuentra en este período histórico con dos grandes fuerzas en su contra que se suman a la resistencia que tradicionalmente ofrece el sector patronal.*

Una de ellas es la prevalencia del factor económico sobre el social. La preocupación económica ha irrumpido en el proceso de formación del derecho laboral, adquiriendo un papel preponderante. En todos los gobiernos, el ministro de economía asume un papel protagónico que lo coloca en la práctica como más influyente que el propio ministro de trabajo, incluso en los asuntos laborales. Pero más allá de la gravitación e influencia de los puntos de vista de cada ministerio, lo cierto es que este ascenso de los criterios económicos opera como obstáculo en el desarrollo de las normas laborales.

La otra es la constituida por el impulso hacia la flexibilización. Difundida por todas partes con la atractiva bandera de facilitar la inversión para combatir el desempleo, adquiere la fuerza de un movimiento que avanza por todos los caminos del mundo laboral. Procura suprimir las rigideces del mercado de trabajo, pero debe

recordarse que detrás de cada rigidez – o limitación a la libertad del empleador -, hay una norma laboral establecida para asegurar un beneficio o defender un valor.

Esas dos fuerzas no sólo impiden - o dificultan - avanzar al derecho laboral, sino que se han lanzado a la ofensiva, procurando reducirlo, mutilarlo o paralizarlo; quitarle la savia vital que deriva de su principio protector”.

Mais adiante, no mesmo e substancioso artigo, o festejado mestre pontua que: “Más allá de los resultados concretos de la tendencia flexibilizadora, hay que tomar conciencia de que el propósito que la alienta es restringir y detener el derecho del trabajo” (40).

Como consequência desse processo de contenção (pulverização?) do Direito do Trabalho, restam precarizadas as relações de emprego, dividida a classe dos trabalhadores, com as diferentes aspirações entre empregados e desempregados, enfraquecidos os sindicatos, que ficam sem poder de negociação e com isso aceitam até o que não poderia ser aceito, mas tudo inutilmente, pois a flexibilização não deu -não dá- os resultados que dela se esperou e alguns ainda esperam; o quadro pintado por Félix F. Morales Luna bem retrata esse percurso e o resultado a que se chegou trilhando-o (41), é conferir:

“Un segundo factor de crisis del Derecho Laboral está constituido, tanto por la precarización del mercado de trabajo como por la segmentación de la clase trabajadora asalariada. En efecto, debe advertirse una estructural instalación del desempleo en el mercado de trabajo, atomizando los intereses de la clase trabajadora, cuyos objetivos e intereses son muy disímiles, lo que se demuestra en un inicial enfrentamiento entre las necesidades y reivindicaciones de los empleados respecto de los desempleados. Esto, además, incide directamente en la uniformización de los intereses de la clase trabajadora y, con ello, en la eficacia de las instituciones de la autonomía colectiva traduciendo una menor base representativa de los sindicatos.

Este aspecto, además, supone la reformulación de políticas sociales orientadas a la generación de puestos de trabajo y fomento del empleo. En esta línea, muchos ordenamientos -como el peruano- han asumido la necesidad de flexibilizar los niveles de protección de los trabajadores en la errónea convicción que con ello se fomentaría el empleo y la ocupación formal, dogma desmentido con las elocuentes cifras verificadas desde el inicio del mencionado proceso de desreglamentación”.

Todavía, o que não pode ser, simples e olímpicamente, ignorado, é que: *“O que é mais grave, contudo, quando se fala em flexibilizar preceitos trabalhistas, contudo, é que nesta esfera – a do Direito do Trabalho- o princípio mais caro é justamente o da proteção jurídica dispensado a um empregado. Registre-se que o Direito do Trabalho, como ramo autônomo da ciência jurídica, ostenta princípios peculiares que lhe atribuem uma fisionomia especial. O princípio mencionado tem como finalidade básica o amparo, a tutela, enfim, a proteção do trabalhador. Diante da superioridade econômica do empregador e o risco da dominação abusiva, consagrou-se uma superioridade jurídica do empregado para permitir um melhor equilíbrio no relacionamento jurídico”* (42).

Aliás, a não se conter essa onda que pretende tragar o Direito do Trabalho, corre-se o risco de que o mesmo não mais tutele o trabalhador, razão de seu surgimento e existência, mas passe a tutelar o empregador (além do que já tutela e foi apontado linhas acima) o que já é afirmado por alguns, dentre os quais o renomado juslaborista mexicano Nestor de Buen Lozano (43), que, após asseverar que: *“Pero algunos otros, un poco más pesimistas, yo entre ellos, afirman que el derecho del trabajo es incompatible con un sistema que no tutela al trabajador sino al empresario. Y eso es, precisamente, lo que está ocurriendo ahora”*, acrescentou, sem refolhos: *“Difícilmente se podrá denominar derecho del trabajo al producto de las reformas en trámite. Su perfil es netamente neoliberal, lo que supone sustituir la*

protección al trabajador por la que exige el empresario, dador de trabajo y salarios, de impuestos, de intereses y dividendos para el capitalista, de beneficios para él mismo”(44).

Não destoa desse sentir o juslaborista Ramírez Bosco (45), ao observar que *“un derecho que no diese a los trabajadores una protección distinta e mayor que la del derecho común no sería derecho del trabajo, sino otra cosa com otra función”*.

Em realidade, muito já se disse acerca dos males que a flexibilização sem peias trouxe ao mundo do trabalho, pelo que desnecessário enumerá-los nesse comenos, e apenas fico com a observação de Sérgio Alberto de Souza, assim feita (46): *“depois, pelo que John Williamson denominou de Washington Consensus, um programa de “reformas estruturais” que codifica, em linguagem da comunidade financeira internacional aquilo que ficou conhecido como o projeto neoconservador do “Estado mínimo”*.

E o resultado é a depreciação do trabalho, com geométricos e multiformes coloridos em preto e branco, de precarização, de exclusão e de desemprego...com a globalização, a fome...com a flexibilização da dignidade, da honra e da personalidade dos trabalhadores...e seus direitos sociais.

Perplexidade”.

Por óbvio que não estou defendendo a cristalização da legislação do trabalho, querendo que permaneça inalterada *“ad eternum”*, não, de maneira alguma, pois, acredito que tudo na vida sempre pode evoluir e que o progresso obriga a que se tenha o espírito aberto para os novos tempos, novas ideias, novas tecnologias; apenas monto praça no sentir de que não se pode, em nome dos novos tempos e de ideias não tão novas assim, fingir que a realidade é outra, diversa da que se apresenta aos nossos olhos, realidade essa que não autoriza, nem em sonho, para uns e pesadelo para outros, afirmar-se que o princípio protetor não tem mais a relevância que teve em tempos passados; pelo contrário, com a crescente ameaça do desemprego,

não-passageira, mas duradoura, a ponto de se poder afirmar que não é apenas uma ameaça, mas, infelizmente, bem mais do que isso, ainda proeminente a posição e relevantíssima a função a ser desempenhada pelo princípio protetor.

A história do Direito do Trabalho foi construída – e permanece assim- de lutas e adversidades, aliás, não fossem estas, por certo ele nem teria conseguido se firmar como um ramo do Direito, lutas e adversidades que se renovam, de tempos em tempos, de maneira que não se pode esmorecer, tê-lo por superado, o que não corresponde á realidade, pois sua razão de existir permanece, ou já não há mais exploração do trabalho humano? O que talvez tenha mudado é o discurso (se é que realmente mudou), procurando satanizá-lo, de forma antes não feita, de modo tão aberto, como o causador de todos os males, o que emperra, entrava o progresso e a criação de empregos, mas...que empregos? O trabalho subordinado, hoje, talvez tenha se reduzido, ou o que se reduziu foi a necessidade de ser manifesta a subordinação, de maneira que, uma maneira de se adequar, modernizar o Direito do Trabalho, é trazer para o seu regaço outras formas de prestação de trabalho, como o desenvolvido pelos trabalhadores autônomos e pelos trabalhadores que estão no campo da informalidade, a eles estendendo o manto do princípio protetor; ter-se-ia, então, uma adequação do Direito do Trabalho aos novos tempos, as novas tecnologias, esquecer não podemos, da força expansionista do Direito do Trabalho, pois, como lembra o multicitado Américo Plá Rodriguez (47):

“Toda la historia del derecho laboral es la historia de su fuerza expansiva. Empezó con los obreros de la industria, que eran los más explotados, siguió con los obreros del comercio, con los empleados de ambas actividades, con los trabajadores a domicilio, con los trabajadores rurales, con los trabajadores marítimos, con los vendedores y viajantes de comercio, con los trabajadores intelectuales, con los deportistas profesionales, con los artistas,

con los trabajadores de las personas públicas non estatales, en fin, con todos aquellos que ponen su actividad al servicio de otro, en forma subordinada, a cambio de una retribución. Y bien, pese a las características especiales que tiene la época que estamos atravesando, comprobamos que esse proceso sigue y continúa afirmándose”.

Colhe-se de um dos maiores civilistas da atualidade a penetrante observação de que, *“Na democracia capitalista globalizada, de pouca serventia mostram-se os refinados instrumentos de proteção dos direitos humanos, postos à disposição pelo direito público, se as políticas públicas e a atividade econômica privada escaparem aos mecanismos de controle jurídico, incrementando a exclusão social e o desrespeito à dignidade da pessoa humana”*(48); aludida observação, no assunto que ora nos ocupa, deixa bem evidente a relevância do princípio protetor, insubstituível em sede de Direito do Trabalho, mesmo porque, não satisfaz um desenvolvimento que não reverta em prol do homem, como já dito por Carlos E. Pittamiglio (49); *“el desarrollo no es un fin en sí mismo sino un medio para la promoción del hombre, que debe tomarse como eje y fin de todo el proceso y no sólo como uno de los factores que intervienen”.*

Ainda que isso desagrade a certos setores, há considerar que *“A progressiva tomada de consciência dos direitos e dos valores constitucionais, inerentes à dignidade do ser humano, obriga a reconsiderar a orientação economicista”*(50).

Devo finalizar, e faço-o declarando minha firme convicção de que o princípio protetor não faz parte de um momento já vencido do Direito do Trabalho, muito pelo contrário, sua observância não pode ser afrouxada, de maneira alguma, até porque, como colocado, com argúcia, pela culta Professora Aldacy Rachid Coutinho (51), *“Nunca foi tão imprescindível manter a proteção, pois jamais a relação de poder que traduz o vínculo de emprego, no qual ao trabalhador é assegurado um espaço de não-poder e ao empregador*

o do detentor do poder, diretivo, fiscalizador, punitivo, sancionador foi tão fortalecida por mecanismos de dissimulação na tomada da alma, apropriação do zelo e na captura da subjetividade”.

Aliás, do retrato desenhado pelo festejado Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, fica patente, em cores vivíssimas, a imprescindibilidade da observância do princípio protetor na quadra que hoje atravessamos, uma vez que:

“A existência de poderes do empregador sobre o trabalhador (a subordinação jurídica) constituiu desde sempre o traço distintivo da relação de trabalho. Os novos métodos de gestão e as novas tecnologias introduziram, porém, diversos cambiantes, reforçando a sua capacidade fática de controle sobre os trabalhadores. Surgiu, por isso, a necessidade de estabelecer regulações nalgumas áreas delicadas de intervenção, como a proteção de dados pessoais dos trabalhadores, os meios de vigilância à distância, etc. Por outro lado, a evolução da sociedade e a maior concorrência entre as empresas levou ao surgimento das flexibilidades funcional, temporal, geográfica e salarial, as quais reforçaram consideravelmente os poderes do empregador na definição unilateral das condições de trabalho. Esse reforço dos poderes do empregador levou mesmo a que cada vez mais se tenha posto em causa a configuração tradicional da prestação de trabalho como uma prestação de actividade ou de meios, uma vez que a avaliação dos resultados do trabalho passa a ser constante na empresa moderna. Ora, esta situação, se por um lado libera a iniciativa do trabalhador, que deixa de estar mecanicamente vinculado às instruções do empregador, por outro lado, estabelece um maior constrangimento interno da sua prestação, sujeita a uma avaliação constante, com inevitáveis repercussões na sua situação laboral.

O reforço dos poderes do empregador tem sido ainda acentuado, não apenas pelo volume de desemprego existente e a possibilidade de deslocalização das empresas, que leva os trabalhadores a aceitarem

piores condições de trabalho, mas também pela cada vez menor dimensão das empresas em resultado do recurso ao outsourcing e criação de redes de empresas, o que leva a que o empregador passe a beneficiar de um tratamento juslaboral mais favorável, bem como reforce os poderes fácticos de contrôlo sobre os seus empregados”(52).

A pergunta que explode no peito, se não formulada: como dispensar o princípio protetor, para o empregado, num quadro desses?

No mais, valho-me, ainda uma outra vez, do célebre Américo Plá Rodriguez (53), que, com a seriedade de quem conhece muito, sugere: *“El futuro del derecho del trabajo dependerá de la constancia, la inteligencia y la firmeza con las que los laboristas – y los sectores que se benefician con sus normas – sepan defender sus principios y compatibilizarlos con realidades económicas cada vez más complejas y dinámicas. Tenemos fe en esse futuro”*.

Por derradeiro, faço coro ao grande Mario Garmendia Arigón (54), de quem também já me socorri no curso deste singelo trabalho, tendo como firme que *“no parece correcto apresurarse a presagiar la desaparición del Derecho del Trabajo. Al respecto, debe tenerse en cuenta que los valores fundamentales que forman parte del núcleo central de la disciplina representan los ideales del colectivo social, conformando la conciencia jurídica universal o global”*.

Bibliografia

- 01 Eneida Melo Correia de Araújo, *“As Relações de Trabalho – Uma Perspectiva Democrática”*, Ltr, 2003, página 182.
- 02 Mozart Victor Russomano, *“Curso de Direito do Trabalho”*, Juruá Editora, 4ª edição, 3ª tiragem, página 18.
- 03 Mozart Victor Russomano, *“Curso de Direito do Trabalho”*, Juruá Editora, 4ª edição, 3ª tiragem, página 19.

- 04 Antonio Lamarca, “*Curso Expositivo de Direito do Trabalho*”, RT, 1972, página 39.
- 05 Messias Pereira Donato, “*Curso de Direito do Trabalho*”, Saraiva, 1977, 2ª edição, página 124.
- 06 Irany Ferrari e Melchíades Rodrigues Martins, “*CLT-doutrina – jurisprudência predominante e procedimentos administrativos*”, vol. 01, LTR, 2006, página 92.
- 07 Américo Plá Rodriguez, “*Princípios de Direito do Trabalho*”, Ltr e Editora da universidade de São Paulo, 1978, páginas 28/9.
- 08 A F. Cesarino Júnior, “*Direito Social*”, Ltr e Editora da Universidade de São Paulo, 1980, página 46.
- 09 Maria do Rosário Palma Ramalho, “*Direito do Trabalho – Parte I – Dogmática Geral*”, Almedina, 2005, página 490.
- 10 Roberto Dromi, “*Sistema Jurídico e Valores Administrativos*”, Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, página 73.
- 11 Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “*Princípios do Direito Público*”, artigo inserto em obra coletiva “*Fundamentos do Estado de Direito – Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*”, organizador Humberto Ávila, Malheiros Editores, 2005, página 112.
- 12 Miguel Rodriguez-Piñero, “*Constituição, Direitos fundamentais e Contratos de Trabalho*”, Revista Trabalho & Doutrina, nº 15, Saraiva, dezembro/1997, página 25.
- 13 Cinthia Maria da Fonseca Espada, “*O Princípio Protetor do Empregado e a Efetividade da Dignidade da Pessoa Humana*”, Ltr, 2008, página 96.
- 14 Ricardo Tenório Cavalcante, “*Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador*”, Livraria do Advogado Editora, 2008, PA, página 52.
- 15 Ana Cristina Costa Meireles e Edilton Meireles, “*A Intangibilidade dos Direitos Trabalhistas*”, Ltr, 2009, página 77.
- 16 Augusto César Leite de Carvalho, “*Direito Individual do Trabalho*”, Editora Forense, RJ, 2007, 2ª edição, página 93.

- 17 Washington Luiz da Trindade, “*As Normas Laborais nas Constituições Modernas*”, Revista Trabalho & Doutrina, nº 15, Saraiva, dezembro/1997, página 31.
- 18 Mario Garmendia Arigón, “*Ordem Pública e Direito do Trabalho*”, Ltr, 2004, página 101.
- 19 Mario Garmendia Arigón, “*Valores y Principios Fundamentales del Derecho del Trabajo: Vigencia Actual y Perspectivas de Futuro*”, Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, nº 29, 2006, páginas 153/4.
- 20 Mario Garmendia Arigón, “*Valores y Principios Fundamentales del Derecho del Trabajo: Vigencia Actual y Perspectivas de Futuro*”, Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, nº 29, 2006, página 154.
- 21 Manoel Jorge e Silva Neto, “*Direito Constitucional*”, Lumen Juris Editora, RJ, 4ª edição, 2009, página 738.
- 22 Gabriel Menna Barreto Von Gehelen, “*O Chamado Direito Civil Constitucional*”, “*A Reconstrução do Direito Privado*”, org. Judith Martins-Costa, RT, 2002, página 179.
- 23 Miguel Rodriguez-Piñero, “*Constituição, Direitos fundamentais e Contratos de Trabalho*”, Revista Trabalho & Doutrina, nº 15, Saraiva, dezembro/1997, página 24.
- 24 Dânia Fiorin Longhi, “*Teoria do Conglobamento – Conflito de Normas no Contrato de Trabalho*”, LTr, 2009, página 63.
- 25 Lauro Augusto Moreira Maia, “*Novos Paradigmas do Direito Civil*”, Juruá Editora, 2007, página 45.
- 26 José Camacho Santos, “*O Novo Código Civil Brasileiro em suas Coordenadas Axiológicas: do Liberalismo à Socialidade*”, Revista da Ajuris, ano XXIX, nº 88, tomo I, Dezembro 2002, página 197.
- 27 Roberto Senise Lisboa, “*Manual de Direito Civil*”, vol. 03, RT, 3ª edição, páginas 133/4.
- 28 Paulo Lôbo, “*Direito Civil – Parte Geral*”, Saraiva, 2009, página 48.

- 29 Cláudia Lima Marques, “*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*”, RT, 3ª edição, 2ª tiragem, página 96.
- 30 Cláudia Lima Marques, “*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*”, RT, 3ª edição, 2ª tiragem, páginas 100/1.
- 31 João Del Nero, “*Interpretação Realista do Direito – e seus reflexos na sentença*”, RT, 1987, página 09.
- 32 Ana Virginia Moreira Gomes, “*A Aplicação do Princípio Protetor no Direito do Trabalho*”, Ltr, 2001, páginas 132/3.
- 33 Arion Sayão Romita. “*O Princípio da Proteção em Xequê*”, Revista Ltr 66-06/655.
- 34 Arion Sayão Romita, “*O Princípio da Proteção em Xequê*”, Revista Ltr 66-06/655.
- 35 Augusto César Leite de Carvalho, “*Direito Individual do Trabalho*”, Editora Forense, RJ, 2007, 2ª edição, página 92.
- 36 Ana Paula Pellegrina Lockmann e Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani, “*A Influência da Necessidade na Atuação Sindical*”, em Tarcio José Vidotti e Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani (coordenadores), “*Direito Coletivo do Trabalho em uma Sociedade Pós-Industrial – Estudos em homenagem ao Ministro Antonio José de Barros Levenhagen*”, Ltr, 2003, páginas 295/6.
- 37 a citação de Eurípedes foi retirada do volume XXII, “*Teatro Grego*”, Clássicos Jackson, W. M. Jackson Inc. Editores, 1970, página 216.
- 38 Miguel Rodriguez-Piñero, “*Constituição, Direitos fundamentais e Contratos de Trabalho*”, Revista Trabalho & Doutrina, nº 15, Saraiva, dezembro/1997, páginas 24/5.
- 39 Américo Plá Rodríguez, “*Tendencias Actuales del Derecho Laboral*”, “*Tendencias Actuales del Derecho*”, José Luis Soberanes Fernández (org.), Universidad Nacional Autónoma de México-Fondo de Cultura Económica, México, 2001, páginas 163/4.

- 40 Américo Plá Rodríguez, “*Tendencias Actuales del Derecho Laboral*”, “*Tendencias Actuales del Derecho*”, José Luis Soberanes Fernández (org.), Universidad Nacional Autónoma de México-Fondo de Cultura Económica, México, 2001, página 164.
- 41 Félix F. Morales Luna, “*La Protección de los Derechos Laborales em el Nuevo Escenário Social*”, in “*Litigio y Políticas Públicas em Derechos Humanos*” (org. Felipe González), publicação da Faculdade de Direito da Universidade Diego Portalis, novembro/2002, página 306.
- 42 Paulo Roberto Vieira Rocha, “*Dignidade x Flexibilização de Direitos: Binômio da Nova Desordem Mundial*”, in “*Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região*”, vol. 11, nº 08, página 58.
- 43 Nestor de Buen Lozano, “*El Futuro del Derecho del Trabajo*”, “*Tendencias Actuales del Derecho*”, José Luis Soberanes Fernández (org.), Universidad Nacional Autónoma de México-Fondo de Cultura Económica, México, 2001, página 90.
- 44 Nestor de Buen Lozano, “*El Futuro del Derecho del Trabajo*”, “*Tendencias Actuales del Derecho*”, José Luis Soberanes Fernández (org.), Universidad Nacional Autónoma de México-Fondo de Cultura Económica, México, 2001, página 93.
- 45 Ramírez Bosco, “*Para Una Introducción al Derecho del Trabajo*”, Buenos Aires, 2000, páginas 21/2, apud Gabriela Alejandra Vázquez, “*El Regreso al Derecho Civil para la Protección del Trabajador*”, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2004, Buenos Aires, página 22.
- 46 Sérgio Alberto de Souza, “*Reengenharia Social e Depreciação do Trabalho: Como e Por Quê?*”, *Revista Trabalho & Doutrina*, nº 15, Saraiva, dezembro/1997, páginas 119/120.
- 47 Américo Plá Rodríguez, “*Tendencias Actuales del Derecho Laboral*”, “*Tendencias Actuales del Derecho*”, José Luis Soberanes Fernández (org.), Universidad Nacional Autónoma de México-Fondo de Cultura Económica, México, 2001, página 161.

- 48 Gustavo Tepedino, “*Temas de Direito Civil*”, 3ª edição, 2004, Renovar, página 61.
- 49 Carlos E. Pittamiglio, “*El Derecho del Desarrollo Social*”, “*Tendencias Actuales del Derecho*”, José Luis Soberanes Fernández (org.), Universidad Nacional Autónoma de México-Fondo de Cultura Económica, México, 2001, página 149.
- 50 Miguel Rodríguez-Piñero, “*Constituição, Direitos fundamentais e Contratos de Trabalho*”, Revista Trabalho & Doutrina, nº 15, Saraiva, dezembro/1997, página 25.
- 51 Aldacy Rachid Coutinho, prefácio ao livro de Fernando Hoffmann, “*O Princípio da Proteção ao Trabalhador e a Atualidade Brasileira*”, Ltr, 2003, página 16.
- 52 Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, “*Direito do Trabalho*”, Almedina, 2008, página 18.
- 53 Américo Plá Rodríguez, “*Tendencias Actuales del Derecho Laboral*”, “*Tendencias Actuales del Derecho*”, José Luis Soberanes Fernández (org.), Universidad Nacional Autónoma de México-Fondo de Cultura Económica, México, 2001, página 164.
- 54 Mario Garmendia Arigón, “*Valores y Principios Fundamentales del Derecho del Trabajo: Vigencia Actual y Perspectivas de Futuro*”, Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, nº 29, 2006, página 153.

PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO REVISITADO

Rodrigo Lychowski (*)

1. Introdução

É fato notório que o Direito Laboral surgiu para impor limites à autonomia de vontade privada, com caráter corretivo, destinado a tutelar o trabalhador, face a sua notória – para não dizer revoltante – hipossuficiência, econômica e social, em face do empregador.

Isso explica a edição de tantas leis, a começar pela Inglaterra, e que depois se espalharam pelos demais países, inclusive o nosso, sobretudo na Era Vargas, e talvez mais importante do que isso, a mudança de concepção do Estado, que passou a intervir na questão social, especificamente, nas relações de trabalho, deixando de ser omissivo, e não permitindo mais que o mercado resolvesse sozinho os conflitos sociais oriundos do universo trabalhista.

Enfim, tudo caminhava bem; a ideia do Estado do Bem-Estar Social de Roosevelt produzia efeitos satisfatórios, até que sobreveio, nos início dos 90 (noventa) um fenômeno da era da modernidade, conhecidos por todas as pessoas, desde os ricos até

(*) Professor Assistente de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da UERJ.
Mestre em Direito da Cidade pela UERJ.
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior.
Membro da União dos Juristas Católicos do Rio de Janeiro.

os mais pobres – a globalização econômica – que enfraqueceu substancialmente o Estado e o Direito e que foi muito bem analisada por José Eduardo Faria ⁽¹⁾.

Como consequência da globalização econômica, inúmeros efeitos foram produzidos, dos quais merecem destaque para o presente estudo, *a flexibilização e a desregulamentação do Direito do Trabalho*.

E em que consistem a flexibilização e a desregulamentação do Direito Laboral? Para defini-los, alguns prévios esclarecimentos se fazem necessários.

É que existe uma gama considerável de juslaboristas de renome, dentre eles, Otávio Magano, Arion Sayão Romita e Sérgio Pinto Martins ⁽²⁾, que encaram favoravelmente tanto a flexibilização quanto à desregulamentação do Direito Laboral, sob o argumento de ambos importam na modernização da CLT e do Direito do Trabalho às circunstâncias, modificações e necessidades modernas, que são radicalmente distintas das circunstâncias e condições existentes em 1943, ano no qual a CLT foi editada. Alegam ainda que não existe mais espaço nem tampouco sustentação teórica para a manutenção no Direito do Trabalho atual do princípio da proteção ao trabalhador.

Todavia, a segunda corrente ⁽³⁾, que é veementemente crítica em relação à flexibilização e desregulamentação do Direito do Trabalho – corrente do qual nos inserimos – define a flexibilização como um mecanismo através do qual o Estado retira-se de novo de cena, tal como no passado, e delega sua atribuição para que as entidades sindicais, através da celebração de convenções e acordos coletivos de trabalho, estipulem as normas e condições de trabalho, com a ressalva de respeitar o mínimo de garantia assegurado aos trabalhadores (artigo 7º., *caput*, e seus incisos).

¹ FARIA, José Eduardo, org. “*Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*”. São Paulo: Malheiros editores, 1998.

² Otávio Magano, Sérgio Pinto Martins, Luiz Carlos Amorim Robortella, Arion Sayão Romita, entre outros.

³ Benedito Calheiros Bonfim, José Affonso Dallegrave Neto, etc.

Já na desregulamentação do Direito Laboral a ruptura é mais drástica, pois é admissível até mesmo a eliminação do mínimo de garantias ⁽⁴⁾.

Os dados acima apontados apresentam um fato inexorável e inafastável: aqui, em nosso país, o Direito do Trabalho, assim, como nos demais países, atravessa uma grave **crise**.

E aqui não há como não reconhecer a existência de uma “ironia”: criado como dissidência em relação ao Direito Civil em face do capitalismo selvagem vigente que imperava no mundo do trabalho, no quadro atual, o Direito Civil está muito mais “publicizado”, mais conforme com o princípio da dignidade da pessoa da humana, enquanto o Direito Laboral *involuiu*, porquanto não está em consonância com o valor social do trabalho.

Como explicar esse paradoxo, essa incongruência?

A resposta a isso, encontramos no juslaborista Délio Maranhão ⁽⁵⁾ que dizia, numa visão “profética”, que uma das características do Direito do Trabalho é a sua *ambiguidade*, que significa que, embora o Direito Laboral tenha sido criado para proteger o trabalhador hipossuficiente, inúmeras vezes ele se volta contra ele.

Não obstante a existência dessas contradições e paradoxos dentro do Direito Laboral, consideramos que o princípio da proteção ao trabalhador hipossuficiente, à semelhança do que ocorreu na formação do Direito do Trabalho **continua** sendo um princípio basilar, fundamental do mesmo.

O objetivo do presente artigo, porquanto, é, por um lado, demonstrar a manutenção do princípio da proteção, bem como apresentar argumentos contrários à tese de que tal princípio não existe mais no Direito do Trabalho.

⁴ Benedito Calheiros Bonfim, in “*Globalização, Neoliberalismo e Direitos Sociais*”. MACCALÓZ, Maria Salete Polita et al. Rio de Janeiro: Destaque, 1997, pág.43.

⁵ MARANHÃO, Délio. ob.cit, pág.18.

2. Manutenção X eliminação do princípio da proteção: breve análise dialética

Numa análise sintética, vejamos quais os argumentos apontados por aqueles doutrinadores que consideram injustificável a manutenção na atualidade do princípio da proteção ao trabalhador no Direito do Trabalho atual.

O primeiro argumento é o de que o princípio da proteção ao obreiro supostamente constitui uma *afronta ao caráter sinalagmático* do contrato de trabalho, na medida em que tal caráter atribui a cada um dos sujeitos do contrato determinadas obrigações que são **equivalentes**, a saber, enquanto o empregado tem a obrigação de fazer – trabalhar de forma subordinada ao empregador -, este, por seu turno, tem a obrigação de, em troca do trabalho que lhe foi prestado, pagar salário.

Seguindo essa linha de raciocínio não se justificaria proteger de forma especial o obreiro, sob pena de se afastar o caráter equivalente, sinalagmático do contrato de trabalho. O juslaborista Romita ⁽⁶⁾ ainda vai mais longe, sustentando que o instituto da **justa causa** (artigo 482 da Consolidação), que “**priva o empregado dos direitos rescisórios**” (grifos nossos), corrobora tal posicionamento.

Discordamos desse argumento, uma vez que as condições de desigualdade econômica e social do empregado, que existiam durante o período da Revolução Industrial no século XIX, e que podem ser resumidas pelas expressões, “salário de fome” (Délío Maranhão) e “homem lobo do homem” (Thomas Hobbes) **persistem** nos dias de hoje.

O Direito do Trabalho não pode fechar os seus olhos para a realidade social atual de grave iniquidade social: milhares de

⁶ Romita, Arion Sayão. “*O princípio da proteção em xeque*”. São Paulo: Ltr.

trabalhadores brasileiros sem receberem o salário mínimo, e sem terem a sua CTPS assinada (não obstante atuarem como verdadeiros empregados); outros milhares de trabalhadores cujo FGTS não é recolhido pelos empregadores, etc.

Enquanto existir – tal como ocorre nos dias atuais – a desigualdade **real** do trabalhador em face do patrão, o contrato de trabalho somente será *verdadeiramente sinalagmático* -, ou seja, **equivalente em sua plenitude**, se for outorgado ao trabalhador do séc. XXI, que permanece hipossuficiente em face de seu empregador, uma superioridade jurídica de forma a compensar sua inferioridade econômica e social, consoante sabiamente defendia Gallart Folch.

E isso se concretiza através do princípio da proteção. Neste falar, parece-nos oportuno citar o artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (do qual o nosso Estado é signatário), segundo o qual “todo o trabalhador tem direito a receber uma remuneração **justa e razoável**, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência **compatível** com a **dignidade humana**” (grifos nossos).

Ora, o direito de todo trabalhador pátrio receber salário **justo**, que significa, simultaneamente na **obrigação** de todo empregador **pagar salário justo**, em nosso pensar, implica na adoção do princípio da proteção ao trabalhador para reger as obrigações sinalagmáticas do contrato laboral.

E quanto ao instituto da justa causa do empregado, a nosso ver ele não comprova que o princípio da proteção não pode subsistir. E a razão é simples: a falta grave é uma punição **justa e merecida** aplicada ao empregado, por ter esse rompido de forma grave a relação de confiança nele depositada pelo empregador.

Se não existisse o referido instituto, o Direito do Trabalho cairia no *maniqueísmo*, e inclusive correria o sério risco de perder o seu caráter *científico* enquanto disciplina jurídica.

Outro argumento apontado é o de que a adoção do princípio da proteção perpetuaria o status de submissão do trabalhador em face de seu empregador, constituindo, na realidade num sentimento de comiserção, de pena ao operário.

Proteger o trabalhador, ao invés de perpetuar o seu estado de submissão ao empregador, consiste, em primeiro lugar, em tratar o empregado como uma pessoa, dotada de dignidade humana, ao invés de tratá-lo como se fosse um robô, ou uma mercadoria, tal como ocorria na época da Revolução Industrial, tão bem descrita e retratada por Charles Dickens, Émile Zola e Victor Hugo.

Assim, a proteção ao empregado é uma condição *sine qua nom* para ao menos minimizar a sua inferioridade econômica e social, e isso só é possível através do estabelecimento de um mínimo de garantias no texto constitucional e na CLT. Caso contrário, não haveria verdadeiramente diferença entre o trabalhador e o escravo ou semi-escravo.

Por outro lado, somente através da obrigatoriedade de concessão de um rol **obrigatório, cogente** de direitos trabalhistas – como o salário mínimo, férias, etc. – pelo empregador é que se *limita, de forma efetiva*, a liberdade contratual do empregador. Se não fosse assim, imperaria a lei da selva.

Pensamos, assim, que não se falar que o princípio da proteção **“fortalece o protetor e debilita o protegido”** ⁽⁷⁾ (grifos nossos). Muito pelo contrário!

Mas, insistem os juslaboristas contrários ao princípio protetivo, como justificar a proteção a um dos sujeitos do contrato de trabalho, se nas demais disciplinas jurídicas, como o Direito Administrativo, Civil, Tributário, entre outros, não se outorga proteção especial a nenhum dos sujeitos de uma relação jurídica?

Antes de mais nada, é bom chamar a atenção para o fato de que, especificamente no Direito Administrativo, ainda existem muitos

⁷ Romita, *idem*.

autores que defendem a existência em tal disciplina do princípio da “**supremacia do interesse público sobre o interesse privado**” – o que denota a posição de revelo que ocupa nele a Administração Pública -, sendo que a relativização ou abolição de tal princípio vem sendo questionada somente nesses últimos anos por alguns autores como Gustavo Binenbojm, Daniel Sarmiento ⁽⁸⁾, entre outros.

Todavia independentemente da citada ressalva, é preciso relembrar que o Direito Laboral constitui uma disciplina jurídica que possui diversas singularidades, e dentre elas destaca-se a sua especial dimensão social – já que ele está fundado na dignidade humana do trabalhador – e aqui não como há não citar o saudoso mestre e juslaborista Cesarino Junior ⁽⁹⁾, que sustentava, de forma inovadora, que ante tal singularidade, a natureza jurídica do Direito do Trabalho, não se enquadra, nem no direito privado e nem no direito público, mas no Direito Social, ou seja, num terceiro gênero.

Por outro lado, a finalidade precípua do Direito do Trabalho – historicamente e nos dias de hoje - é de proteger o trabalhador, em face da sua notória inferioridade econômica e social em face do empregador, que existia no século XIX e que persiste nos dias de hoje.

Como bem demonstrou Délio Maranhão ⁽¹⁰⁾ em sua obra clássica, a regulação do trabalho subordinado pelo Direito Civil napoleônico sob a ótica da justiça comutativa, e que impedia a intervenção do Estado em prol dos trabalhadores, sob a assertiva falsa de que o trabalhador estava em pé de igualdade em face de seu empregador – e daí o brocardo “quem diz contratual, diz justo”- aumentou ainda mais as desigualdades dos quais os trabalhadores eram vítimas.

⁸ SARMENTO, Daniel. (org). *“Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público.”* 2ª. tiragem Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁹ JUNIOR, Cesarino. *“Direito Social Brasileiro”* 6ª. Ed.. São Paulo: Saraiva, 1990.

¹⁰ MARANHÃO, Délio. Ob, cit., págs. 16 e 17.

Estando claro a necessidade, ou melhor, a **urgência**, da regulação do trabalho subordinado por uma outra disciplina jurídica, distinta do Direito Civil, e regida pela justiça distributiva aristotélica – “tratar os iguais igualmente, e os desiguais desigualmente, na medida em que se desigualem” – é que surgiu o Direito Laboral.

Sendo inegável que tais desigualdades do trabalhador em face de seu patrão persistem nos dias atuais – consoante já expusemos no decorrer do presente trabalho – parece-nos bastante razoável a manutenção do princípio da proteção no Direito do Trabalho.

Merece registro ainda o fato de que o Direito do Consumidor – parte especial do Direito Civil – considera os consumidores, através de previsão legal expressa como **hipossuficientes** em face dos **vendedores**, outorgando a aqueles uma **proteção especial**.

Mas a crítica, o “ataque” ao princípio da proteção não pára por aí: o argumento agora é o de que a previsão no texto constitucional da possibilidade de prejuízo concreto aos trabalhadores, a saber, da redução de seu salário (artigo 7º, inciso VI) e da majoração da duração do turno interrupto de revezamento (art. 7º, inciso XIV), através do que for estipulado em acordo ou convenção coletiva de trabalho - e que é denominada pelo juslaborista Romita, como “estipulação *in peius* (reforma para pior)” seria uma demonstração de que a própria Carta Magna de 1988 teria colocado em xeque o princípio da proteção ao obreiro.

Não há como negar que tais dispositivos – que constituem exemplos da adoção da *flexibilização da duração do trabalho* pelo legislador constituinte – efetivamente se contrapõem ao **caput** do artigo 7º. da CF/88 – já que reduzir salário e aumentar a duração de trabalho numa modalidade de trabalho extremamente extenuante – definitivamente **não melhoram o padrão** de vida e a **condição social** dos trabalhadores, tal como assegurado pelo citado *caput*.

Todavia, por outro lado, a existência de dispositivos constitucionais incompatíveis no bojo do texto constitucional é um

fenômeno considerado possível – e até mesmo previsível – para os constitucionalistas, até porque a Carta Magna de 1988, na feliz síntese de José Afonso da Silva constituiu uma “**síntese de forças progressistas e conservadoras**”. E vale lembrar que a Lei Maior, ao ser promulgada, sofreu a influência e a pressão advindas da globalização econômica, consoante já expusemos anteriormente.

Diante da constatação do choque, do conflito, da antinomia constitucional existente entre os artigos 7º, incisos VI e XIV com o artigo 1º, *caput*, bem como o artigo 1º, inciso IV (valor social do trabalho), como então resolvê-la?

Primeiramente, através da aplicação da regra de *hermenêutica*, segundo a qual, havendo conflito entre incisos e parágrafos com o *caput* do mesmo artigo – a saber, **incisos VI e XIV** com o *caput* do artigo 7º. – prevalece o *caput*.

Com isso, o artigo 7º, *caput* da CF/88, que ao prever um extenso rol de mínimo de garantias trabalhistas aos obreiros, além de outros “direitos que visem à **melhoria de sua condição social**” (**grifos nossos**), inegavelmente *abraçou o princípio da proteção ao trabalhador*, prevalece sobre as “**estipulações in peius**”, ou seja, os incisos **VI e XIV** do artigo 7º da CF/88.

Quanto ao conflito entre tais incisos VI e XIV do artigo 7º. com o artigo 1º., inciso IV da CF/88, recorremos à **teoria da ponderação de interesses** – que foi muito bem estudada pelo constitucionalista Daniel Sarmiento ⁽¹¹⁾ – segundo a qual, diante do choque entre duas normas constitucionais, “*prevalecerá àquela norma cujo interesse tutelado for mais relevante que o da outra norma*” (**grifos nossos**), ou seja, “(...) entre várias escolhas possíveis, (o intérprete) deve preferir aquela cujo resultado se lhe **afigure mais justo**” (**grifos nossos**).

¹¹ SARMENTO, Daniel. “*A ponderação de interesses na constituição federal.*” Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pág. 199.

Ora, sendo o fundamento do valor social do trabalho *um princípio fundamental, informador de todo o direito do trabalho pátrio*, o interesse por ele tutelado é, para nós, mais relevante do que o interesse tutelado pelos incisos VI e XIV do art. 7º da CF/88, resulta daí que o artigo 1º, inciso IV deve ser observado e aplicado, em detrimento do artigo 7º, incisos VI e XIV.

Dessa forma, não obstante a previsão das citadas “estipulações *in peius*”, consideramos que as mesmas não podem, ou melhor, não *devem*, afastar a aplicação do princípio de proteção ao trabalhador.

Talvez a crítica mais contundente à manutenção do princípio protetivo ao trabalhador no Direito do Trabalho na era da pós-modernidade consista no argumento de que, ainda que se admitisse – *ad argumentandum* – a existência de tal princípio no direito individual do trabalho, o mesmo não se pode dizer em relação ao direito **coletivo** do trabalho, que, evidentemente integra o Direito do Trabalho, ao lado do direito individual.

É que no contexto atual político em nosso país vigora um regime **democrático** – regido pela Constituição cidadã de 1988, na feliz expressão do Deputado Ulisses Guimarães – ao contrário do regime ditatorial instaurada por Vargas no Estado Novo (1937/1945), que, após outorgar a Constituição Federal de 1937, instituiu a Consolidação das Leis do Trabalho em 1943 como supostamente cópia da *Carta del Lavoro*, de cunho notoria e indiscutivelmente **fascista** (vale ressaltar que Valentin Carrion discorda parcialmente de tal posição, pois o mesmo reconhece que a CLT trouxe grandes avanços para o Direito individual do trabalho).

Ora, seguindo essa linha de raciocínio, em função da Carta Magna de 1988 consagrar a **liberdade sindical**, a autonomia privada coletiva, enfim a **negociação coletiva** de forma **ampla**, isso significa que o *Estado deve ceder espaço, ser substituído pelas entidades sindicais*, de tal forma que não haveria mais justificativa para a continuidade do princípio de proteção ao trabalhador no direito **coletivo** do trabalho, tal como ocorrera outrora na Era Vargas.

Pior do que isso, admitir o princípio protetivo em prol de uma categoria – a profissional – em detrimento de outra categoria – a econômica - colocaria *em risco* a existência de uma verdadeira livre *negociação coletiva*.

Ousamos discordar, uma vez mais, de tal argumentação, apesar de reconhecermos que a mesma tem consistência.

Numa visão *utópica, na esfera do ideal*, num regime democrático onde convivessem, se não em pé de igualdade, mas pelo menos com pouco grau de desigualdade, as categorias profissionais e econômicas, seria razoável aceitar a inexistência do princípio da proteção aplicável à categoria dos trabalhadores reunidos.

Todavia, o Direito Laboral precisa ser *realista*, ele não pode ser ingênuo, pois, afinal, uma das características mais importantes do contrato de trabalho é o de que ele é um *contrato-realidade*.

E qual a **realidade** das categorias profissionais e econômicas brasileiras, que são reguladas pelo direito coletivo do trabalho pátrio? Qual o percentual de sindicalização dos trabalhadores em nosso país? É muito baixo! A maioria dos sindicatos dos trabalhadores aqui é *forte, detentora de poder de barganha*, de tal forma que possa negociar, *de igual para igual*, com os sindicatos patronais e/ou empresas nas negociações coletivas? A resposta a essas indagações – cuja lista é enunciativa, e não exaustiva -, lamentavelmente, é **não!**

Esse quadro *real*, que em nosso pensar, deve se sobrepor a visão *utópica* da situação das categorias profissionais e econômicas no Brasil, justifica *doutrinariamente* a **defesa**, ou melhor, a **necessidade** da manutenção do princípio da proteção à categoria profissional.

Mas, onde podemos encontrar dispositivos constitucionais, legais, institutos ou princípios para **fundamentar** a manutenção do princípio protetivo à categoria dos trabalhadores? Em nosso modesto entendimento, em dois princípios: o primeiro, que se refere à *subversão da teoria da pirâmide de normas* de Hans Kelsen que ocorre no Direito Laboral, e que é admitida pela maioria dos

juslaboristas; e o segundo, o fundamento do *valor social do trabalho*, que constitui um princípio fundamental da República Federativa do Brasil e que é previsto no artigo 1º, inciso IV da Carta Magna de 1988.

Em relação à citada subversão, mitigação da teoria de normas kelseniana, não existe, assim consideramos, doutrinador que melhor tenha tratado de tal questão revolucionária do que o renomado Amauri Mascaro Nascimento.

Usando as palavras de Amauri Mascaro Nascimento, no Direito Laboral, ou seja, tanto no direito individual quanto no direito **coletivo do trabalho**, em razão de seu *pluralismo*, as fontes jurídicas estão dispostas de forma **flexível**, não havendo **rigidez** no que tange a *hierarquia* das normas jurídicas trabalhistas, significando com isso que, num caso concreto, havendo conflito entre duas fontes formais, será aplicada – com a ressalva de não haver norma proibitiva – àquela que for mais **favorável ao trabalhador**, ou seja, aquela que **outorgar mais garantias**, podendo ser uma convenção coletiva, lei, disposição contratual, Carta Magna, Convenção Internacional da OIT, etc.

De forma bem clara, Amauri Mascaro Nascimento conclui que no vértice da pirâmide de normas de Kelsen terá maior hierarquia, em cada caso concreto, a norma mais favorável ao trabalhador.

Ora, é evidente que o direito coletivo do trabalho está sujeito também a esse fenômeno da subversão da pirâmide de normas de Kelsen.

Já com relação ao valor social do trabalho, em razão de o mesmo constituir um **princípio fundamental do Estado e Direito brasileiro**, assim como do Direito do Trabalho pátrio, isso significa que **todos os institutos** do direito individual e **coletivo do trabalho**, devem obrigatoriamente estar em plena consonância com o citado princípio, fundamento, sob pena de os mesmos carecerem de *legitimidade*.

E o que significa e representa o valor social do trabalho? Sérgio Pinto Martins ⁽¹²⁾ sintetiza bem o significado do valor social do trabalho: “O Direito do Trabalho tem por fundamento melhorar as **condições sociais de trabalho** dos obreiros e também *suas situações sociais*, assegurando que o trabalhador possa prestar seus serviços num ambiente salubre, podendo, por meio de seu salário, ter uma vida *digna* para que possa desempenhar seu *papel na sociedade*. O Direito do Trabalho pretende *corrigir as deficiências* encontradas no âmbito da empresa, não só no que diz respeito às *condições* de trabalho, mas, também, para assegurar uma remuneração condigna a fim de que o operário possa suprir as necessidades de sua família na sociedade” (grifos nossos).

Percebe-se assim que o valor social do trabalho tem cunho nitidamente igualizante e consiste na aplicação da justiça distributiva aristotélica.

Deve ser mencionado ainda que o artigo 114 parágrafo 2º da Carta Magna de 1988 - com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional no. 45/04- estabelece que “a Justiça do Trabalho, no julgamento do dissídio coletivo deve respeitar as disposições **mínimas legais de proteção ao trabalho**, bem como as convencionadas anteriormente” (grifos nossos).

Ora, não está evidente, em tal dispositivo, a obrigatoriedade de observância do princípio da **proteção ao trabalho** nos dissídios coletivos, que é um dos **mais relevantes institutos** do direito coletivo do trabalho?

Diante disso, pensamos que não há como afastar o princípio da proteção à categoria profissional, o que significa que o direito coletivo do trabalho está sujeito também à incidência de tal princípio.

¹² MARTINS, Sérgio Pinto. “*Direito do Trabalho*”. 15ª. ed. São Paulo:Atlas, 2002, pág. 46.

3. Conclusão

Ao longo do presente artigo, abordamos através do viés *dialético*, a controvérsia sobre a manutenção ou não do princípio da proteção no Direito do Trabalho na era atual.

Após, a análise dos fundamentos contrários e favoráveis a tal princípio, procuramos demonstrar que somente através da manutenção do princípio protetor ao trabalhador hipossuficiente é que o Direito do Trabalho estará em conformidade com o fundamento do valor do social do trabalho, e assim estará apto a regular de forma justa as relações individuais e coletivas de trabalho.

Caso contrário, teremos um Direito Laboral desfigurado, dissociado da realidade laboral e incapaz de efetivar a justiça social em nosso país.

A NOVA PRINCÍPIOLOGIA PROTETIVA NO CONTRATO DE EMPREGO: A VISÃO PROMOCIONAL DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Renato de Almeida Oliveira Muçouçah (*)

Enfim, 1.943 vai ficando distante. Já o anunciara, há mais de quatro décadas, nosso patrono Antônio Ferreira Cesarino Júnior, quando previu – com inegável talento científico – a passagem de um direito “tuitivo” e meramente protecionista do Direito do Trabalho a um direito “estrutural”. Cesarino Júnior contestou com veemência quaisquer possibilidades de totalitarismo no desenvolvimento das atividades da empresa, como já houvera em épocas anteriores ¹. Afinal, a que se prestava este *totalitarismo* de que o grande jurista tanto falava? Ou, ainda mais: a quem ele interessava?

Por todas estas razões, cada vez mais a doutrina e a jurisprudência têm ressaltado que o princípio da proteção, em verdade, princípio não é. Arion Sayão Romita teve a coragem em afirmá-lo ao explicitar, textualmente, que “*não constitui função do direito – de qualquer dos ramos do direito – proteger algum dos sujeitos de dada relação social. Função do direito é regular a relação em busca da realização*”

(*) Mestre e Doutorando em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP. Pesquisador da FAPESP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social “Cesarino Júnior”.

¹ CESARINO JÚNIOR, A. F. *Direito Social Brasileiro*. v. 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1970. p. 13-14.

do ideal de justiça”². De fato, razão assiste a Romita e, também, a Cesarino Júnior: embora suas teses possam em mera aparência denotar antagonismos, a verdade é que se revelam íntimas e complementares. A função de um princípio jamais será protetiva – no máximo poder-se-á, com um princípio, justificar determinada inclinação interpretativa das normas. Todavia, o fundamento dogmático do direito do trabalho é a hipossuficiência de uma das partes contratantes, qual seja, o empregado. E esta simples razão, em nosso sentir, dispensa qualquer “princípio”, vez que a busca do ideal de justiça social inerente ao Direito do Trabalho, que funda toda a sua estrutura dogmática, já é suficiente para garantir e regulamentar os negócios jurídicos existentes neste específico campo do direito.

Todavia, o negócio jurídico trabalhista mais divulgado – o contrato individual de emprego – “ostenta natureza patrimonial e não pessoal. Contudo, força é reconhecer a existência de um denso componente pessoal na caracterização jurídica do contrato de trabalho, do qual decorrem os deveres de confiança recíproca e de execução de boa-fé no desenvolvimento da relação contratual”³. Por esta razão, propomos no presente estudo que a revisão de uma suposta “principiologia protetiva”, muito mais política que dogmática, seja analisada sob um real prisma de juridicidade: a plena e ampla proteção aos direitos humanos fundamentais dos trabalhadores nas relações de emprego, pelo forte e denso componente de subordinação e pessoalidade existentes nesta relação negocial ou, em outras letras, a criação de um verdadeiro *sistema de proteção* aos direitos humanos fundamentais dos trabalhadores, em todas as suas dimensões, como nas linhas que abaixo seguem.

² ROMITA, Arion Sayão. *O Princípio da Proteção em xeque e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003. p. 23.

³ ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 215.

1. Direitos humanos fundamentais

1.1. Denominação e conteúdo

Definir direitos fundamentais, já adianta Robert Alexy ⁴, não é tarefa das mais fáceis e, menos ainda, daquelas que logrem eficácia. Há diversas teorias que podem dizê-los, explicar-lhes o conteúdo, o que não deixa de tornar quase impossível a conceituação deste enunciado de uma maneira generalizante, de molde a abarcar concomitantemente todas as dimensões desses direitos. Haveria a possibilidade de definir genericamente direitos fundamentais como sendo aqueles que primam pela dignidade da pessoa humana. Mas um conceito tal, certamente, padeceria por sua elevada abstração.

Por outro lado, a adoção de diversas teorias possíveis concernentes à significação dos direitos fundamentais poderia pecar, por absoluto casuísmo, ao desfile descritivo de funções, aspectos e fins dos direitos fundamentais sem, contudo, teorizá-los. Pode-se utilizar dos abstratos conceitos das diversas teorias sobre direitos fundamentais no pêndulo nem sempre linear da composição dos interesses, na discrepância de interpretações quanto a uma dada situação fática sem que, de modo algum, isto possa constituir-se num sistema.

A celeuma que sobrevive nos contornos do conceito de direitos fundamentais existe, de per si, já no tocante à nomenclatura adotada: afinal, tratam-se de direitos humanos, direitos fundamentais ou direitos humanos fundamentais? Ou haveria, ainda, outras distinções e nomenclaturas possíveis?

Jorge Miranda ⁵ esclarece, antecipando sua preferência pela denominação direitos fundamentais, que a expressão remonta à

⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 39-42.

⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. v. 4. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 52-55.

Constituição de Weimar. O autor lusitano afirma que há de fato direitos do homem, independentes de positivação. No entanto, os direitos fundamentais revelam-se esses mesmos direitos, mas positivados na ordem jurídica, mormente no plano da Constituição. Ademais, estes direitos transcendem o plano do direito natural, a que a expressão “direitos do homem”, ou “direitos humanos”, parece inclinar. Há direitos fundamentais do trabalhador, direitos conferidos a instituições, entes coletivos, enfim, que ultrapassariam nitidamente as barreiras da clássica teoria difundida por Puffendorf.

No plano internacional, porém, prevalece o termo direitos humanos, demonstrando ficar mais clara a preocupação com o ser humano individualmente considerado, constituindo uma espécie de “mínimo ético” a ser seguido pelos Estados. De fato, a afirmação encontra respaldo não apenas na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1.948, como também na francesa Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1.789. Em que pese esta Declaração setecentista ser apenas francesa, oriunda de uma Revolução, a sua marca é nitidamente voltada ao caráter abstrato e generalizante que, afinal, funda a palavra homem (e não francês, simplesmente)⁶. Portanto, a expressão direitos humanos, ou direitos do homem, encontra-se firmada no cenário internacional desde há muito, o que parece embasar a afirmação do ilustre autor das terras de além-mar.

No entanto, a razão não parece assistir, ao menos em completude, a quem pense encontrar-se o termo direitos humanos vinculado ao ideário jusnaturalista. É o positivista Norberto Bobbio quem corrobora tal tese, quando versa sobre o fundamento dos direitos humanos. Deve-se buscar o fundamento de algo, salienta o autor italiano, deduzindo-o de um dado objetivo humano, ou considerando as suas evidências, ou no consenso estabelecido. Ora, a natureza

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 129.

humana não pode ser considerada um dado necessariamente objetivo, posto que valores relacionados a ela, no curso da história, foram interpretados de maneiras as mais diversas. Também no mesmo diapasão, tudo o que parece evidente, à luz dos tempos, poderá não mais sê-lo. Para Bobbio, “a liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever-ser”⁷.

Um valor que atinge, pela primeira vez, o consenso internacional é, justamente, a proteção aos direitos humanos. Isto em 1.948, quando da Declaração Universal dos Direitos do Homem, restou sobejamente demonstrado: por meio de seus representantes a maior parcela da população mundial, independentemente das categorias religiosas a que pertenciam, firmaram um consenso, um mínimo ético a ser seguido por todos os povos, na tendência de universalização que, afinal, marca a expressão direitos humanos. Celso Lafer⁸ explica que desde o seiscentista Grócio as tendências jusnaturalistas tentam desvincular razões transcendentais, como a crença em Deus, do conceito de *razão humana*, a qual fundaria a possibilidade internacional do reconhecimento dos direitos humanos. Seguramente o jusnaturalismo contribuiu, e muito, com a formação e a afirmação desses direitos, em que pesem as procedências da crítica apresentada por Bobbio.

Antônio Enrique Pérez-Luño define os direitos humanos como “*un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas*”⁹. O próprio autor adverte que se pode oferecer

⁷ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Campus, 2004.p. 49.

⁸ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 38.

⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003. p. 48. Em tradução livre: “*um conjunto de facultades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas*”.

algumas objeções a tal definição, pois é evidente que direitos humanos apenas podem referir-se a necessidades também humanas. Tratar-se-ia, pois, de uma definição tautológica. No entanto, a pertinência da expressão *necessidades humanas* explica-se por razões históricas, que contribuem para a significação destes direitos. Há menos de dois séculos sequer se imaginava direitos humanos de natureza social e econômica, o que acentua o alargamento da concepção do que vem a ser estritamente necessário para a pessoa humana. Por isto, a citada definição reforça esse sentido.

Por outro lado, ainda segundo Pérez-Luño, citar dignidade, liberdade e igualdade na definição do que são direitos humanos poderia conferir um caráter teleológico a esse conceito¹⁰. De fato, os homens não são, por natureza, livres ou iguais; eles assim se tornam em razão, geralmente, do mundo construído – ou, em específico, do mundo das leis, mediando o Poder e a sociedade de maneira não só vertical como, também, em uma espécie de teia de relações. E Miguel Reale¹¹ demonstra como as teses do jusnaturalismo e do juspositivismo, ora apontando como explicação o sujeito, ora o fato, constituem-se em arcabouço insuficiente para a explicação do direito e a nosso ver, também, dos direitos humanos. Toda forma de conhecimento está conectada à maneira como o sujeito consegue enxergar e apreender o objeto, sendo esta sua visão condicionada por fatores históricos e sociais pertinentes ao momento cultural do apreensor e do apreendido. A visão positivista e a naturalista, portanto, contribuíram para explicar, mas não explicaram, em definitivo, os direitos humanos e, menos ainda, sua nomenclatura. É nesse sentido que procede a observação, em outra obra, do jurista Antonio-Enrique Pérez-Luño¹², quando estabelece muito claramente

¹⁰ *Op. cit.*, p. 49.

¹¹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 97-129

¹² PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1993. p. 43-51.

que juspositivismo e jusnaturalismo se complementam no delinear dos direitos humanos: foi a associação entre o ideário humanista trazido pela segunda vertente, aliada às técnicas de positivação da primeira, que propiciaram a amplitude dos direitos humanos no plano internacional. Nesse particular é que a expressão direitos humanos, como aludido, ganha sua projeção internacional, supra-positiva, prévia, legitimadora e fundante dos direitos fundamentais, sendo estes os direitos positivados no ordenamento jurídico. Desta maneira, os direitos humanos constituem-se em um conjunto de direitos que concretizam a dignidade, a liberdade e a igualdade humanas, ao passo que os direitos fundamentais são os direitos humanos que um Estado reconhece, geralmente no patamar constitucional, de molde a permitir uma tutela mais robusta que a conferida aos demais.

Acorda com esta distinção também, entre nós, Ingo Wolfgang Sarlet, para quem “*reconhecer a diferença, contudo, não significa desconsiderar a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais*”¹³. Não é muito diversa a posição de Fábio Konder Comparato¹⁴ o qual, todavia, considera relevante uma ressalva: a de que sejam positivados como direitos fundamentais certos privilégios da minoria dominante; esse critério de distinção parece-nos cimeiro, pois foge ao conceito positivista baseado, tão-só, no consenso. Será necessário buscar outras maneiras de se distinguir o que é direito fundamental e o que não é, provavelmente baseando-se no fundamento mesmo dos direitos humanos: a consciência ética coletiva, a convicção de que determinados valores concernentes à dignidade da pessoa humana merecem integral respeito, ainda que

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 39.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 57-58.

não positivados. No entanto, parcela da doutrina vem considerando adequada a expressão direitos humanos fundamentais ¹⁵, à qual aderimos neste trabalho.

Os argumentos apresentados por Sérgio Resende de Barros parecem-nos suficientes para a anotação de nossa preferência terminológica que traz, também, efeitos práticos. Para o autor, a separação dos conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais põe os primeiros em uma “*situação deontológica imprecisa e insegura, sem uma definição positiva, que deveriam ter mas não têm, daí aparecendo sem tutela ou concreção reforçada*” ¹⁶. De fato, transformar os direitos humanos em instâncias informadoras dos direitos fundamentais – estes, e apenas estes, passíveis de serem exigidos – é retirar-lhes a própria característica de direito, posto ser próprio ao direito a observância obrigatória, se necessário, coercitivamente. O direito é, inevitavelmente, algo exigível, assim como os direitos humanos o são, independentemente de encontrarem-se positivados ¹⁷.

Isso significa que, diante de determinadas situações, por mais triviais que à aparência possam manifestar-se, a necessidade humana pode tornar um direito como fundamental. O direito à medicação, por exemplo, é citado por Sérgio Resende de Barros: diante do flagelo da AIDS os medicamentos existentes contra essa síndrome (protegidos pelo direito de patentes) acabam por tornar-se de relevância crucial para a humanidade.

¹⁵ A nomenclatura vem sendo adotada por juristas, sobretudo, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Dentre estes podemos citar FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005; MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

¹⁶ BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 39.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 47.

Isso significa que, de acordo com o momento histórico vivenciado, um direito – como o direito à medicação – pode tornar-se fundamental, pelo simples fato de ser útil, indispensável ao bem-estar da humanidade. No sistema positivo, a toda evidência, os direitos humanos fundamentais não se encontram estabelecidos às minúcias, vez que as circunstâncias da vida cotidiana que exigem tutela são inexauríveis, restando impossível, portanto, uma tipologia casuística que não deixasse de contemplar uma ou outra situação do mundo dos fatos.

É essa também a posição de Pérez-Luño, embora não adote a nomenclatura direitos humanos fundamentais¹⁸. Para este autor, a fundamentação *objetivista* dos direitos humanos – que os concebe como um sistema de valores objetivos, unidos materialmente e que significam a maior expressão axiológica da comunidade, aliada à fundamentação *subjetivista* desses direitos – que os concebe como garantias do indivíduo frente ao poder do Estado, contribuíram, em conjunto, para afirmar o conteúdo multifuncional dos direitos humanos fundamentais, de forma a atender aos objetivos diversos que se podem cogitar numa sociedade pluralista.

Claro está que tal definição poderá pecar pela abrangência indefinida de conteúdos possíveis, de modo a causar instabilidade jurídica nas relações sociais. É uma crítica que poderá ser feita, certamente, e não ao todo desprovida de razão. No entanto, se nos limitarmos apenas aos fatos já ocorridos – em outras palavras, à experiência jurídica, ou, em outro viés, à norma formalmente estabelecida, os caminhos a serem trilhados pelos direitos humanos fundamentais se perderão entre a concretude, a delimitação que o cotidiano lhes traz, e entre os valores éticos que se pretende proteger. Trata-se, portanto, de verificar o conteúdo dos direitos humanos fundamentais tendo em conta não apenas a experiência jurídica, ou um ideal vazio, mas seu caráter emancipador.

¹⁸ *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 176.

1.2. Sistemas abertos e sistemas fechados de direitos humanos fundamentais: a discussão em favor da construção da democracia nas relações de trabalho

1.2.1. Concepções filosóficas do direito e os princípios jurídicos

À vista do exposto, é de se questionar qual a estrutura do sistema normativo dos direitos humanos fundamentais. Sob o prisma do pós-positivismo as normas jurídicas podem ser divididas, basicamente, em dois grupos: normas de conduta e de competência. As primeiras prescrevem uma linha de ação, ao passo que as segundas “*são diretivas que dispõem que as normas que são criadas em conformidade com um modo estabelecido de procedimento serão consideradas como normas de conduta*”¹⁹. Isso traduz a medida da coação ínsita ao direito, ou seja, que o direito é a forma pela qual se estabelecem determinadas condutas, cujo respeito poderá exigir-se mediante tutela estatal²⁰.

¹⁹ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bibi. Bauru: Edipro, 2000. p. 57.

²⁰ Em KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 35 ss., ressalta o autor muito bem esse papel coativo do direito, o qual poderá requerer, para a sua observância, até mesmo o emprego da força física. Para esse autor, apenas a comunidade jurídica detém esse monopólio de coação embora, no curso da História, cada vez mais o emprego da força física venha sendo evitado e, por isso, reduzido apenas aos fatos anti-jurídicos que estritamente o requeiram. Assim, conforme menciona à p. 64-65, “*uma ordem jurídica, se bem que nem todas as suas normas estatuem atos de coação, pode, no entanto, ser caracterizada como ordem de coação, na medida em que todas as suas normas que não estatuem elas próprias um ato coercitivo e, por isso, não contenham uma prescrição mas antes confirmam competência para a produção de normas ou contenham uma permissão positiva, são normas não-autônomas, pois apenas têm validade em ligação com uma norma estatuidora de um ato de coerção. E também nem todas as normas estatuidoras de um ato de coerção prescrevem uma conduta determinada (a conduta oposta à visada por esse ato), mas somente aquelas que estatuem o ato de coação como reação contra*

Portanto, ainda que nos valhamos destes postulados a norma jurídica – mesmo a constitucional – não se limita ao seu texto formalmente estabelecido. Este é *norma*, mas não *norma jurídica*, posto que norma jurídica seja a interpretação que se faz das letras estabelecidas no diploma legal, de molde a engendrar tanto um enunciado normativo geral, que é o produto interpretativo textual, quanto o enunciado normativo específico, que é a sua aplicação ao caso concreto. É o resultado da interpretação da norma que traduz o significado de normatividade ²¹.

No sistema positivista, porém, o ordenamento jurídico se atém apenas às regras previamente estabelecidas. Portanto, para essa vertente, o sistema jurídico baseia-se apenas num sistema de regras, sejam elas estabelecidas formalmente, mediante algum diploma jurídico, ou pelo consenso da sociedade, que aceita determinadas

uma determinada conduta humana, isto é, como sanção. Por isso o Direito, ainda por esta razão, não tem caráter exclusivamente prescritivo ou imperativista”, não deixando, contudo, de constituir-se em comandos que poderão ser exigidos. Alf Ross, op. cit., corrobora em linhas gerais a visão kelseniana. Se a ideia de coerção do direito fosse interpretada apenas em sentido estrito, as já citadas normas de competência não poderiam ser consideradas como direito, visto não serem respaldadas pela força. Assim, para Ross, à p. 78, “*é forçoso, portanto, que insistamos que a relação das normas jurídicas com a força consiste no fato de que se referem à aplicação da força e não que são respaldadas pela força*”. Por fim BOBBIO, Norberto, em *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 158, estabelece claramente como se dá a coação no âmbito do ordenamento jurídico moderno. Esse estabelecimento proposto por Bobbio respeita à passagem dos indivíduos do estado de natureza ao estado civil, quando o direito regulamenta, inicialmente, quem deverá usar a força (o Estado e os seus órgãos). Ato seguinte deverá o direito regrar quando a força deverá ser utilizada, a fim de que não o seja arbitrariamente de molde a permitir, desta feita, a segurança jurídica das diversas relações sociais. Ademais, o direito deve indicar, com precisão, como a força deve ser exercida, bem como a quantidade de força a ser empregada caso a caso

²¹ QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais (teoria geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 85-87.

práticas como válidas. Caso tais práticas não sejam levadas a bom termo por algum dos indivíduos, estará ele infringindo, no postulado positivista, uma *obrigação jurídica*. As regras, sejam estritamente consolidadas em diploma, sejam adotadas pelo uso social, compõem o ordenamento. Mas, por óbvio, nem sempre se pode antecipar todas as possíveis condutas existentes em sociedade: diante de casos problemáticos ou inéditos, algum sujeito que detém o poder delegado do Estado – o juiz, neste caso, deterá o poder discricionário para criar novas normas.

Esse modelo, criticado por Ronald Dworkin, não é possível de aplicar-se a uma sociedade complexa, multifacetada, pois as regras dos grupos não podem ser consideradas soberanas em relação aos demais, por exemplo²². No entanto, justamente o citado modelo alvo da crítica de Dworkin – crítica essa que aplaudimos, bem que se ressalte – trouxe, em nosso sentir, uma produção cultural não apenas do direito em si, mas de práticas sociais tidas como legítimas ou ilegítimas, de acordo com as decisões firmadas pelos aplicadores do direito ao longo dos tempos.

As formas como o direito foi construído a partir das práticas judiciárias engendraram um discurso de verdade, ou ainda mais, um discurso criador de verdades que, ao seu cabo, influenciou na formação da subjetividade dos indivíduos²³. A partir da definição jurídica de como se dão as regras do jogo social, os indivíduos são moldados em sua personalidade e em seus valores.

Este argumento talvez seja um breve indício das dificuldades existentes em se fazer coativa, na prática, a observância dos direitos humanos fundamentais especialmente dos trabalhadores, pessoas que

²² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 27-29. ²³ BARROS, Sérgio Resende.

²³ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU, 2005. p. 11.

foram também disciplinadas, ao longo dos tempos, ao respeito demasiado e por vezes cego à hierarquia e à disciplina das fábricas, embora a moderna ciência do direito não mais adote a concepção ora criticada. Mas, entre a ciência e a prática cotidiana, conforme veremos, há um grave empecilho cultural que se torna, também, jurídico.

A explanação de Kelsen²⁴ acerca das relações entre direito e moral, ainda que sirvam demasiadamente à reação (e talvez por este motivo mesmo), confere-nos uma boa medida para compreender os discursos jurídicos que estabelecem a verdade. Para o autor, há semelhanças entre o direito e a moral; mais ainda: há relações diretas entre um e outro. A moral, no entanto, é interna e pertence ao indivíduo, ou mesmo a uma coletividade que a considere válida; as ordens morais podem ser analisadas, tais como as jurídicas, positivamente, mas apenas neste último sistema haverá o caráter da coerção, que não é próprio à moral. Kelsen, todavia, vai além: nega qualquer possibilidade de o direito ser moral, ou ser avaliado pela ciência jurídica sob este prisma, porque a moral é extremamente relativa. Uma ordem jurídica, mormente se estabelecer a proteção aos valores morais da classe dominante, poderá ser por ela considerada legítima, ao passo que provavelmente não o será para outro grupo social; tal fato, de per si, transmitiria absoluta insegurança ao ordenamento jurídico.

Não bastassem tais ponderações, o teórico alemão ainda alega serem as normas morais passíveis de alteração, de mudanças contínuas, de acordo com a evolução da sociedade. Este quadro não pertence, portanto, à dinâmica jurídica do positivista, o qual deve abster-se desse julgamento, vez que sua tarefa é delinear os contornos da norma positivamente estabelecida, ou seja, da *regra*.

²⁴ *Op. cit.*, p. 67-78.

O sistema jurídico baseado apenas em regras é fechado em si mesmo, ao passo que os sistemas abertos constituem-se em regras e *princípios*. É Dworkin quem estabelece a diferença entre ambos os conceitos: as regras possuem um caráter demasiadamente específico diante de um caso concreto; elas são ou não aplicáveis a ele, simplesmente. Ademais, nunca duas regras podem entrar em conflito: se entrarem, uma delas não será válida. Ora, para saber se uma regra é ou não válida quando em cotejo com outra, é mister recorrer a algumas considerações que estejam acima das regras, ou seja, as quais detêm valor supra-legal. Esses são, de maneira muito simplificada, os princípios. São estes que conferem validade às regras no caso concreto.²⁵

Um dos núcleos da tese de Ronald Dworkin é a de que os princípios morais de uma dada sociedade, e que podem ou não ser coincidentes com o princípio moral do indivíduo, influenciam nas decisões judiciais. Trata-se de uma crítica bastante clara ao positivismo, vez que esse apenas adota o sistema fechado de regras, enquanto na verdade o direito é mais amplo: abarca também os princípios, positivados ou não, e que não são identificados exatamente por sua posição num dado sistema jurídico, mas pela força argumentativa que conferem às decisões judiciais²⁶.

Conforme Ronald Dworkin, “*se nos contentássemos em dizer que os juízes devem (ought to) seguir a legislação ou a Constituição, a dificuldade não seria tão séria. [...] Contudo, esse tipo de razão não é persuasiva, se quisermos alegar, como o nosso conceito de direito parece pressupor, que os juízes têm um dever (have a duty) de seguir o Poder Legislativo ou a Constituição. É necessário, então, que encontremos não apenas razões pelas quais os juízes deveriam assim proceder, mas fundamentos para afirmar a existência desse dever*”²⁷.

²⁵ *Op. cit.*, p. 43-47.

²⁶ *Op. cit.*, p. 46-72.

²⁷ *Op. cit.*, p. 47.

Nota-se, com clareza, que esse conceito principiológico de Dworkin busca a certeza das decisões judiciais. O juiz, portanto, não tem um papel subjetivista, ou absolutamente discricionário, vez que suas decisões são embasadas por princípios, e não por política. Uma proposição jurídica será fundamentada se apresentar a dimensão da adequação e da moralidade política diante de um caso concreto. Argumentos diversos podem fornecer boas razões para se pender para essa ou aquela justificativa; em modernos sistemas jurídicos, porém, sempre um desses argumentos será o melhor: aquele que mais se prender à defesa dos direitos do indivíduo²⁸. Toda a petição desse autor, portanto, encontra-se calcada no individualismo, não obstante seu caráter progressista.

Cabe traçar um paralelo entre a teoria de Dworkin e alguns conceitos contratualistas de John Rawls. Para este autor, quando se há de decidir sobre a justiça de um determinado caso, é possível que existam princípios conflitantes. O autor chega a citar que a intuição não é, necessariamente, um método ruim para resolução do problema posto; no entanto, a nosso ver, intuição, sensatez e conceitos correlatos não deixam de ser formas de aplicação do conhecimento, mas são formas assistemáticas dessa aplicação. Rawls parece seguir na esteira de nosso conceito, mormente quando afirma que, para ter-se um juízo *racional* (e, portanto, sistemático) acerca da decisão, é preciso o sopesamento dos princípios de justiça²⁹.

Esta preocupação aparentemente tenha motivado a teorização de um *princípio de proporcionalidade*, pelo qual determinados bens jurídicos, quando em conflito diante de um caso concreto, devem

²⁸ Mister observar que, em momento algum, Dworkin faz menção aos direitos que transcendam os interesses individuais. Nesse sentido afirma Pérez-Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 158, que Dworkin trabalha não com a ideia de liberdade absoluta, mas de liberdade conciliada com igualdade formal. Por tal razão o jurista espanhol oferece-lhe sutil crítica em traduzi-lo “individualista” e “subjetivista”.

²⁹ *Op. cit.*, p. 45-49.

ser conciliados, e não se excluir um em detrimento do outro. Tal é aplicável aos princípios, e ainda mais: se o ordenamento jurídico pretende ver-se atualizado diante das contínuas mudanças históricas, os problemas que envolvam a interpretação e aplicação do direito podem ser levados a um termo tal que implique na máxima eficácia social da norma ³⁰.

Não será preciso muito esforço para afirmar que Kelsen ³¹ é absolutamente refratário à possibilidade de se extrair, da norma, sua *eficácia* nos termos acima expostos. Para garanti-la, basta que se observe a vigência da regra. A constante mutação por que passam os valores que a sociedade considera como relevantes traria insegurança ao ordenamento jurídico, já que o positivismo não admite a existência de um sistema aberto de normas. No entanto, o autor admite que a jurisprudência se inclina nesta direção – porém, na verdade, inclina-se ao reconhecimento de uma forma de interpretação da norma jurídica que foge, diametralmente, aos postulados positivistas.

A argumentação defendida por Dworkin não significa, como parece simbolizar a Kelsen, o desrespeito ao ordenamento jurídico em favor da discricionariedade política do aplicador da lei. Ao contrário – como acima afirmado, a teorização de Dworkin acerca dos princípios e do sistema aberto de normas demonstra a preocupação em conferir um grau mais elevado de certeza à aplicação do direito. No ato de aplicar uma norma ao caso concreto, pressupõe-se que deva haver alguma justificativa para tanto. Justificar a aplicação da norma a um caso refere-se, certamente, a um juízo de valor. Não há razão alguma para justificar uma atitude absolutamente conforme à norma: se, por exemplo, um contrato de venda e compra foi firmado dentro dos parâmetros legais e cumprido em sua integralidade, não

³⁰ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalón. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 45-48.

³¹ *Op. cit.*, p. 78.

há que se cogitar qualquer justificativa para o adimplemento dessa avença. Ao mesmo tempo não se justifica, sob qualquer argumento, o que é manifestamente contrário a uma norma: se o filho assassina seu pai para tornar-se herdeiro e, assim, usufruir desses valores, tal ato não terá qualquer justificação que possa tornar o ato como moral e, além disso, conforme ao direito.

A justificação só é cabível quando há um conflito em que pairam incertezas acerca de qual a escoreita posição a ser tutelada pelo direito. E é com base na justificativa apresentada que se poderá obter a argumentação, compreendida como o discurso que tem como objetivo provocar ou atrair a adesão às teses nele expostas.³² É nesse sentido que ganha valor os argumentos de que fala Dworkin, baseados sempre nos princípios e nas regras, de maneira a promover a eficácia social máxima das normas de direitos humanos fundamentais.

1.2.2. Os princípios jurídicos como mandamentos de otimização: construindo a democracia a partir do respeito aos direitos humanos fundamentais

O termo eficácia acima citado remete a Robert Alexy, especialmente quando cita a diferença entre princípios e regras. O autor considera ambos como normas, mas vê nos princípios verdadeiros mandamentos de otimização, “caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”³³, que são determinadas pelos princípios e regras colidentes. Essa é uma grande diferença, e uma das mais marcantes, entre os postulados de Alexy e de Dworkin.

³² HERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 167-175. ³¹ *Op. cit.*, p. 78.

³³ *Op. cit.*, p. 90.

Ademais, Robert Alexy salienta que o princípio é relevante para uma decisão referente aos direitos fundamentais quando for utilizado corretamente a favor ou contra um juízo em causas que versem sobre o tema. No entanto, cada vez mais distante de Dworkin, o autor alemão sustenta que os princípios relevantes para decisões acerca de direitos fundamentais não são apenas aqueles que se referem a direitos individuais, mas também os que tenham, como objeto, um direito coletivo.

Aliás, a argumentação jurídica pode dar-se tomando como base um princípio que se refira a direitos transindividuais em detrimento dos individuais, dependendo sempre, é claro, do caso concreto. E Alexy vai além, quando afirma que certos princípios vinculados à realização dos direitos fundamentais não se encontram, necessariamente, na Constituição; ao mesmo tempo, nem todo direito insculpido na Carta Magna possui a nota da fundamentalidade. Existem, portanto, princípios formais e materiais, e indagar acerca de seu conteúdo, para tingir-lhe como argumentos protetores ou promotores dos direitos humanos fundamentais, é um procedimento sempre necessário³⁴.

O destaque dado por Alexy à argumentação em favor dos direitos humanos fundamentais, mais ampla que a concebida por Dworkin, a nosso ver, é um passo importante para a construção de uma democracia substancial, no sentido que lhe dá Luigi Ferrajoli. Para o autor italiano, o Estado é garantidor de direitos fundamentais não apenas pela democracia em sentido formal – esta apenas resolve o problema da legitimação de quem decide, seja no caso de representação ou de democracia direta. Mas a democracia substancial vai além: não se trata do governo da maioria, ou mesmo do “consenso”, a nosso ver. Trata-se da democracia contratualista que estipula razões e limites ao Estado, qual sejam, a preservação e

³⁴ *Op. cit.*, p. 135-139.

a promoção dos direitos humanos fundamentais. Isso significa fundamentar o Direito de maneira heteropoiética, negando seu valor pelo só fato de estar vigente ³⁵.

Daí a importância da distinção entre fundamentalidade formal e material, apontada por Alexy, ainda que falemos somente considerando o direito positivo. Isso permite ampliar o rol dos direitos fundamentais para além do texto constitucional, indo buscá-los em qualquer outro direito ou bem, como já exposto no item 1.1. No Brasil, tal é expressamente garantido pelo artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal: apesar do rol analítico do citado artigo, a Carta não deixa dúvidas quanto ao fato de não se esgotarem, taxativamente, todos os direitos humanos fundamentais. Isso é pacífico na doutrina, inclusive no que diz respeito a direitos não positivados, como bem nota Ingo Wolfgang Sarlet ³⁶. Abre-se mesmo a possibilidade de a jurisprudência conferir caráter coercitivo a direitos humanos fundamentais, em todas as suas dimensões, ainda que não positivados, ou presentes apenas em Tratados Internacionais.

No entanto, há relativa dificuldade em conceituar-se um direito como fundamental ou não. Poder-se-ia dizer que fundamental é qualquer direito que se relacione diretamente com a dignidade da pessoa humana, pois este seria o princípio informador de todos os demais. No entanto, como já asseveramos neste texto, a dignidade da pessoa humana possui o caráter de valor; isso não significa, necessariamente, que a dignidade da pessoa humana seja apenas um axioma, sem qualquer caráter deontológico ³⁷.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocio Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995. p. 883-884.

³⁶ *Op. cit.*, p. 99-101.

³⁷ Para maiores esclarecimentos, v. ALEXY, *Op. cit.*, p. 153.

Na verdade, “*onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerência indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção do homem-objeto, como visto, constitui a antítese da dignidade da pessoa humana*”³⁸.

Ora, o princípio da dignidade da pessoa humana, por vezes, pode sofrer restrições – mas o princípio, e não o valor. Tais restrições, contudo, somente podem ser consideradas válidas se preservada a essência do conteúdo da dignidade versada, sob pena de restar negada, ao homem, a sua própria humanidade. Com esse conceito relacionam-se os direitos humanos fundamentais intimamente, em todas as dimensões que a pessoa pode participar: nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, “para além da tríade vida, liberdade e igualdade, também há outros direitos fundamentais (mesmo fora do Título II da nossa Constituição) que podem ser diretamente reconduzidos ao princípio da dignidade da pessoa humana”³⁹.

Todas as liberdades e direitos individuais, civis, políticos, assim como os direitos sociais em concepção ampla (e não meramente prestacional), ou os chamados direitos de terceira geração (como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado) consubstanciam o conteúdo da dignidade da pessoa humana. Não há, portanto, como qualificar direitos como *fundamentais* apenas partindo dessa premissa⁴⁰.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, Op. cit., p. 122-123.

³⁹ *Idem*, p. 129.

⁴⁰ *Idem*, p. 197 ss. O autor propõe uma metodologia para a classificação de uma norma como sendo de direito fundamental ou não, em sistemas abertos como o nosso, desvinculando-se do abstrato conceito de “dignidade da pessoa humana”. Assim, os direitos fundamentais podem ser tidos como: a) direitos

De qualquer modo os direitos humanos fundamentais, lastreados na dignidade da pessoa humana, diferenciam-se dos demais em razão de consubstanciar a garantia e o interesse por todos considerados como vitais, sendo oponíveis mesmo às decisões da maioria ou aos desejos do mercado. Marcam, desta forma, a substancialidade da democracia: a já mencionada fundamentação heteropoiética do Direito demonstra que a vontade ditada pela força (por vezes democrática) da soma numérica de interesses convergentes, ou pelo poderio das forças econômicas, encontram como barreira os direitos humanos fundamentais.

São normas substanciais à medida que não se circunscrevem à forma, mas ao conteúdo, à substância que delimitam: todo o rol dos direitos humanos fundamentais, sempre em aberto (dadas as circunstâncias históricas e necessidades sociais existentes), são normas que ditam não a vigência, mas a validade de todo um ordenamento jurídico. Isso significa dizer que, sem respeito aos direitos fundamentais, não há Estado de Direito, porque nas regras do jogo político estatal poderá haver, como de fato há, mudanças de legislação, costumes, regras – mas jamais a sublimação de um direito humano fundamental.

Os direitos humanos fundamentais, historicamente, foram a luta dos socialmente débeis ora contra o Absolutismo, ora contra o poder econômico do capital, contra as guerras, as tiranias,

de defesa do indivíduo contra ingerências estatais em sua liberdade e propriedade. Não obstante, o autor enxerga, também, titularidade coletiva e difusa para determinados direitos de defesa, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; b) direitos a prestações, como obrigações estatais de colocar à disposição da pessoa humana prestações de natureza jurídica e material, a fim de que os seres humanos possam, de modo efetivo, gozar de suas liberdades fundamentais; c) direitos a prestações em sentido estrito, traduzindo-se, em essência, nos direitos fundamentais sociais. Em que pese a seriedade científica desta distinção estabelecida pelo autor, sua discussão pormenorizada não seria cabível neste trabalho por fugir ao nosso escopo.

os macro-interesses. O modelo de constitucionalização dos direitos humanos fundamentais representa o reforço dessas conquistas históricas e, por isso, traz a legitimidade a qualquer sistema jurídico que se pretenda, em substância, democrático ⁴¹.

1.3. Argumentação princípiológica e direitos humanos fundamentais

Conforme salientamos acima, qualquer justificação em torno de uma tese que verse acerca de direitos humanos somente revela procedência quando houver um conflito em que existam dúvidas sobre qual bem há de merecer tutela jurídica. Baseando-se nesta justificativa é que se poderá obter a argumentação, somente havendo esta se *interpretarmos* o sistema de direitos humanos fundamentais como um todo.

A interpretação pode ser tida como a compreensão de um discurso estranho, sendo passível de análise em três níveis. O primeiro deles é o trivial, coloquial: em qualquer conversa existente nas ruas, entre pessoas comuns, está presente o ato da interpretação; se alguém fala “carro”, embora não esteja presente nenhum automóvel, pressupõe-se que o interlocutor tenha conhecimento sobre o que se quer dizer ao afirmar existir um “carro”. Este é um ato interpretativo.

O segundo nível é a interpretação existente acerca de conceitos, ou a mera descrição de conteúdos normativos, que podem, sem sombra de dúvidas, elucidar diversos problemas que são postos à frente do intérprete. No entanto, há um terceiro nível, a que podemos chamar *hermenêutica*, que permite ir além da interpretação descritiva de enunciados, pois explora, de maneira científica e sistemática, toda a razão de ser de um processo ⁴².

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trad. Marcos Criado e Geraldo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001. p. 35-40.

⁴² SCLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Trad. Celso Reini Brada. 4. ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2003. p. 25-26.

Este é o processo interpretativo por que passam os direitos humanos fundamentais, ou seja, um ato hermenêutico, por meio do qual se demonstre a razão de eles serem aplicados a um caso concreto, ou composição a ser feita entre um direito e outro, geralmente no mesmo patamar hierárquico, quando sejam colidentes em relação a um caso concreto.

Tomemos um exemplo: na Constituição Federal de 1.988 há um catálogo extenso de direitos considerados como fundamentais; como este documento resultou da conciliação de interesses antagônicos, ora de ideologia liberal, ora comprometidos com a construção de um Estado Social de Direito, era mais do que previsível que esta Carta trouxesse, em seu bojo, antinomia entre normas de direitos humanos fundamentais. Isso para se falar apenas em nível constitucional de antinomias, vez que as normas citadas podem encontrar-se em colisão com outras de patamar hierárquico inferior.

A interpretação constitucional possui, nitidamente, caráter diferenciador em relação a outras modalidades exegéticas. Inicialmente, porque qualquer interpretação em âmbito constitucional somente logrará efetividade se possuir um caráter atento à evolução da sociedade, abrindo-se a possíveis diferentes leituras, algumas delas legítimas, do texto constitucional, de molde a adaptá-lo às necessidades do tempo em que se vive.

Além disto, a interpretação constitucional possui caráter político e axiológico, sopesando os valores postos em conflito num determinado caso concreto, na medida em que o intérprete deve dimensionar, axiologicamente, os motivos que dão sustentação ao ato praticado, e prender-se, nessa exegese, à intenção política da Carta Magna, que nada é além da expressão jurídica dos anseios sociais ⁴³.

⁴³ DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo*. São Paulo: Madras, 2004. p. 207-227.

A decisão acerca de qual direito deverá preponderar sobre outro, num caso concreto, ou a tentativa de conciliação destes, deve dar-se por meio dessa interpretação. É sabido que a Constituição deve ser interpretada por todas as esferas do Poder Público: função executiva, legislativa e, em especial relevo, a judiciária. Mas há também outros intérpretes para além destes agentes do Estado, vez que a Carta Magna encerra direitos que dizem respeito a toda a sociedade. Assim, o processo de interpretação constitucional é levado a cabo também por indivíduos e por grupos sociais, pois estes são seus destinatários – e quem vive a norma, enfim, também a interpreta, ou ao menos a co-interpreta⁴⁴.

A tese da abertura dos possíveis intérpretes da Constituição leva Jane Reis Gonçalves Pereira a afirmar, com muita propriedade, que o aludido processo permite a interação entre duas categorias que, em princípio, restavam dissociadas: democracia e constitucionalismo. Este último que, como afirmado ao longo do presente trabalho, serviu à construção brasileira do ideal liberal-patrimonialista, por meio de “um ‘diálogo constitucional’ entre as Cortes e a sociedade civil é, certamente, um dos mais importantes caminhos para a legitimação democrática do Poder Judicial”⁴⁵.

O argumento exposto demonstra a vinculação entre a argumentação constitucional em defesa da proteção dos direitos humanos fundamentais, baseada na interpretação, como forma de proteção e promoção da democracia. Porém, nem sempre esse diálogo é dos mais fecundos. Isso pode ser explicado por questões

⁴⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 13.

⁴⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 61.

históricas e culturais, dialeticamente consideradas. A lei sempre esteve presente na Constituição do poder, seja em Roma e Atenas, seja nas formas jurídicas medievais. O fenômeno da lei enquanto limitação do arbítrio estatal, que deu origem à tida antinomia “*lei versus terror*”, consubstanciada no constitucionalismo, é figura jurídica recente, que data aproximadamente do século XVIII.

Podemos traçar, neste espaço, uma breve conexão entre o desenvolvimento da interpretação jurídica e o advento da medicina psiquiátrica. Desde a Idade Média até o século XVIII, o conceito de “louco” é apenas um, e os dementes são postos à margem de todos – os corpos “infectados” são excluídos draconianamente, como num cordão sanitário, do corpo social sadio. Mas, a partir do século XIX, a loucura deixa de ter a identidade que tinha como espécie de homogeneidade de pessoas, e passa a ser individualizada, tratada⁴⁶.

No entanto, essa prática se deveu ao acúmulo de saber adquirido sobre a loucura, e não como resultados científicos de pesquisas médicas. Foucault analisa a relação de poder que existe nessa dita “evolução”, considerando que “*observação e experiência se opõem sem se excluir: é natural que a primeira conduza à segunda, mas com a condição de que esta só interroge no vocabulário e no interior da linguagem que lhe foi proposta pelas coisas observadas; suas questões só podem ser fundadas se são respostas a uma questão sem pergunta, a uma resposta absoluta que não implica nenhuma linguagem anterior porque é, no sentido estrito, a primeira palavra*”.⁴⁷

⁴⁶ FOUCAULT, Michel. *História da Loucura na Idade Clássica*. Trad. José Teixeira Coelho Neto. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 417.

⁴⁷ FOUCAULT, Michel. *O Nascimento da Clínica*. Trad. Roberto Machado. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 119.

⁴⁸ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 191.

Portanto, os saberes da psiquiatria, assim constituídos, serviram a uma espécie de discriminante entre os indivíduos antes “loucos”, e eles ousaram dar à moderna ciência uma resposta, “um discriminante psiquiátrico-político entre os indivíduos ou um discriminante com efeito político entre os indivíduos, entre os grupos, entre as ideologias, entre os próprios processos históricos”⁴⁸.

Os discursos psiquiátricos engendraram, como se denota da exposição acima aludida, verdadeiros discursos de poder, discursos que criam a verdade e, por isso, afetaram a vida dos indivíduos e de toda a sociedade por serem faticamente vividos. Também o discurso da lei possuiu esse papel político – não apenas o discurso da lei em si mesma, mas sobretudo da interpretação e da argumentação travadas no direito, tal como se deu na psiquiatria.

À medida em que o Estado organiza o monopólio da violência física, representando os interesses da burguesia, constitui-se toda a produção do discurso jurídico que recai na esfera cotidiana dos indivíduos e das coletividades. As técnicas do poder capitalista engendraram dispositivos comportamentais e micro-poderes privados, tal como o poder diretivo do empregador. Para que isso fosse possível, foi necessário “a monopolização da violência pelo Estado, recoberta precisamente pelo deslocamento da legitimidade para a legalidade e pelo reino da lei”⁴⁹.

⁴⁸ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 191.

⁴⁹ POULANTZAS, Nicos. A lei. *in*: NAVES, Márcio B.; BARROS, J. M. de Aguiar. *Crítica do Direito*. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1980. p. 69.

Por esta produção eminentemente estatal da violência juridicamente organizada, e do discurso jurídico voltado à proteção apenas do valor legal, que não questiona a legitimidade, é que a proteção aos direitos humanos fundamentais resta fraca e não raro ineficiente, em especial quando o assunto versa sobre direitos dos trabalhadores, sejam eles de cunho social ⁵⁰, sejam de cunho individual ⁵¹.

⁵⁰ Em 1.999 o Supremo Tribunal Federal julgou, em sede de Recurso Extraordinário, que o arcaico artigo 522 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal: “*EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. SINDICATO: DIRIGENTES: CLT, art. 522. RECEPÇÃO PELA CF/88, art. 8º, I. O artigo 522, CLT, que estabelece número de dirigentes sindicais, foi recebido pela CF/88, art. 8º, I. II. – R.E. conhecido e provido*”. Conforme o relator, Ministro Carlos Velloso, “*estabelece a Constituição estabilidade para os dirigentes sindicais. Seria possível, então, a lei disciplinar a matéria, em termo de número de dirigentes sindicais? Penso que sim. Caso contrário, podendo o sindicato estabelecer o número de dirigentes, poderia estabelecer número excessivo, com a finalidade de conceder-lhes a estabilidade sindical do art. 8º, VIII, da C.F., e art. 543, § 3, CLT*”. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 193.345/SC, STF. Publicado no Diário de Justiça em 28.05.1999. Em verdade, com tal decisão o Colendo Tribunal engessa a atuação sindical, por não levar em consideração as peculiaridades de cada ente, sequer cogitando de qualquer princípio que fosse atinente à liberdade sindical. Em suma, ocupou-se apenas de interpretar a Constituição tendo em vista a concessão de estabilidade aos dirigentes. No entanto, em razão de necessidades tais como a grande extensão territorial representada, ou ainda um número considerável de potenciais trabalhadores a serem representados, a entidade sindical ver-se-á obrigada em organizar-se com uma quantidade maior de dirigentes sindicais, para melhor desenvolvimento e operacionalização das atividades. Seria de bom alvitre que tal assunto fosse tratado pelos estatutos sindicais, porquanto eventuais e hipotéticos abusos perpetrados por parte das entidades poderiam ser sanados por via judicial, sempre que o número de dirigentes fosse desproporcional à sensata e real necessidade do sindicato. A rigor é sustentável a tese de que a decisão ora comentada fomenta (ou mesmo, no limite, pode constituir) prática anti-sindical por parte do Estado.

⁵¹ Em 2.008 o Tribunal Superior do Trabalho decidiu que, numa relação de emprego, o empregador poderá monitorar as correspondências eletrônicas de seus empregados. Deu primazia absoluta, assim, ao direito de propriedade do empregador, em detrimento ao direito à intimidade e ao sigilo de

Esses discursos jurídicos não existem também por mera fatalidade, pois o poder – sobretudo o econômico – busca a produção da verdade, e porque pela produção da verdade é que se produz a riqueza; todos “estamos submetidos à verdade também no sentido em que ela é lei e produz o discurso verdadeiro que decide, transmite e reproduz, ao menos em parte, efeitos de poder”⁵². Portanto a lei, associada a mecanismos de poder, preenchem de verdade os discursos jurídicos que são interpretados até mesmo por quem vive a norma.

correspondências do empregado, pois não estabeleceu qualquer limite para esta fiscalização; ademais, o Tribunal sequer chegou a cogitar da funcionalidade social da propriedade, consubstanciada na ferramenta de trabalho que, muitas vezes, é o único meio de que dispõe o assalariado para ver concretizada sua inclusão no mundo digital. Desta forma o poder diretivo do empregador, mormente seu poder de fiscalização, calcados no direito de propriedade, parecem não invadir de modo algum a esfera íntima do empregado, conforme o argumento construído pelo TST. Segue a ementa: “*AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. E-MAIL CORPORATIVO. ACESSO PELO EMPREGADOR SEM A ANUÊNCIA DO EMPREGADO. PROVA ILÍCITA NÃO CARACTERIZADA. Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, o e-mail corporativo ostenta a natureza jurídica de ferramenta de trabalho, fornecida pelo empregador ao seu empregado, motivo pelo qual deve o obreiro utilizá-lo de maneira adequada, visando à obtenção da maior eficiência nos serviços que desempenha. Dessa forma, não viola os arts. 5º, X e XII, da Carta Magna a utilização, pelo empregador, do conteúdo do mencionado instrumento de trabalho, uma vez que cabe àquele que suporta os riscos da atividade produtiva zelar pelo correto uso dos meios que proporciona aos seus subordinados para o desempenho de suas funções. Não se há de cogitar, pois, em ofensa ao direito de intimidade do reclamante. Agravo de instrumento desprovido. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. CONVERSA. GRAVAÇÃO FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA ILÍCITA NÃO CARACTERIZADA. O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que a gravação de conversa por um dos interlocutores, a fim de repelir conduta ilícita do outro, não se enquadra na vedação prevista no art. 5º. LVI, da Carta Magna, constituindo-se, pois, exercício regular de direito. Agravo de instrumento desprovido.” AIRR 1640/2003-051-01-40.0, 1ª Turma, TST. Publicado no Diário de Justiça em 24.10.2008.*

⁵² FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Trad. Roberto Machado. 21. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2005. p. 180.

Mas, afinal, a quem estes discursos jurídicos servem? Foucault no mesmo texto adverte: o poder não é apenas uma dominação exercida por um indivíduo sobre outros, ou um grupo sobre outros, ou uma classe sobre outras, mas sim algo que “funciona e se exerce em rede”⁵³. A argumentação jurídica que negligencia os direitos humanos fundamentais dos trabalhadores, assim como inúmeros outros mecanismos existentes em cadeia no corpo social, constituem toda a “micro-mecânica do poder que representou um interesse para a burguesia a partir de determinado momento”⁵⁴.

É esse poder dos discursos jurídicos, que regem comportamentos efetivos na concretude do dia-a-dia, inclusive nos ambientes de execução do trabalho, que deve ser reinterpretado para além da ótica liberal-positivista que domina a cena jurídica há quase dois séculos. A principiologia dos direitos humanos fundamentais permite revelar, ainda que no campo meramente teórico, o acerto das decisões judiciais quando ocorrem conflitos concretos envolvendo problemas desta natureza; porém ela não permite, por si só, apagar as profundas raízes dos poderes a serviço de interesses que, muitas vezes, não coincidem com a promoção dos valores da democracia.

A construção da democracia fática, porém, em regra é vista tendo como agente indispensável o Estado. Não é o escopo deste trabalho analisar essa faceta, já tão discutida na literatura jurídica nacional e alienígena – a não ser como principal polo positivador e aplicador da lei. Pretendemos analisar a construção da democracia por meio de uma argumentação jurídica em prol dos direitos humanos fundamentais dos trabalhadores, tendo como objeto a análise de suas relações com seus empregadores. É nessas relações privadas que, não poucas vezes, demonstra-se claramente uma argumentação jurídica construída, histórica, cultural ou intencionalmente, em desfavor dos direitos dos trabalhadores, tendo como objetivo principal a eficiência econômica.

⁵³ *Idem*, p. 183.

⁵⁴ *Idem*, p. 185.

2. Os princípios jurídicos nas relações privadas entre empregado e empregador

2.1. Negócio jurídico e relação de emprego

A tradição jurídica brasileira vem marcada, desde os tempos da colônia, por um cenário que inviabiliza o exercício da cidadania participativa e de práticas político-legais descentralizadas: importado o padrão jurídico da metrópole portuguesa, no Brasil vimos a criação de uma cultura jurídica singular, formada pelo amálgama de procedimentos conservadores, de cunho patrimonialista, e valores de matiz liberal, propagados durante o Império e nos primeiros momentos da República ⁵⁵.

Ao contrário da Idade Média, esse ideário influenciou a construção escrita do direito; em épocas anteriores, o direito e os costumes eram, em si mesmos, dados naturais. No Estado Moderno, com a lei escrita, os valores sociais passaram a ser um problema da organização pensada. Não se tratam mais do mundo dado, mas do *construído*. Essa construção, porém, deu-se em bases bastante contraditórias. O ideário liberal propugnava pela Constituição como a própria essência do Estado e, mais que isso, como a garantia dos indivíduos contra os diversos possíveis arbítrios do poder estatal. Nesse movimento, denominado constitucionalismo liberal, está a gênese dos direitos humanos fundamentais: garantias do indivíduo contra o poder do Estado.

Pontes de Miranda distingue relação jurídica da relação fática, pois que “relação jurídica é a relação inter-humana, a que a regra jurídica, incidindo sobre os fatos, torna jurídica”⁵⁶. Assim, a incidência

⁵⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 71.

⁵⁶ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. v. 1. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 117.

de uma regra jurídica sobre uma determinada situação fática tinge de juridicidade esta relação. Compreendendo-se por relação jurídica “*a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjectivo e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição*”⁵⁷, devemos analisar sua estrutura conceitual.

Inicialmente, há um direito subjectivo: direito que pertence a um dos sujeitos da relação jurídica, simplesmente. Uma definição simples, em princípio: trata-se de todo direito posto à disposição de seu titular, ou de quem o represente, restando *exigível* por parte de quem o detém. Nem o Estado e tampouco alguém que não seja titular do direito subjectivo (a não ser em alguns casos, expressamente previstos em lei) poderá exigir o cumprimento do que é disposto na norma – aqui considerada direito objetivo.

A definição de direito subjectivo, proposta por Manuel A. Domingues de Andrade, traz a lume a ideia de poder jurídico, desprezando o conceito de interesse. A nosso ver, a classificação é correta; segundo o autor, o interesse é a finalidade, é o motivo pelo qual a norma concede poder jurídico ao titular do direito – para que ele possa exigir, de outrem, uma determinada ação ou omissão⁵⁸. Ao mesmo tempo em que há direitos subjectivos nas relações jurídicas privadas, também poderá haver os assim chamados direitos potestativos, nos quais “*o poder conferido ao respectivo titular tende à produção de um efeito jurídico mediante uma declaração de vontade do titular, só de per si, com ou sem formalidades, ou integrada por uma ulterior decisão judicial*”⁵⁹. Os direitos potestativos permitem, desta forma, a modificação da relação jurídica por

⁵⁷ ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. v. 1. Coimbra: Almedina, 1974. p. 2.

⁵⁸ *Idem*, p. 7-10.

⁵⁹ *Idem*, p. 12.

ato unilateral – nas relações de emprego, o exemplo mais comum é o do poder diretivo que detém o empregador de modificar o curso das relações de trabalho, conforme veremos mais detalhadamente.

Aos direitos subjetivos e aos potestativos correspondem, respectivamente, o dever jurídico e a sujeição. Dessa maneira, fica claro que a um direito subjetivo corresponde um dever jurídico: se o devedor não adimplir sua obrigação, o que é possível de ocorrer, a norma jurídica dispõe de meios aptos a coagir o inadimplente ao cumprimento obrigacional. No entanto, ao se tratar de direito potestativo, corresponder-lhe-á a sujeição do outro titular da relação jurídica, o qual necessariamente suportará as consequências do exercício unilateral de um direito.

Luigi Ferri ⁶⁰ contesta com veemência o conceito apresentado, qual seja, o de existir direito subjetivo que corresponda a poder jurídico de sujeição. Isso porque os direitos subjetivos prestam-se a tutelar a liberdade humana, a sua personalidade, a sua individualidade; não existem, portanto, para atuar nas relações jurídicas como reproduções de suserania e vassalagem, sujeitando um dos titulares da relação ao outro, que lhe é formalmente igual. A única sujeição possível, para Ferri, é a sujeição à norma em suas múltiplas formas, desde a lei estatal às normas estabelecidas num dado negócio jurídico.

O poder jurídico, assim, somente existe quanto à capacidade de as partes criarem normas para um determinado negócio jurídico, do qual decorrerá a relação jurídica. O fundamento deste negócio é a *autonomia privada* ⁶¹, que Francesco Santoro-Passarelli conceitua como algo estranho ao mundo jurídico, traduzindo-se na *vontade* dos sujeitos formadores dessa avença; é intenção manifesta que, então, passa a produzir efeitos jurídicos ⁶². Foi no curso histórico que a

⁶⁰ FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001. p. 239-252.

⁶¹ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 4. ed. Napoli: Jovene, 1954. p. 243.

⁶² *Op. cit.*, p. 108-109.

validade da intenção manifestada livremente ganhou a força de criar lei entre as partes: a religião cristã, que pregava a fé na palavra empenhada; o direito natural, que ensinava a superioridade do contrato, firmando-se a própria sociedade num contrato, nos moldes propostos por Rousseau; o individualismo liberal, que afirmava a superioridade do acordo privado de interesses sobre o bem público ⁶³, enfim, foram a gênese dessa conceituação da autonomia privada como vontade.

Há diversas formas de autonomia: autonomia ou liberdade de consciência, que se dá no campo da moral; autonomia de vontade, que é um fato psicológico; e, por fim, autonomia privada, que é a auto-regulação de interesses socialmente relevantes, o que pode ser considerado como fato social ⁶⁴.

Luigi Ferri demonstra uma concepção, lastreada na dogmática jurídica que bem examina, de autonomia privada: não se trata de uma simples faculdade conferida às partes, mas de poder, e poder de criar normas jurídicas. O acerto da proposição de Ferri, que ignora o elemento da motivação de interesse para conceituar a autonomia da vontade, parece ser corroborado por Pontes de Miranda, quando este afirma que os motivos de um dado negócio jurídico não adentram no suporte fático da relação; “ficam de fora, sem que o mundo jurídico lhes dê relevância” ⁶⁵. Assim se estabelece, segundo Ferri, a correlação entre autonomia privada e negócio jurídico: apenas por meio daquela é que este se manifesta ⁶⁶, de forma a criar normas jurídicas.

⁶³ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000. p. 53.

⁶⁴ SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. Napoli: Jovene, 1950. p. 95.

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 134.

⁶⁶ *Op. cit.*, p. 7-9.

Em regra, porém, a doutrina costuma eleger como requisitos essenciais para a qualificação de norma jurídica a generalidade e a abstração. No entanto, essa essencialidade é negada por Norberto Bobbio ⁶⁷, quando afirma que este requisito é ideológico, mas não lógico. A norma justa, portanto, “deve ser” geral e abstrata, mas não necessariamente é geral e abstrata. Assim, o jurista italiano classifica as normas em quatro tipos: normas gerais e abstratas, normas gerais e concretas, normas individuais e abstratas, normas individuais e concretas.

Diante de tais conceitos, podemos afirmar que, de fato, a autonomia da vontade cria normas entre as partes, não obstante deixarem de apresentar o requisito da generalidade. É desta maneira que compreende Luigi Ferri ⁶⁸, quando afirma que, nos negócios jurídicos, a norma é abstrata enquanto vontade objetiva. A ação dos negociantes a ser praticada, esta sim pode ser conforme ou não à norma do negócio jurídico, o que dimensiona a ideia de que ao ato concretizado pode-se conferir a qualificação jurídica de licitude ou ilicitude. Portanto, de fato, o negócio jurídico cria normas entre os titulares da relação jurídica a que dá suporte.

Segundo Emílio Betti, o negócio jurídico não consagra a faculdade de se “querer” no vácuo: trata-se do “*ato pelo qual o indivíduo regula, por si, os seus interesses, nas relações com os outros (ato de autonomia privada): ato ao qual o direito liga os direitos mais conformes à função econômico-social e lhe caracteriza o tipo*” ⁶⁹.

Pontes de Miranda diferencia, já de início, que o negócio jurídico pertence à classe de fatos jurídicos, e não a suportes fáticos.

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Batista e Ariani Bueno Sudatti. 4. ed. Bauru: Edipro, 2008. p. 180-183.

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 165-166

⁶⁹ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Trad. Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008. p. 88.

O “*negócio jurídico já é o suporte fático, o negotium, após a entrada desse no mundo jurídico. Se o negócio jurídico fosse o suporte fático, não seria possível falar-se de negócio jurídico nulo, anulável, rescindível*”⁷⁰, pelo que se diferencia claramente o suporte fático, que embasa o negócio jurídico, do próprio conceito de negócio jurídico. Não há nulidade de fatos; há apenas nulidades jurídicas. Desta forma, todo negócio jurídico cria uma relação jurídica, posto que constitui, modifica ou extingue direitos, pretensões, ações, exceções.

O negócio jurídico mais elementar existente nas relações de emprego é, justamente, o contrato individual de trabalho. É pela celebração de um negócio jurídico, ou mais precisamente, de um contrato de trabalho, que se cria uma relação jurídica entre empregado e empregador⁷¹. Aliás, no direito privado como um todo, Enzo Roppo observa que o papel operado pelo negócio jurídico como instituto ordenador e unificador do direito privado (do qual o contrato seria uma das espécies) vem sendo deixado de lado em favor, justamente, do contrato como categoria jurídica privilegiada pelo ordenamento. Trata-se “*de uma ‘política da construção jurídica’ precisa, que é a de ‘tender a adequar a categoria jurídico-formal à relação social’*”⁷², visto que o contrato tornou-se o símbolo das principais relações sociais, sempre baseando-se, é claro, na autonomia privada.

Em determinados negócios jurídicos, como é o caso do contrato individual de trabalho, o regulamento de empresa ou as diretivas do empregador não constituem declarações de vontade, tampouco complementos ao suporte fático negocial. Eles se encontram no

⁷⁰ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. v. 1; v. 3. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 3.

⁷¹ HUECK, Alfred; NIPPERDEY, Hans Carl. *Compendio de Derecho del Trabajo*. Trad. Miguel Rodríguez Piñero e Luis Henrique de la Villa. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963. p. 84.

⁷² ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 52-54.

exercício do direito do empregador, pois, diante da autonomia das partes contratantes, assim elas o quiseram. Portanto, os atos do empregador no curso da execução do contrato de trabalho são manifestações de vontade dentro do campo de exercício do negócio jurídico ⁷³, qual seja, o contrato individual de trabalho.

2.2. Autonomia privada contratual no sistema das relações trabalhistas: uma breve análise

Na passagem do *status* ao contrato, ocorre a afirmação da autonomia privada. Nas sociedades antigas, as relações baseavam-se na pertença do indivíduo a uma determinada família, grupo, comunidade, categoria, etc. A vontade autônoma dos indivíduos, presente no liberalismo, ínsita ao sistema do capital, encontra no contrato um símbolo e, concomitantemente, instrumento de atuação, com o escopo de objetivar uma circulação de riquezas mais livre e intensa e, por outro lado, receber do Estado a adequada proteção à segurança negocial. Assim, por meio do contrato é possível escolher, livremente, a esfera individual dos direitos e deveres. O contrato, por sua vez, também é utilizado com uma função ideológica – em outras palavras, “com uma função de parcial ocultamento ou disfarce da realidade, operado com o fim de melhor prosseguir ou tutelar determinados interesses” ⁷⁴.

Naturalmente, a liberdade de contratar demonstrou-se uma quimera entre empregados e empregadores no plano fático. Provavelmente porque, como quer Enzo Roppo, a ideologia de que a liberdade de contratar realiza um interesse geral, operando em benefício de toda a sociedade, seja uma premissa duvidosa. A autonomia privada, neste caso considerada como liberdade

⁷³ *Tratado de Direito Privado*, v. 3, p. 14-15.

⁷⁴ Roppo, *Op. cit.*, p. 29.

contratual, serve à classe detentora dos meios de produção e, por isto, realiza os interesses do modo de produção capitalista; não se pode considerar, na visão do citado autor, que ambos os interesses da sociedade e dos capitalistas – sejam equivalentes. E de fato não são: a relação contratual é de per si não-igualitária, porque no contrato de trabalho “a troca é substancialmente desigual, *deve ser* desigual para garantir ao detentor dos meios de produção a apropriação da mais-valia”⁷⁵.

O contrato de trabalho, assim como outras modalidades de contrato, relaciona-se desta forma com a propriedade: subtraem desta a “*supremacia entre os instrumentos de controle e gestão da riqueza*”⁷⁶, num processo de mobilização do capital. Assim ocorre, aliás, com o conteúdo de todo o poder diretivo do empregador, conforme à frente assinalaremos; ele passa a integrar e interagir no conteúdo dos contratos de trabalho, voltado a satisfazer ao empresário, visto ser a produção ditada pelos interesses privados do capitalista, visando às exigências do mercado⁷⁷.

Desta forma bem demonstram Hueck e Nipperdey, comentando acerca do contrato de trabalho alemão, que a autonomia privada é limitada no contrato de trabalho por razões várias. No entanto, a regra vigente é a da liberdade contratual: não havendo limitações impostas aos possíveis acordos entre empregado e empregador, as partes poderão criar suas próprias regras negociais⁷⁸.

Não é difícil notar que o contrato de trabalho é um contrato de adesão, pela absoluta desigualdade de forças existente entre as partes. Estes contratos se prestam a racionalizar a gestão empresarial, calculando antecipadamente custos e lucros, a permitir o

⁷⁵ *Idem*, p. 40.

⁷⁶ *Idem*, p. 64.

⁷⁷ SIMÕES, Carlos. *Direito do Trabalho e Modo de Produção Capitalista*. São Paulo: Símbolo, 1979. p. 151.

⁷⁸ *Op. cit.*, p. 95.

estabelecimento de um determinado padrão a ser seguido no interior de cada empresa, conforme os objetivos do capitalista individualmente considerado. Quando admite um empregado, graças ao formato dos contratos de adesão, o empresário já poderá calcular antecipadamente qual a despesa que este ato lhe causará num determinado período, bem como poderá prever quanto o empregado deverá produzir para que ele possa destinar ao empregador um valor acima da despesa prevista. O empregado, tratado como qualquer outra mercadoria, significa ao empregador *despesa*, que deverá ser reembolsada com lucros para que o contrato possa continuar a existir.

Aqui notamos, em letras iniciais, a fixação do segmento empresarial pelo equivalente, no ato de reduzir tudo a grandezas matemáticas para quantificar-lhes valor e conferir-lhes possibilidade de troca: “o procedimento matemático tornou-se, por assim dizer, o ritual do pensamento”⁷⁹. Os homens são quantificados e tratados por si só na razão numérica, sendo possível prever-lhes custos e eventuais lucros de antemão. Mas o desenvolvimento contratual não se mostrará assim tão simples.

O estabelecimento dos contratos de trabalho por adesão só logram toda esta organização e segurança requeridas para o desenvolvimento do capitalismo por meio de um custo muito grave: privar um dos contratantes da negociação das cláusulas, por haver a imposição unilateral de vontade da outra parte. E é possível notar que, em quase todos os contratos de adesão – e é o caso dos contratos de trabalho – uma das partes é sempre *empresa* ou, ao menos, um *empresário*⁸⁰. Este contratante, quase invariavelmente o maior detentor de poder, utiliza as cláusulas uniformes dos contratos para sistematizar seu *modus operandi*, estruturar e moldar a sua produção, é bem verdade, mas também para conformar todos os subordinados a satisfazer os interesses delineados e requeridos, tão-somente, pelo empregador.

⁷⁹ ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006. p. 33.

⁸⁰ ROPPO, *Op. cit.*, p. 313.

Em outras palavras, para uniformizar os procedimentos, as decisões, os tratamentos dispensados aos fornecedores e clientes e, sobretudo, para uniformizar *quem são os empregados*, o contrato desde seu início não cede espaço à afirmação do indivíduo dentro do todo, dentro da coletividade que é a empresa. Uma coletividade comandada de maneira uniforme em uma única figura, seja no empregador propriamente considerado, seja através de suas inúmeras diretivas, de que o Regulamento de Empresa é a figura maior.

Nestes contratos, a liberdade contratual de uma das partes – o empregador – vê-se ampliada, em detrimento da liberdade da outra parte, qual seja, o empregado. A racionalização e a economia da gestão empresarial é verificada pela anulação da liberdade contratual não apenas quanto a discutir-se as cláusulas existentes no contrato de trabalho, como também de escolher *com quem* o trabalhador irá contratar; afinal, no mundo dos fatos, onde existe um exército de reserva de mão-de-obra, não cabe ao empregado escolher quem será seu empregador.

Verificado dessa forma, o consentimento do trabalhador não é verdadeiramente livre; por isso nos contratos de trabalho há uma espécie de *dirigismo contratual*, pois as partes não são faticamente iguais. Assim, favorece-se a parte mais fraca com normas imperativas a atuarem em seu favor, contra a outra parte contratante, economicamente mais forte. Assim o Estado coloca no contrato de trabalho, obrigatoriamente, cláusulas que podem ser consideradas como de interesse e de ordem pública ⁸¹. No entanto, cabe ressaltar uma vez mais: no vazio do dirigismo contratual, terão validade as normas fixadas pelas partes.

Já houve, no curso da história do Direito do Trabalho, quem negasse a contratualidade dessa relação jurídica justamente em razão do citado dirigismo contratual, pois se o contrato é a expressão

⁸¹ CABANELLAS, Guillermo. *Tratado de Derecho Laboral*. v. 2. Buenos Aires: El Grafico, 1949. p. 126.

máxima da autonomia individual (faculdade do homem dispor das relações que lhe afetam), esta autonomia encontra-se extremamente reduzida na relação de trabalho. No entanto, por ser um contrato nitidamente de adesão, é que a liberdade contratual manifesta-se claramente na tipologia ora versada. Segundo Riva Sanseverino, *“este ato de tácita adesão deve ser considerado suficiente para imprimir caráter contratual à disciplina da relação de trabalho, embora o contrato que ela resulta esteja já completamente regulado, quanto ao conteúdo, pelas disposições imperativas e dispositivas estabelecidas pelas fontes externas e internas do Direito do Trabalho. Na troca de trabalho com remuneração se está, sempre, reduzindo a função normativa do contrato; entretanto, permanece embora com frequentes condicionamentos, sua função constitutiva[...] Para o conceito de contrato, o elemento essencial reside na liberdade do consenso para a constituição da relação, e não na liberdade do consenso para a determinação do conteúdo da relação. Ademais, o conteúdo de toda relação contratual é, sempre, mais ou menos, limitado por disposições imperativas ou de qualquer forma externas. [...] Assim, em matéria de trabalho, a diminuição da esfera de liberdade das partes na determinação do conteúdo do contrato respectivo, significa maior equilíbrio entre o peso das duas vontades contraentes. O contrato possui, do ponto de vista social, a missão de converter em formas pacíficas e justas situações que envolvem relações de violência e de supremacia do mais forte; ora, quando um ordenamento preestabelecido, levando em conta casos de inferioridade econômica e, portanto, de virtual violência, intervém para limitar a autonomia dos contraentes, não o faz derogando a lógica do sistema, mas, sim, permite que o contrato continue a cumprir a sua função social.*

[...] Quanto mais extenso for o conteúdo heteronomamente predeterminado da relação de trabalho, tanto mais livre o será, na formação do contrato a ele relativo, o consentimento do trabalhador”⁸².

Aparentemente, a questão encontra-se resolvida. No entanto, as manifestações havidas no curso de execução do negócio jurídico trabalhista, como ordens, direções a serem seguidas, etc., constituem componentes imprecisos, mas que se fazem presentes na genérica denominação “poder diretivo do empregador”, que pode compreender um sem-número de atos tendentes à concretização produtiva do empreendimento. Esses componentes imprecisos estão legitimados pelo princípio da autonomia da vontade, que integra também, por sua vez, o rol dos direitos humanos fundamentais.

3. À guisa de conclusões

Conforme noticia Robert Alexy⁸³, o direito constitucional alemão garante não apenas o direito a determinadas liberdades, como liberdade de expressão, credo, imprensa, etc., mas, antes, concebe um direito geral de liberdade. O conceito, extraído da filosofia política, foi trazido para a esfera do mundo jurídico. Um ato, para que seja livre, deve estar desvinculado em sua essência de motivos e, por outro lado, de um fim intencionado. Isso não significa que motivo e finalidade não sejam constituintes importantes do ato de liberdade; significa apenas que a ação humana é livre na medida em que pode transcender esses motivos⁸⁴.

⁸² SANSEVERINO, Luisa Riva. *Curso de Direito do Trabalho*. Trad. Elson Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976. p. 115-116.

⁸³ *Op. cit.*, p. 341-343.

⁸⁴ ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 198.

Mas esse direito geral de liberdade tutela não apenas as ações, sendo estendido também à proteção de situações e posições jurídicas do titular de direitos fundamentais. No Brasil há o direito geral de liberdade, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal. Nesse princípio fundamenta-se, substancialmente, a autonomia privada.

Wilson Antônio Steinmetz⁸⁵ arrola também os princípios de livre iniciativa, o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, o direito de propriedade, o direito de herança, o direito de acordo e convenção coletivos como uma espécie de *síntese* para a conclusão de que a autonomia privada encontra-se tutelada pela Constituição Federal, não se constituindo, assim, preceito ínsito apenas ao direito privado. Dessa forma, o autor arremata que eventuais conflitos entre direitos humanos fundamentais e a autonomia privada devem ser resolvidos como colisões de direitos fundamentais em sentido amplo.

Como se pode observar de antemão, apenas em um sistema aberto de direitos humanos fundamentais é possível conceber-se a possível colisão entre dois princípios – o da autonomia privada e a negociação em torno de um outro determinado direito humano fundamental, na ampla tipologia existentes nestes direitos, sejam de primeira, segunda ou terceira geração. Para a questão de colisão entre princípios, recorre-se, em regra, ao princípio da proporcionalidade. Suzana de Toledo Barros, o princípio da proporcionalidade envolve indagações sobre “a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de determinado direito”⁸⁶.

⁸⁵ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 199-202.

⁸⁶ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 71.

Estando princípios supostamente de mesmo patamar hierárquico em colisão, juridicamente pode-se recorrer à solução de se pensar qual o valor maior a ser protegido – estaria este insculpido nos princípios fundamentais gerais. Destes, previstos no art. 1º da Constituição Federal, merece especial atenção aquele que impõe o respeito à dignidade da pessoa humana. Sobre isto, leciona o professor Guerra Filho:

*“O princípio mereceu formulação clássica na ética kantiana, precisamente na máxima que determina aos homens, em suas relações interpessoais, não agirem jamais de modo que o outro seja usado como objeto, em vez de ser tratado como um sujeito, igualmente.”*⁸⁷

Os vários princípios fundamentais descritos no art. 5º da Constituição Federal nada mais fazem senão densificar os princípios fundamentais gerais, enunciados no art. 1º do mesmo texto. Na problemática em apreço, estando em conflito direitos fundamentais de quaisquer das categorias apreciadas e o princípio da autonomia privada, dever-se-ia ter em consideração, pelo princípio da proporcionalidade, qual a solução no exercício destes direitos é imperativo preservar a dignidade da pessoa humana.

Portanto, poderá haver justificativa para restrição de um dos direitos, pois nenhum deles é absoluto e, pelo princípio da proporcionalidade, tem-se uma regra do direito constitucional de conflitos, que busca harmonizar os direitos e, em sendo necessário, optar-se pela prevalência de um direito em relação a um outro, em dada situação fática – pois só aí será legítimo dizer quando um direito pode prevalecer sobre outro⁸⁸.

⁸⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. in: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 398.

⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1140.

Inicialmente, seria necessário, para a plenitude do princípio da proporcionalidade, a adequação da medida proposta para alcançar-se o fim almejado. Concernente ao princípio da necessidade, deve-se verificar se a medida restritiva da autonomia privada é indispensável à conservação do outro direito humano fundamental em tela. Analisa-se, em viés diverso, se haveria outra medida mais eficaz e menos gravosa para a obtenção dos mesmos escopos. Ademais, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito consiste, sucintamente, na ponderação dos valores em jogo. Assim, sopesando os conceitos, com base nos princípios colididos, apura-se o valor dos mesmos. Esta, a nosso ver, é a verdadeira proteção que o direito poderá oferecer às relações entre empregados e empregadores.

No caso em tela, todavia, não estamos diante de uma correlação entre iguais. A ponderação, portanto, não é cabível. Toda a dogmática construída em torno do direito do trabalho dispensa maiores comentários quanto à desigualdade entre as partes contratantes, razão pela qual não se pode afirmar uma verdadeira autonomia privada quando da celebração do contrato de trabalho. Traçando um paralelo com a filosofia política, podemos afirmar que “as únicas relações humanas que têm valor são aquelas que se enraízam na liberdade mútua, onde não haja dominação nem escravidão”⁸⁹, o que pode ser afirmado, também, no plano jurídico – ao menos no plano material.

A princiologia versada neste artigo não é suficiente para uma construção dogmática que permita, em todos os casos, verificar qual princípio – aquele decorrente da autonomia da vontade ou outro direito humano fundamental – poderá prevalecer, ou ceder em seus limites numa dada situação fática.

⁸⁹ RUSSELL, Bertrand. *Caminhos para a liberdade*. Trad. Breno Silveira. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 170.

Antes de mais nada, é preciso delimitar quais direitos fundamentais seriam dirigidos aos particulares; por exclusão, todos os que têm como destinatário único o Estado, não estão destinados à esfera versada, a toda evidência⁹⁰. No entanto, determinados direitos que surgiram historicamente como garantia do cidadão contra o arbítrio do Estado – o direito à intimidade, por exemplo, podem adquirir eficácia perante os particulares.

Robert Alexy, todavia, oferece um argumento que reputamos interessante para o problema ora versado. Quando comenta acerca da distinção entre as características de princípios e regras, e tem aos primeiros como mandamentos de otimização, tal como já exposto e adotado no presente trabalho, o autor germânico estabelece que o caráter *prima facie* dos princípios não se iguala ao das regras. Em síntese: se a regra não afetar um princípio (e ela pode reduzir sua aplicação, visto que princípios não são absolutos), muita importância poderá ter a argumentação jurídica em favor dos princípios que consubstanciem direitos humanos fundamentais⁹¹. No entanto, a argumentação jurídica nem sempre atende aos interesses verdadeiramente éticos do sistema de direitos humanos fundamentais, e sim à cultura de violência que permeia tanto os desejos das classes dominantes quanto a formação liberal de nossos juristas. Não se trata, portanto, de uma garantia que possa ser considerada suficiente para a observância dos direitos fundamentais na relação entre particulares.

Jorge Miranda⁹² expõe muito bem que nos sistemas jurídicos romano-canônico-germânicos, como o nosso, o princípio da autonomia privada dos contratantes pode sim ser limitado mas, verso e reverso

⁹⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 238.

⁹¹ *Op. cit.*, p. 106.

⁹² *Op. cit.*, p. 324.

da mesma medalha, podem condicionar em larga medida a aplicação dos direitos humanos fundamentais nas relações entre particulares, tal como a existente entre empregado e empregador. Assim, para o autor, no sistema de direitos humanos entre particulares,

“São duas as teses de carácter geral que se deparam: a da relevância mediata e a da relevância imediata. Para a primeira, somente através da sua modelação ou transformação em normas de Direito Civil podem os preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias obrigar as pessoas nas suas vidas jurídico-privadas e só através da sua irradiação sobre os conceitos indeterminados ou sobre as cláusulas gerais privatísticas podem os correspondentes conceitos tornar-se operativos. Para a segunda tese, não há que fazer cisões na ordem jurídica e tudo se reconduz à dialéctica liberdade-poder: se, em vez de ser poder político, for um poder de grupo ou de uma entidade privada dominante, os direitos, liberdades e garantias deverão valer de modo absoluto, enquanto tais; nos restantes casos, poderá haver graus de vinculatividade”⁹³.

O jurista lusitano chama a atenção, desta forma, para a interpretação do princípio da autonomia privada nos negócios jurídicos em que uma das partes é, de modo objetivo, hipossuficiente em relação à outra. Conforme afirmamos, esta hipossuficiência de um dos contratantes (empregado) é, indiscutivelmente, a base dogmática de todo o direito do trabalho. Desta forma, os direitos humanos fundamentais enquanto princípios previstos até mesmo constitucionalmente, aliado à unidade do ordenamento jurídico, deve ser aplicado a toda ordem jurídica, sobretudo naquelas relações privadas em que exista uma correlação desigual de forças, como a citada. Assim como na relação entre o Estado e o indivíduo, poderá haver situações fáticas de desigualdade em razão do poder social ou

⁹³ *Idem*, p. 324-325.

econômico de um dos particulares, motivo pelo qual a autonomia privada dos contratantes deve, sim, restar respeitada, desde que encontre, como limite, o conteúdo da dignidade da pessoa humana ou, em outras palavras, os direitos humanos fundamentais ⁹⁴, em todas as suas dimensões.

No direito brasileiro, conforme Daniel Sarmento, há o favorecimento de interpretações que aprofundem a vinculação dos particulares aos direitos humanos fundamentais em suas relações. E além disso, dada a gritante desigualdade social de nosso país, é mister reforçar também a tutela dos direitos humanos fundamentais no campo privado, em que o poderio econômico de uma das partes retira a autonomia privada da outra; a adoção de medidas protetivas dos direitos humanos fundamentais, como fundamento para a mudança do *status quo*, é mais que uma orientação dogmática; trata-se de dever ético ⁹⁵, o novel princípio da proteção nas relações de emprego.

Por esta razão concluímos, conferindo plenas razões aos argumentos de Wilson Antônio Steinmetz, que “*em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência prima facie do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada*” ⁹⁶. A autonomia privada negocial encontra diversos limites, e um deles é o respeito aos direitos humanos fundamentais. Mas vamos além: não apenas os direitos individuais, como também aqueles que transcendem as barreiras do indivíduo. Contra essa possibilidade levanta-se o citado autor, afirmando que os direitos de segunda e terceira geração não se aplicam aos particulares em geral, posto requererem como pólo passivo, o Estado. A exceção seriam os

⁹⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 274.

⁹⁵ *Op. cit.*, p. 236-239.

⁹⁶ *Op. cit.*, p. 224.

direitos trabalhistas previstos no artigo 7º da Constituição Federal, este sim dirigido à observância entre empregados e empregadores, e apenas a estes limitados ⁹⁷. A nosso ver, não assiste razão ao autor. Os efeitos vinculantes dos direitos de segunda e terceira categorias, ao menos nas relações de emprego, revelam-se de maneira similar aos princípios relativos à essa mesma eficácia nas relações entre Estado e indivíduo, por constituírem-se relações absolutamente desiguais de poder ⁹⁸.

Muitas empresas transnacionais possuem poderio econômico e político similar ou, por vezes, até mesmo maior que o do próprio Estado. Por esta razão, há desigualdade de forças entre os contratantes trabalhistas, o que implica na observância, também por parte do empregador, de direitos humanos transindividuais, inclusive em sua dimensão prestacional. Note-se que determinados direitos de segunda geração (liberdade sindical, direito à saúde) ou de terceira geração (direito ao meio ambiente equilibrado) permeiam toda a execução dos contratos individuais de trabalho.

Ao firmar esse negócio jurídico trabalhista, embora conceda o empregado ao outro contratante o poder de dirigir sua prestação de serviços com eventuais e futuras ordens e comandos, o titular da relação jurídica que representa o poder maior deverá não apenas respeitar, como também promover os direitos de todas essas dimensões, visto que eles não podem ser negociados tomando como base a autonomia privada, pelas as razões já expostas ⁹⁹.

Todas estas assertivas decorrem de um único fato: a execução dos trabalhos se dará mediante a submissão contratual dos empregados ao poder diretivo do empregador, estrategicamente distribuído ao

⁹⁷ *Idem*, p. 276-277.

⁹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Op. cit.*, p. 285.

⁹⁹ Sobre a vinculação dos particulares aos direitos humanos fundamentais, vide SARMENTO, Daniel, *Op. cit.*, p. 287-322. Conferir também SARLET, Ingo Wolfgang, *Op. cit.*, p. 388-408.

longo de toda a administração patronal para a conquista dos fins econômicos almejados pela empresa. No entanto, como já afirmado, nenhum interesse econômico pode sobrepor-se aos direitos humanos fundamentais, sejam de qual dimensões forem, sejam a quantos indivíduos venham a tutelar. O poder diretivo do empregador, na ânsia pela busca por lucratividade, poderá promover práticas atentatórias a direitos humanos fundamentais, quaisquer que sejam, baseado apenas na concordância da execução negocial trabalhista, firmada com base na autonomia da vontade do empregado?

A discussão mostra-se relevante, pois a vinculação e, mais que isso, *promoção* dos direitos humanos fundamentais por um particular (empregador) comparável ao Estado, nos termos acima ditos, compreende uma nova visão acerca do sistema de relações de emprego na atualidade, verificando não o momento da conclusão de um contrato, mas o curso, a execução de suas continuadas prestações. Assim, poderá ser possível verificar se o direito possui, de fato, a marca da *exigibilidade*.



A PROTEÇÃO TRABALHISTA-CONSTITUCIONAL

Luiz Marcelo Figueiras de Góis (*)

1. Introdução

Quando esta edição dos Arquivos do IBDSCJ foi idealizada pela incansável professora Marly Cardone, manifestei imediatamente a intenção de emprestar alguns pensamentos que me angustiavam relativamente à forma como os princípios de Direito do Trabalho vêm sendo estudados, em especial o chamado “princípio da proteção”.

A proposta de releitura desse princípio – e, mais abrangentemente, do paradigma protecionista - vem em ótimo momento, pois se decanta aos quatro ventos a crise que o Direito do Trabalho vem atravessando.

A crise em muito se deve ao fato de os “atores da relação de emprego”¹ não encontrarem no Direito do Trabalho atual respostas satisfatórias para os problemas que a modernidade traz para as relações de trabalho. Com efeito, direito positivado vem se mostrando pouco eficiente na tarefa de solucionar os impasses surgidos a partir das últimas décadas do século passado como corolário da chamada Revolução Tecnológica, especialmente no que diz respeito às “novas formas de trabalho”.

(*) Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Civil-Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito do Trabalho nos cursos de Pós-Graduação lato sensu da Fundação Getúlio Vargas. Advogado associado a Barbosa, Müssnich & Aragão – Advogados, com atuação no Rio de Janeiro. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior.

¹ Na feliz expressão de Hector-Hugo Barbagelata (*O particularismo do Direito do Trabalho*, pp. 45 e ss), que inclui no “teatro” da relação de emprego não apenas as partes do contrato de trabalho, mas, igualmente, o Estado atuando em suas esferas jurisdicionais e administrativas.

É que a CLT - diploma central no estudo da disciplina trabalhista - reúne normas voltadas à tutela de uma espécie de relação de trabalho que, com o passar do tempo, se fez passado. Buscar, por exemplo, no simples conceito de empregado presente no seu art. 3º a resposta para situações como o teletrabalho, o *home office*, o trabalho por conta própria e a administração de empresas (para citar o mínimo) faz com que o estudioso encontre mais dúvidas do que respostas para solucioná-las.

É nesse cenário de incertezas que os princípios passam a ter um papel nuclear para o Direito do Trabalho. A maleabilidade que lhes é peculiar permite que eles se apliquem a diversas situações em diferentes contextos históricos, sociais e econômicos sem que percam o traço de centralidade para a disciplina laboral.

Tendo em mente que o Direito do Trabalho, segundo Plá Rodrigues, é um direito voltado a proteger o trabalhador ², o estudo do paradigma de proteção, antes de útil, é necessário para a compreensão da dimensão desse ramo do direito nos dias de hoje.

O enfrentamento do tema sob os olhares de Cesarino Junior e de Romita representa enxergar o direito sob dois ângulos distintos. O primeiro, analisando o Direito do Trabalho e sua característica protecionista como um “novo direito”, mais humano e assistencial, voltado a proporcionar um sentimento de justiça na profunda desigualdade material existente entre patrão e empregado; o segundo, com um olhar mais aberto ao pós-positivismo, já apontando para a insuficiência do modelo de proteção ao trabalhador encampado pelo Direito do Trabalho tradicional.

Neste pequeno trabalho, analisaremos, em primeiro lugar, o paradigma protecionista surgido com o nascimento do Direito do Trabalho para em seguida avaliá-lo diante da crise atravessada atualmente por este ramo do direito.

² *Princípios de Direito do Trabalho*, p. 28.

Após uma breve crítica à flexibilização como medida capaz de tirar o Direito do Trabalho da crise, revisitaremos a função do Direito do Trabalho, para, finalmente, redefinirmos o que entendemos ser possível extrair de um princípio de proteção nos dias atuais.

2. O Paradigma da Proteção

O Direito do Trabalho foi concebido como um direito de resistência. Ele representava um freio ao avanço do capital sobre o trabalho, uma forma de proteger o ser humano contra a exploração. Uma maneira, enfim, de conferir um mínimo de dignidade aos indivíduos que alienavam seu tempo, sua saúde e sua força em favor de um empreendimento empresarial.

Era preciso, inegavelmente, conferir um tratamento jurídico favorável ao empregado, de modo a suprir a profunda desigualdade existente entre ele e seu patrão. Restringia-se, assim, a autonomia contratual para se preservar um bem jurídico superior de dignidade do trabalhador.

Esse primado da tutela do hipossuficiente aperfeiçoou-se doutrinariamente ao longo dos anos e deu origem a toda a gama de proteção do trabalhador subordinado. Nesse contexto, foram editados inúmeros diplomas legais que, intervindo na autonomia contratual das partes da relação de emprego, estabeleceram direitos e condições de trabalho de observância obrigatória aos contratantes³.

É neste ponto que se encontra hoje a experiência brasileira: temos um belo conjunto normativo para a tutela do empregado hipossuficiente, que lhe resguarda um riquíssimo acervo de direitos. Ele tem garantidas as férias anuais, o 13º salário, o adicional de horas extras e a higidez do ambiente de trabalho. Ele tem direito a receber adicionais quando trabalha em condições nocivas à sua saúde, à noite ou

³ Vide, nesse sentido, o art. 444 da CLT.

quando é transferido o local de seu trabalho. Ele deve receber equipamentos de proteção individual. Deve repousar pelo menos uma vez por semana e nos feriados oficiais. Tem, ainda, o direito de estar inserido em uma seguridade social custeada por todos os membros da sociedade.

Mais do que estarem assegurados por força de lei, estes benefícios não podem ser renunciados, transacionados ou transferidos pelo trabalhador. Sua remuneração é intangível e irredutível. Para além disso, benefícios concedidos habitualmente incorporam-se ao seu patrimônio jurídico e passam a não mais dele poder ser retirados por vontade das partes envolvidas na relação de emprego, surgindo em favor do empregado uma regra de não-retrocesso trabalhista.

Além desse sistema normativo privilegiado para o empregado, a doutrina desenvolveu ao seu redor uma segunda couraça jurídica, para mantê-lo a salvo de investidas capitalistas tendentes a diminuir sua gama de direitos e garantias laborais.

Essa dupla couraça - legislação tutelar complementada por um acervo principiológico conferidor de um status jurídico privilegiado ao trabalhador⁴ - é o que se convencionou chamar “paradigma da proteção”.

Entre os princípios que classicamente são considerados formadores da segunda camada desse conjunto protecionista tem maior relevo o chamado princípio protetivo (também denominado princípio protetor, de proteção⁵, *pro operario* ou tutelar), cujo objetivo, nas palavras de Plá Rodriguez, é justamente “*estabelecer um amparo preferencial*”⁶ ao trabalhador.

⁴ “Esses princípios são: o caráter supletivo das deficiências econômicas dos indivíduos; o caráter imperativo das normas de Direito Social, visto que ele visa realizar a paz social, sendo, portanto, os benefícios que concede irrenunciáveis (...)”; in Cesarino Junior, *Direito Social Brasileiro*, 1º volume, p. 102.

⁵ “Se “protetor” é aquele ou aquilo que protege, o princípio, por si só, não pode ser protetor, já que a proteção será por ele inspirada, nunca por ele diretamente dispensada. Caberia, então, com maior precisão semântica, falar em princípio *de* proteção, mas não em princípio *protetor*: o princípio – é obvio – não protege; quando muito, induz, inspira, fundamenta a proteção”; Arion Sayão Romita, *O princípio da proteção em xeque e outros ensaios*, p. 23 (grifos no original).

⁶ Américo Plá Rodriguez, *Princípios de direito do trabalho*, p. 28.

Ao sistematizar o princípio protetivo, o autor uruguaio – que é amplamente citado na doutrina majoritária brasileira - dividiu-o em três grandes vertentes de aplicação: uma interpretativa e duas integrativas.

A primeira vertente em que se desdobra o princípio protetivo seria a chamada regra do *in dubio, pro operario*. Trata-se de uma regra interpretativa, segundo a qual a norma trabalhista deve ser lida sempre no sentido que mais favorecer o trabalhador. Caso a mesma norma dê ensejo a mais de uma interpretação, deve-se optar por aquela que mais beneficie a parte obreira ⁷.

A segunda vertente, voltada para a integração de diplomas legais, é consubstanciada na regra da “norma mais favorável”. De acordo com esta regra, sempre que houver mais de uma norma aplicável à relação jurídica de direito do trabalho, deve-se optar por aquela que seja mais favorável ao empregado ⁸.

Finalmente, a terceira vertente concentra-se na superveniência de uma norma a uma relação de emprego pré-existente. Quando uma determinada regra é inserida no ordenamento jurídico, deve-se utilizar o critério da “condição mais benéfica” para determinar se ela irá ou não se aplicar à relação de emprego existente. Caso as normas anteriores sejam mais benéficas ao trabalhador, elas devem continuar a ser praticadas, em detrimento da aderência ao contrato individual de trabalho das regras editadas *a posteriori* ⁹.

Prega-se, assim, que normas duvidosas sejam interpretadas em favor do empregado e, em caso de conflitos entre dois diplomas normativos, deva sempre prevalecer aquele que mais beneficiar a parte hipossuficiente da relação de trabalho.

Em linhas gerais, este é o paradigma da proteção que o nosso Direito do Trabalho clássico abraça.

⁷ Cf. *ibidem*, p. 43-53.

⁸ Cf. *ibidem*, p. 53-60.

⁹ Cf. *Ibidem*, p. 60-65.

É justamente neste contexto que o professor Cesarino Junior identifica o seu “Direito Social” como o “*complexo de normas tendentes à proteção dos economicamente débeis*”, deixando claro que estas normas “*visam estabelecer o equilíbrio social, pela proteção aos econômicamente fracos*”¹⁰.

Cesarino Junior, com propriedade, refere-se a um direito “novo”, mais humano e preocupado em proporcionar ao indivíduo – economicamente desfavorecido e sem poder de barganha frente aos abusos do capital – meios para trabalhar com dignidade¹¹. Daí o mestre paulista afirmar que, embora não seja o único, “o fim imediato das leis sociais é a proteção aos fracos”¹².

Mas cremos que a concepção de simples proteção ao trabalhador outrora realmente existente – vinculada à ideia de freio aos avanços do capital, diminuição de diferenças econômicas, reequilíbrio de forças e conquista de direitos sociais – modificou-se junto com o contexto histórico no qual foi concebida¹³. Atingiu sua maturidade ao longo do século XX e mudou de formato a partir dos anos 1970.

3. Crise do Paradigma Tradicional de Proteção

Durante a sua construção, não se questionou a respeito da sustentabilidade do modelo protecionista à luz da realidade econômica, posto que no momento histórico de seu desenvolvimento

¹⁰ *Op. cit.*, p. 27.

¹¹ O próprio autor, na vanguarda de seu tempo, alude ao princípio da dignidade humana *in ibidem*, p. 35.

¹² *Ibidem*, p. 32.

¹³ C“Estou a falar, portanto, do paradigma jurídico sob cuja influência apareceram as obras pioneiras do *Alfredo Palacios* do “*Nuevo Derecho*”, do primeiro *Evaristo* do “*Apontamentos de Direito Operário*”, da doutrina do “contrato realidade” de *De La Cueva*, e mesmo do protecionismo explicitamente autoritário do marcante e genial legado de *Oliveira Vianna* (...); um tempo, porém, que no presente já se fez passado.”; Antônio Rodrigues de Freitas Jr., *Direito do Trabalho na era do desemprego: instrumentos jurídicos em políticas públicas de fomento à ocupação*, p. 68.

as crises econômicas não passavam de profecias malthusianas. Pouco importava, assim, que o empresariado fosse obrigado a arcar com mais custos em virtude da criação de uma casca de proteção em torno do empregado. Se o emprego custava-lhe mais caro, estes custos em grande parte eram repassados para o mercado, embutidos nos preços dos produtos ou serviços comercializados ¹⁴.

Mas não tardou para a humanidade descobrir que o sistema capitalista traz inerentes a si crises em ciclos semelhantes às ondas do mar: uma calmaria sempre precede a tormenta, depois da qual uma nova calmaria chega. E a frequência das crises vem se acentuando em virtude do fenômeno da globalização, que aumenta a pressão por resultados e por maior competitividade sobre a estrutura produtiva.

Junto com esta constatação veio outra: a de que o Direito do Trabalho é talvez o ramo do direito mais conectado com a economia. O que acontece na infraestrutura econômica, repercute necessariamente na supraestrutura laboral ¹⁵. A partir do momento em que a pujança financeira do capitalismo fraqueja, as relações de trabalho sofrem imediatamente os efeitos da crise. Nesse sentido, inúmeros autores lembram que o Direito do Trabalho tem “notórias

¹⁴ A ressaltar o repasse do custo da proteção ainda nos dias atuais está Arion Sayão Romita, *in verbis*: “*Como esta modalidade de proteção onera os custos da empresa condenada em juízo (custos estes repassados para os preços dos produtos e dos serviços por ela produzidos ou prestados), e como os consumidores ou usuários são, em última análise, os próprios trabalhadores, segue-se que o ônus econômico decorrente da proteção recai sobre o trabalhador. Analisada a proteção por esta ótica, conclui-se que quem custeia a proteção é o próprio trabalhador*”; *O princípio da proteção em xeque...*, p. 25.

¹⁵ “*É, porém, no Direito do Trabalho, pela própria natureza de suas normas, que maiormente se refletirão as medidas econômicas*”; in Cesarino Junior, *op. cit.*, p. 91.

implicações econômicas”¹⁶ e que deixá-lo alheio à realidade econômico-social traz como consequência a perda de efetividade da disciplina¹⁷.

Nessa linha, a indissociabilidade entre capital e trabalho foi também uma inafastável constatação na história da humanidade.

Embora tendencialmente antagônicos, um depende do outro para a prosperidade. Sem mão-de-obra, o capital se estagna; não se produz e não se consome coisa alguma. De outro lado, sem a organização empresarial, não se disponibilizam postos de trabalho e, assim, reduzem-se as possibilidades de subsistência e inserção social do ser humano.

As crises cíclicas do capitalismo põem em xeque esse tênue equilíbrio entre capital e trabalho. Elas ameaçam a sobrevivência das unidades empresariais em virtude da conjugação de fatores como a baixa disponibilidade de recursos no mercado, o aumento de juros para empréstimos a prazo, aumento de preços dos insumos, a saturação de mercados consumidores e o desaquecimento econômico. Como consequência, a empresa adotada medidas de redução de despesas, voltadas inicialmente para aqueles gastos tidos como supérfluos.

¹⁶ Cf. Héctor-Hugo Barbagelata, *op. cit.*, p. 18. Para o autor, “*a maior ou menor dimensão das conquistas em matéria de relações trabalhistas, individuais ou coletivas, tende cada vez mais a depender das circunstâncias econômicas (...)*” (p. 100). Ainda sobre a correlação entre emprego, Direito do Trabalho e economia, vale destacar a lição de Alessandro Severino Valle Zenni e Cláudio Rogério Teodoro de Oliveira (*(Re)Significação dos princípios de Direito do Trabalho*, p. 103), que apontam o emprego como engendrador de estabilidade social e de inserção no sistema socioeconômico.

¹⁷ “*O favorecimento da efetividade das normas de trabalho não pode, contudo passar ao lado da racionalidade econômica: essas normas devem respeitar a adequação e a compatibilidade às exigências da gestão das empresas e às condições gerais da economia. Devem procurar a realização dos princípios e dos valores sociais inalienáveis, nos ‘ambientes’ micro e macroeconômicos reais – sob pena de ficarem inaplicadas, ou mal aplicadas, e de se tornarem ineficazes, por falharem a função social que as explica e justifica.*”; António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, p. 29.

Tomemos como exemplo uma empresa que conceda cafés-da-manhã graciosamente aos seus funcionários. A despesa com esse benefício certamente seria uma das primeiras a serem cortadas em momentos de crise. Todavia, de acordo com o art. 458 da CLT, a alimentação fornecida *in natura* é considerada parte da remuneração dos empregados. A cessação de sua concessão representaria uma redução salarial, redução esta vedada pelo princípio da irredutibilidade (corolário do princípio da proteção), previsto no art. 7º, VI da Constituição. Ainda que o empregador fosse cadastrado no Programa de Alimentação do Trabalhador e que o café-da-manhã, por este motivo, fosse excluído do conceito de salário, a supressão desse benefício seria igualmente considerada ilícita, tendo em vista que a repetição da sua concessão ao longo do tempo faz com que ele se incorpore ao patrimônio jurídico dos empregados. Ainda que aceita pelos trabalhadores, a alteração dessa condição de trabalho seria nula, por força do princípio da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas (também corolário daquele princípio) e da regra do não-retrocesso contida no art. 468 Consolidado.

Como se vê, não há uma solução dentro da legalidade para as partes. Ante a impossibilidade de novação quanto às cláusulas do contrato de trabalho – que decorre do paradigma da proteção –, oferece-se como única saída o desfazimento do vínculo contratual, o “corte de pessoal”, o desemprego.

Os momentos de tormenta econômica revelaram-se, assim, danosos para o emprego e para a inclusão social através dele. Ao longo das últimas décadas constatou-se que, em tempos de crise, a manutenção do empreendimento econômico – e, com ele, do sustento do universo de direitos trabalhistas e previdenciários dos empregados – faz-se através do sacrifício dos postos de trabalho. O empresário, pressionado, demite para sobreviver. Salvam-se, junto

com o empreendimento, alguns postos de trabalho. Perdem-se os demais. Alguns empregados pagam o preço pela manutenção da empresa e dos empregos dos outros trabalhadores¹⁸.

O paradigma da proteção é sustentado, assim, a um alto custo. Não se trata simplesmente de arcar com a gama de direitos consagrados em lei (como férias e horas extras), os quais refletem uma história de justas conquistas e correspondem a importantes medidas de proteção à saúde e à higidez psicológica do trabalhador. Trata-se de suportar uma estrutura que não oferece alternativas à empregabilidade em momentos de crise. As partes da relação de emprego estão tão engessadas dentro do modelo protetivo, que o direito brasileiro não dá outra saída que não seja a ruptura da relação de trabalho diante de uma ameaça concreta à preservação da empresa.

4. A Flexibilização como Saída?

Neste momento de impasse, em que se reclama por uma válvula de escape que proporcione alguma maleabilidade ao rigor protetivo, os livros universitários invariavelmente remetem o estudioso à negociação coletiva de trabalho como forma de solucionar tais obstáculos, através do recurso à flexibilização¹⁹. Mas a experiência revela que essas negociações geralmente não respondem satisfatoriamente às partes envolvidas na relação de emprego.

¹⁸ Esta constatação já fora feita por Renato Rúa de Almeida, segundo o qual “(...) a atual realidade sócio-econômica, caracterizada pela globalização da economia, em que a competitividade entre as empresas é cada vez mais exigente, faz com que o Direito do Trabalho passe a adotar um modelo jurídico mais próximo da vida das empresas, para regular a relação de emprego, sob pena de desproteger o empregado, ao invés de protegê-lo, ao provocar o aumento do desemprego.”; *O moderno Direito do Trabalho e a empresa: negociação coletiva, representação dos empregados, direito à informação, participação nos lucros e regulamento interno*, Revista LTr, 62-01, p. 37.

¹⁹ Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado, *Curso de Direito do Trabalho*, p. 1400 e ss. e José Augusto Rodrigues Pinto, *Tratado de Direito Material do Trabalho*, p. 72-77. Seguindo a mesma linha em Portugal, Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do Trabalho*, p. 63-70.

Com efeito, tais negociações são sempre tensas, arrastadas, lentas. O que se vê nessas ocasiões, geralmente, é uma entre três situações: (i) sindicatos fazendo reivindicações descabidas e postulando por garantias incumpríveis pelo empregador, acreditando que assim estão fazendo um bem para a coletividade representada; (ii) sindicatos pelegos - geralmente pouco representativos - que, em troca de promessas de contribuições adicionais aos seus cofres, aderem aos interesses patronais; ou (iii) sindicatos oportunistas, que utilizam esses momentos de crise para fazer campanhas políticas de seus membros, sob o argumento da defesa dos seus representados ²⁰.

Não é difícil perceber que em nenhuma das situações acima uma negociação séria enceta resultados eficientes.

Na primeira hipótese acima ventilada, a negociação sequer sai do papel, uma vez que a extensa pauta de reivindicações inviabiliza o diálogo. Embora nestes casos o sindicato realmente mostre-se interessado na defesa da categoria representada, o empresário, atravessando uma situação de crise, não consegue aderir aos clamores sindicais.

Na segunda situação, geralmente se obtém um acordo coletivo flexibilizador. No entanto, esse acordo não se reveste de validade porque a real vontade da categoria profissional não é levada em conta pelo sindicato, que a troca por contribuições pagas pela entidade patronal em uma espécie de “suborno velado”, travestido através das chamadas “taxas negociais”, “contribuições negociais” e congêneres, embutidas no corpo dos acordos coletivos de trabalho dessa natureza.

²⁰ “Aponta-se claramente para a via da negociação coletiva. Mas o movimento sindical brasileiro, em sua expressão majoritária, decididamente repele essa via e dá mostras de preferir a acomodação, tentando obter benefícios materiais (...)”; Arion Sayão Romita, *O princípio da proteção em xequê...*, p. 122.

Finalmente, na terceira hipótese, tal qual na segunda, não há verdadeiro interesse por parte do sindicato de representação da categoria profissional. Ele apenas utiliza o momento de crise para lançar plataformas políticas de seus dirigentes. As negociações, como regra, são revestidas por piquetes e carros de som decantando que a diretoria do sindicato “*não se renderá às investidas do capital sobre o trabalho*” em uma postura de pseudo defesa da categoria. Não é difícil imaginar o resultado: a negociação emperra, a flexibilização não acontece, a empresa quebra, o empregado perde o emprego e o dirigente sindical, quem sabe, se elege parlamentar.

Não negamos, entretanto, que em algumas situações haja sindicatos razoáveis, sensíveis à situação econômica do empresariado e realmente preocupados em defender a base representada. Estes, algumas vezes, conseguem atingir um denominador quando solicitados a negociar em momentos de crise. Contudo, ainda nestes casos, a negociação coletiva toma tempo – são necessárias assembleias, formulação de pauta de reivindicações, negociações, nova assembleia etc. Quando o acordo coletivo de trabalho ²¹ é finalmente confeccionado, muitas vezes já é tarde demais para se tomar decisões tendentes à preservação de grande parte da empresa e dos empregos que ela gera.

Tais entraves revelados pela experiência prática demonstram que a flexibilização feita via negociação com sindicatos resolve apenas poucos casos, deixando a grande maioria ao sabor da própria sorte.

²¹ Aludimos ao “acordo coletivo” e não à convenção por ser aquele a ferramenta geralmente mais apropriada para levar a cabo a flexibilização pretendida. Sem embargo, nada impede que de tais tratativas também surja uma convenção coletiva de trabalho.

Ao lado desses entraves de ordem prática ²² (e, mais precisamente, em sua origem), há graves problemas jurídicos na estrutura sindical brasileira, que comprometem o recurso à negociação coletiva como medida eficiente para oferecer respostas trabalhistas em épocas de crise.

Tome-se em conta, logo de início, o caráter corporativista ainda existente na estrutura sindical, caráter esse avalizado por nossa Constituição através do seu art. 8º. Nele há a consagração de institutos como a representação obrigatória por categoria, a contribuição compulsória e a unicidade sindical, que colidem fortemente com os preceitos de liberdade sindical efetiva, preceituados na Convenção no 87 da OIT.

Essa estrutura permite a proliferação de sindicatos viciados em sua essência e despreocupados com os reais interesses de sua base de representação (vez que a mesma está garantida “para sempre” independentemente da eficiência da sua atuação ²³). Reflexo dessa “alienação sindical” brasileira é o fato de apenas 18% dos trabalhadores em nosso país serem formalmente filiados a sindicatos profissionais, segundo a PNAD divulgada em 2009.

²² Aos quais Heilbroner soma a fragilização da consciência coletiva, fruto da pulverização da mão-de-obra em micro e pequenas empresas ancoradas no setor de serviços após a Revolução Tecnológica, *in verbis*: “*O operariado industrial, onde o sindicalismo tem sido tradicionalmente mais forte, constitui hoje uma fração estática ou talvez em lento declínio da força de trabalho. Inversamente, a era de mais rápido crescimento de emprego é nos setores de serviços e profissões não-manuais [White-collar jobs] onde a antipatia pelo sindicalismo tem sido tradicionalmente maior*”; *A formação da sociedade econômica*, p. 141-142.

²³ “*A sindicalização por categoria (...) só se sustenta no Brasil graças à mentalidade dominante, que autoriza a permanência de privilégios assegurados aos exercentes do poder sindical – patronal e de trabalhadores – que em nada cedem, apegados, como ostras ao rochedo, às posições de mando das quais ninguém consegue movê-los.*”; Arion Sayão Romita, *O princípio da proteção em xeque...*, p. 124.

Soma-se a isso o fato de o Brasil, ainda não ter implementado um sistema de representação dos empregados nas empresas, a despeito de a Convenção no 135 da OIT ter sido por nós ratificada em 1991 e de nossa Carta Magna prever tal modalidade jurídica através de seu art. 11.

Ora, semelhante representação dos empregados é, a nosso ver, muito mais apta a apreender tanto a real necessidade dos trabalhadores, como a verdadeira situação econômico-financeira do empregador. Ela tem muito mais sensibilidade para imprimir o tom das negociações e saber onde avançar e quando recuar, pois está prostrada dentro da empresa, no coração do problema.

Sem a implementação efetiva dessa espécie de representação, os sindicatos poucas vezes se sentem estimulados a tomar a frente dessas negociações, notadamente quando as empresas atingidas nos momentos de crise são de micro e pequeno porte - as quais respondem pela maior parte dos postos de trabalho criados no Brasil. Aqueles sindicatos mais participativos e interessados estão invariavelmente com suas agendas lotadas em épocas de crise e demonstram, no mais das vezes, pouco ou nenhum conhecimento sobre a realidade laboral travada nas referidas empresas, conhecimento este indispensável ao sucesso de uma negociação eficiente.

Some-se a isso que as situações que reclamam solução em momentos de crise nem sempre dizem respeito a toda a coletividade de empregados. Elas muitas vezes concentram-se em setores isolados ou em um número restrito de trabalhadores. Nestes casos, foge mesmo à própria função do sindicato - de representação da categoria e de materialização da vontade coletiva - sentar-se à mesa com o empregador para solucionar problemas específicos e setorizados.

Portanto, chega-se à triste constatação - a partir da análise da estrutura jurídica atualmente existente no Brasil e dos entraves

de natureza prática decorrentes dessa estrutura – que o recurso à negociação coletiva não se mostra capaz de contornar a grave crise atravessada pelo Direito do Trabalho ²⁴. Quem sabe ela possa ser o caminho em um futuro distante, caso o Brasil realmente venha a concretizar o compromisso com uma real liberdade sindical e implemente de forma eficiente a representação de empregados na empresa. Mas hoje, inegavelmente, a negociação coletiva não oferece meios eficientes para modernizar o paradigma de proteção e trazer o Direito do Trabalho para a realidade contemporânea ²⁵.

²⁴ Na verdade, a insuficiência da solução negociada não é uma realidade apenas brasileira. Tome-se novamente aqui o exemplo português, onde, segundo António Monteiro Fernandes (*Direito do Trabalho*, p. 32), “*a contratação colectiva estagnou, parecendo inviável a sua renovação espontânea*”.

²⁵ Deixamos aqui registrado o nosso ceticismo quanto a qualquer mudança da estrutura sindical no Brasil. Daí a nossa restrição ao recurso à flexibilização ou à negociação coletiva para solucionar a crise do Direito do Trabalho. A nosso ver, o fato de a estrutura sindical estar fincada no rol de direitos e garantias sociais na Constituição praticamente inviabiliza qualquer mudança do *status quo*. Para tanto, seria necessário, em primeiro lugar, se compreender que os incisos do seu art. 8º não estão abrangidos pelo art. 60, §4º, IV da Constituição – e, a nosso ver, não estão – para se poder cogitar em uma Emenda Constitucional tendente a uma reforma séria da estrutura sindical. Em seguida – e aí reside o principal motivo de nosso ceticismo – seria necessário elaborar e aprovar, com quorum qualificado, uma Emenda Constitucional para alterar o art. 8º da Lei Maior, o que daria ensejo a uma ebulição política sem precedentes em nosso país. No Brasil, onde a democracia é mascarada, onde o voto é comprado – se não com dinheiro, com favores, com “bolsas-família”, com promessas de apadrinhamento... -, onde, enfim, a grande maioria da população não tem educação nem memória, não é difícil imaginar que partidos políticos de esquerda e de direita utilizariam qualquer tentativa séria de alteração na estrutura sindical como plataforma para uma falaciosa “defesa do trabalhador”. Não tardariam os chavões do tipo “querem retirar as conquistas trabalhistas do povo” e “querem acabar com os sindicatos”. A nosso ver, é uma utopia imaginar que algum dia haverá o consenso político necessário a uma tal reforma e aí vai a nossa divergência à posição do professor Arion Sayão Romita quando ele aponta a “*desejada e necessária reforma do texto constitucional*” (*O princípio da proteção em xeque...*, p. 34) como caminho para o fortalecimento “*da autonomia privada dos corpos sociais intermediários*” (*ibidem*, p. 216) e, conseqüentemente, para a superação da estrutura pseudo-protetcionista.

5. A Reidentificação do Objeto da Proteção

A superação do impasse acima detectado – proteção que gera desemprego –, a nosso sentir, somente será obtida quando o estudioso de Direito do Trabalho abandonar a visão que identifica o empregado como um *indivíduo*, isolado do seu contexto social.

Essa visão individualista do trabalhador é creditada à inspiração liberal, “*que vê no Homem um ser abstrato e sem raízes, perseguindo seus interesses privados numa sociedade atomizada, em que os laços de integração são frouxos, e que funciona de modo semelhante ao mercado*”²⁶.

A superação da filosofia liberalista exige que o trabalhador seja agora identificado não mais como um indivíduo atomizado, mas como uma pessoa. Como tal, possui vínculos sociais e afetivos; insere-se em um seio social e é nele que se realiza e se identifica²⁷. Ele passa a ser visto como “*um ser situado, concreto, que desenvolve a sua personalidade em sociedade, no convívio com seus semelhantes*”²⁸.

Portanto, a proteção ao trabalhador isoladamente considerado passa a ser *tão importante quanto* a proteção da *coletividade de trabalhadores* em que aquele se insere. Dito de outro modo, o cuidado do Direito do Trabalho deve se destinar não só ao empregado de uma empresa, mas a todos os trabalhadores que nela trabalham²⁹. Ele precisa ter em mente que, ao lado de um *empregado-indivíduo*, há outros que também reclamam proteção e que, igualmente, há ainda uma empresa, sem a qual não haveria a relação de trabalho em primeiro lugar.

²⁶ Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 117.

²⁷ Nas palavras de Arion Sayão Romita, “*a fórmula que preside à aplicação dos direitos fundamentais é a que eles concernem ao ‘homem situado’*.”; *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*, p. 221.

²⁸ Daniel Sarmento, *op. cit.*, p. 117.

²⁹ “*(...) quando se afirma que o Direito Privado contemporâneo centra-se na pessoa humana e nos seus valores existenciais, constata-se a superação do paradigma individualista. A personalização, portanto, não é incompatível com a socialização do Direito Privado, mas configura antes uma das causas deste processo, já que se concebe a pessoa como um ser social, titular de direitos mas também vinculado por deveres perante seus semelhantes.*”; *ibidem*, p. 118/119.

Nestes termos, ganham importância para a área trabalhista as palavras de Daniel Sarmento, que defende não ser

*(...) lícito falar nem na primazia absoluta do individual sobre o coletivo, que conduziria à anarquia jurídica e impediria a organização da vida em sociedade, nem na supremacia do coletivo sobre o individual, que é liberticida, e, com seu irreduzível organicismo, pode asfixiar a pessoa humana e abrir as portas para totalitarismos de variados matizes. Na verdade, em casos de colisão entre interesses individuais e coletivos, cumpre proceder a uma atenta ponderação, que preserve ao máximo cada um deles, e que se oriente para a promoção do princípio da dignidade da pessoa humana*³⁰.

É preciso superar o pensamento pequeno do hoje, do agora, da hora extra não paga, do *empregado-indivíduo*, concebido fora do contexto social em que vive. O Direito do Trabalho precisa enxergar o futuro, o todo, os resultados que uma postura de proteção irrefletida pode trazer à coletividade sob o ponto de vista da empregabilidade. Ele tem uma missão de materializar os comandos constitucionais de máxima inserção do trabalhador no mercado de trabalho e funcionalização da propriedade e do trabalho (arts. 6º; 170, VIII e 5º, XXIII da Constituição).

A estrutura de proteção ao *empregado-indivíduo* ignora o seu impacto nos empregos dos demais membros da coletividade. A proibição do “passo atrás” e a incerteza quanto ao futuro da saúde do empreendimento fazem com que o empregador relute antes de oferecer qualquer vantagem ao empregado além daqueles direitos mínimos previstos em lei e em normas coletivas. O paradigma protetivo desestimula até mesmo a contratação de empregados³¹ e a melhoria espontânea das condições de trabalho por parte da empresa.

³⁰ Ibidem, p. 120.

³¹ “A ideia de que no direito do trabalho se pretende favorecer o trabalhador contra o empregador dificulta inclusive a criação de novos empregos, pelo receio que os empregadores têm das consequências que daí poderão advir”; Pedro Romano Martinez, *op. cit.*, p. 223.

Por este motivo, o Direito do Trabalho tornou-se um direito de minoria. Basta analisar com cuidado os dados revelados pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) divulgada pelo IBGE ³² que toma como base o período entre a segunda metade de 2007 e o primeiro semestre de 2008. Mesmo sem considerarem os efeitos da crise econômica desencadeada no segundo semestre de 2008, os dados demonstram que quase 25 milhões de brasileiros trabalhavam sem carteira assinada ou estavam subempregados. Soma-se a essa quantidade outros 18,7 milhões que, embora tenham sido considerados formalmente “ocupados” pelos dados oficiais, informaram àquele Instituto de Pesquisa que trabalham “por conta própria”.

Isto relega a quantidade de empregados com vínculo reconhecido a meros 36,4% da população tida pelo Governo Federal por “ocupada”.

Além disso, a mesma PNAD revelou que 33,4% das pessoas entrevistadas – inclusive aqueles que se declararam empregados registrados - cumpre jornada superior a 44 horas semanais. Ou seja, o fato de se trabalhar sob vínculo empregatício no Brasil não assegura ao indivíduo as garantias mínimas estabelecidas na legislação.

É o próprio contra-senso: um modelo de proteção que, no papel, protege, mas que, na prática, desprotege; que expulsa o trabalhador da formalidade para a informalidade. Na pretensão de alcançar um máximo de garantias ao empregado ele acaba não assegurando sequer o emprego. Ao invés de incluir, ele exclui.

A utilização desse paradigma protecionista de maneira irrefletida e pouco maleável traz como última consequência a afronta aos preceitos constitucionais da valorização social do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), do primado do trabalho (art. 193) e, em última instância, de dignidade humana (art. 1º, III).

³² Disponível em <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2008>>; acesso em 9 de dezembro de 2009.

É preciso, portanto, evoluir; trazer para o compasso constitucional o paradigma de proteção. Aplicar-lhe uma interpretação conforme a Constituição de modo a que ele deixe de ser um “quasimodo jurídico” e volte a se encaixar como engrenagem à máquina jurídica nacional.

O Direito do Trabalho precisa refletir se, hoje, com suas estruturas de pensamento, métodos de interpretação, regras e princípios está promovendo ou freando o desenvolvimento da dignidade humana do trabalhador. Será que o engessamento das condições de trabalho realmente protege o empregado? Em que consiste, na verdade, em um mundo globalizado, fragmentado, pluralista e informatizado, proteger o trabalhador? Trata-se de buscar novas conquistas? Proteger todos os direitos já alcançados e incorporados a um contrato de trabalho? Ou será que a proteção que os trabalhadores reclamam atualmente é mais abrangente, mais ampla? Como se entender, enfim, no mundo contemporâneo, o paradigma da proteção?

6. A superação da proteção tradicional

Uma vez constatado que a função de um Direito do Trabalho constitucionalizado supera a ótica individualista, seu caráter social-humanista faz com que a proteção transcenda a figura do empregado isolado, egoisticamente considerado, e se foque na universalidade de trabalhadores, sem perder de vista a necessária atenção a ser dada ao empregador na condição de criador de postos de trabalho.

Assim, com a modernização da função da disciplina, enfraquece-se a justificação dada pela doutrina à sustentação tradicional do princípio da proteção. Opera-se, na verdade, a ampliação do foco da disciplina, agora vista sob o enfoque da Constituição.

Ela se destina a cuidar do emprego, a solucionar o problema de exclusão social a partir da preservação dos postos de trabalho, o que trará maior sentimento de justiça social através

da valorização do primado do trabalho. Vai buscar, sempre que possível, soluções e institutos jurídicos que protejam o empregado sem importar no comprometimento da preservação dos empregos dos demais trabalhadores.

Essa é uma tendência mundial e não só brasileira. Também em Portugal defende-se uma nova função para a disciplina trabalhista que transcenda a antiga ideia de proteção ao empregado. Assim é que, seguindo a linha acima descrita, Pedro Romano Martinez afirma que “(...) o direito do trabalho não foi estabelecido para defender os trabalhadores contra os empregadores, ele existe em defesa de um interesse geral, onde se inclui toda a comunidade. A comunidade, de que fazem parte trabalhadores e empregadores, beneficia (sic) da mútua colaboração e da paz social”³³.

O mesmo caminho parece estar aberto na Espanha, conforme se constata da lição de José Castán Tobeñas: “a justiça e o direito devem perseguir soluções de equilíbrio harmônico (que se traduzirá umas vezes em proteger o trabalhador, mas outras vezes em prestar proteção à empresa) e devem estar, sempre, a serviço da coletividade, que tem preferência sobre o interesse próprio dos indivíduos e dos grupos”³⁴.

No Brasil, pouquíssimos autores de Direito do Trabalho ousam desafiar abertamente o paradigma protecionista. O principal deles é Arion Sayão Romita, que faz uma crítica abrangente ao princípio de proteção³⁵.

Ele reconhece que “repugna ao ideal de justiça a proteção de um dos sujeitos de certa relação social. O ideal de justiça se realiza quando o direito compensa desigualdades iniciais pela outorga de garantias aptas a igualar as posições (ou, pelo menos,

³³ *Op. cit.*, p. 223.

³⁴ *La idea de justicia social*. Madri: Reus, 1966 *apud* Arion Sayão Romita, *O princípio da proteção em xeque...*, p. 24.

³⁵ Em suas palavras, o princípio de proteção precisa ser criticado, “*em nome do progresso das relações sociais no Brasil e da democratização das relações de trabalho.*”; *op. cit.*, p. 38.

atenuar a desigualdade inicial)”³⁶. Nessa linha, o autor defende não caber ao direito proteger quem quer que seja. Sua função seria apenas criar meios para equilibrar a desigualdade econômica existente entre as partes da relação de emprego³⁷.

Em detido estudo, o mestre fluminense afirma que a criação de uma estrutura heterônoma de proteção legitima uma situação de injustiça social e perpetua o status do empregado como um eterno dependente de “favores” do Poder Público. Trata-se, na sua opinião, aqui retratada em linhas gerais, de uma construção que legitima a dependência estrutural do empregado aos governantes, pois se há alguém a ser protegido, faz-se necessário alguém para proteger.

Por este motivo, Romita duvida que a intenção do Direito do Trabalho seja realmente a de proteger o trabalhador³⁸. Para ele, a proteção favoreceria, na verdade aqueles que estão no poder atuando como “defensores” da classe operária. Nesta linha, seria necessário

³⁶ Ibidem, p. 24.

³⁷ “*Não constitui função do direito – de qualquer dos ramos do direito – proteger algum dos sujeitos de dada relação social. Função do direito é regular a relação em busca da realização do ideal de justiça. Se para dar atuação prática ao ideal de justiça for necessária a adoção de alguma providência tendente a equilibrar os pólos da relação, o direito concede à parte em posição desfavorável alguma garantia, vantagem ou benefício capaz de preencher aquele requisito*”; ibidem, p. 23 (grifo no original). Na verdade, o próprio Cesarino Junior já concordava que o Direito do Trabalho era um direito pacificador. No entanto, o autor sustentava que a pacificação social seria obtida através do favorecimento jurídico ao economicamente mais fraco: “*O fim imediato das leis sociais é a proteção aos fracos – concordamos. Mas, não é o único. Por intermédio dessa proteção o que o Estado realmente visa é assegurar a paz social, o interesse geral, o bem comum.*” (*Direito Social Brasileiro, cit., p. 32*).

³⁸ “*(...) a repressão à greve assim como a hostilidade à manifestação autônoma dos grupos organizados repelem a noção de proteção. Inexiste proteção, no sentido em que a doutrina quase unânime emprega o vocábulo, quanto à regulação das relações coletivas de trabalho*”; *op. cit., p. 24*.

ao Direito do Trabalho abandonar a estigma protecionista e fornecer aos empregados meios de, sozinhos, realmente atingir sua “maioridade social”³⁹. O caminho para tanto passaria pelo fortalecimento dos sindicatos e corpos sociais intermediários, estes sim capazes de suprir uma hipossuficiência inerente à condição do empregado e fazer com que sua voz seja ecoada e respeitada pelos demais atores da relação de emprego⁴⁰.

A proposta de ampliação do foco da disciplina trabalhista também é proposta por Arnaldo Süssekind, para quem hoje em dia *(...) o Direito do Trabalho já não visa ao operário, como ente mais fraco na vida em sociedade, nem tem a finalidade econômica da legislação de Bismarck. Ele se situa em plano imensamente mais elevado, com o grande objetivo de solucionar o problema. (...) Valorizando o trabalho humano, seja aquele que realiza o empregado, seja o que faz o empregador, na gestão de sua empresa, o Direito do Trabalho persegue uma finalidade político-social que é a paz social, a harmonia social*⁴¹.

³⁹ “(...) o trabalhador brasileiro acha-se, ainda hoje, em situação de minoridade social. Ele é o “sujeito protegido” do Direito do Trabalho”; *ibidem*, p. 121.

⁴⁰ “(...) a proteção dos trabalhadores representa uma conquista do Estado social e democrático de direito. A proteção visa à eliminação da desigualdade social e econômica entre o empregado e o empregador e a substituição da noção de igualdade meramente jurídica (formal) por uma igualdade material. Longe de desconfiar dos atores sociais, o estado democrático neles deposita confiança e vê no entendimento direto das classes a melhor maneira de compor os recíprocos interesses. (...) O conflito industrial é aceito como realidade inarredável e, em lugar da solução de cima, por via autoritária, o Estado, mediante legislação de suporte, estimula a organização da classe trabalhadora para que esta alcance pela via da negociação com a classe patronal a realização de seus legítimos interesses. Não cabe ao Estado-legislador, menos ainda ao Estado-juiz, proteger o trabalhador. É a união da classe trabalhadora, sua organização em entidades sindicais livres, autênticas e representativas que protege o trabalhador. É no regime de liberdades públicas, assegurado o direito de reunião e de livre manifestação do pensamento, em suma, em regime de liberdade sindical, que o trabalhador encontra a única proteção que almeja, ou seja, a proteção derivada de sua própria força.”; *ibidem*, p. 30-31.

⁴¹ *Instituições de Direito do Trabalho*, p. 100.

Apesar de a crítica ao paradigma protecionista ser relativamente recente no Brasil, ela já vem sendo feita com mais veemência em outros países. Em Portugal, por exemplo, cujo Direito do Trabalho é princípiologicamente semelhante ao nosso, o paradigma da proteção foi em larga medida alterado. Como explica António Monteiro Fernandes, o ordenamento trabalhista daquele país já admite que normas menos benéficas venham a ser editadas pelo Poder Público e passem a se aplicar a contratos individuais de trabalho pré-existentes ⁴².

Além disso, já se defende com grande consistência naquele país que o princípio do favor *laboratoris* não pode mais ser aplicado sob o enfoque individualista, não servindo como regra de interpretação das relações de Direito do Trabalho, o que, de todo, parece absolutamente coerente com a realidade brasileira.

Além disso, já se defende com grande consistência naquele país que o princípio do favor *laboratoris* não pode mais ser aplicado sob o enfoque individualista, não servindo como regra de interpretação das relações de Direito do Trabalho, o que, de todo, parece absolutamente coerente com a realidade brasileira.

Com efeito, sustenta-se que o “favor ao empregado” representou um passo histórico no processo de construção de uma nova disciplina em torno do trabalhador. Mas, tendo em vista que essa disciplina já foi construída e, com ela todo um arcabouço de normas, estruturas de pensamento e princípios, o favor *laboratoris* já cumpriu seu papel de consolidação do Direito do Trabalho ⁴³.

⁴² “(...) o ponto de partida da operação interpretativa-qualificativa incidente sobre a norma legal (...) não é a presunção de que essa norma admite variação em sentido mais favorável ao trabalhador, mas a de que admite variação em qualquer dos sentidos”; *op. cit.*, p. 124 (grifos no original).

⁴³ “(...) o favor *laboratoris*, num sistema jurídico incipiente, serve para combater a desproteção do trabalhador, concedendo-lhe um estatuto privilegiado. (...) Antes de o direito do trabalho ser autonomizado, não tendo ainda normas próprias, precisava de recorrer aos preceitos de direito civil, que assentam no pressuposto de as partes se encontrarem num plano igualitário, e fazia sentido que fosse concedido ao trabalhador um estatuto privilegiado, mas hoje essa justificação não persiste.”; Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, p. 222-223.

Ele foi bem sucedido na criação de um ramo do direito cujas normas enfocam a proteção ao trabalhador. Tendo o Direito do Trabalho se afirmado na comunidade jurídica como disciplina autônoma e editado abrangentes normas protetivas, não há mais sentido para, também no momento de se aplicar tais normas - que já colocam o empregado em um patamar privilegiado - utilizar regras de interpretação ou de integração que favoreçam o trabalhador.

Nesse sentido, Pedro Romano Martinez sustenta que

(...) o princípio do tratamento mais favorável tem, contudo, de ser entendido num contexto actual. Hoje, o direito do trabalho, autonomizado do direito civil, continua a privilegiar a protecção do trabalhador subordinado, mas com normas próprias. As normas de direito do trabalho foram elaboradas tendo em vista a protecção do trabalhador, e como elas constituem, em si, um sistema coerente, retomar a ideia tradicional do favor laboratoris é um contra-senso. (...) É absurdo que, existindo um corpo de normas destinadas a proteger o trabalhador, se vá interpretá-las no sentido do tratamento mais favorável ao próprio trabalhador. Isso só tinha sentido quando o direito do trabalho era um ordenamento incipiente e se interpretavam as normas de direito civil no sentido mais favorável ao trabalhador ⁴⁴.

Assim, o *favor laboratoris* deve ser entendido apenas “numa perspectiva histórica sem aplicação prática”. Quando muito ele se justifica nos dias de hoje enquanto “princípio de política legislativa” ⁴⁵, mas não mais como regra de interpretação ou de integração ⁴⁶. Conferir validade, atualmente, a uma regra *in dubio, pro operario*,

⁴⁴ Ibidem, p. 223

⁴⁵ Ibidem, mesma página.

⁴⁶ Para o autor português, “(...) não há que recorrer, nem sequer em situações de dúvida, a uma interpretação mais favorável ao trabalhador, pois nada na lei permite tal conclusão.”; *ibidem*, p. 224.

por exemplo⁴⁷, seria negar compreensão histórica à evolução do Direito do Trabalho ⁴⁸. Seria recusar que ele já alcançou uma estrutura legal madura de proteção ao trabalhador. Representaria reconhecer o fracasso da legislação na tutela do interesse do hipossuficiente, remetendo o seu intérprete a recursos meta-legais para tentar conferir uma hiper-efetividade para seu comando ⁴⁹.

O que se defende é que, nos dias atuais, não faz mais sentido existirem duas “courças” em torno do empregado, uma normativa e outra meta-legal. Isto porque, além das regras legais de proteção, os princípios constitucionais já lhe garantem a dignidade e o emprego (arts. 1º, III e 6º c/c 7º, I). Impõem ao empregador a

⁴⁷ Regra que – registre-se – era perfeitamente justificável no passado, como nos apontava Cesarino Junior: “(...) sendo o *Direito Social*, em última análise, o ‘sistema legal de proteção aos economicamente fracos’ (hipossuficientes), é claro que, em caso de dúvida a interpretação deve ser sempre a favor do economicamente fraco, que é o empregado, se em litígio com o empregador” (op. cit., p. 106).

⁴⁸ Neste ponto, a posição de Arion Sayão Romita parece divergir da nossa. Enquanto nós admitimos que o princípio da proteção tenha tido importância histórica, aquele autor defende que “do ponto de vista diacrônico, também inadmissível é a afirmação doutrinária de um suposto “princípio de proteção”, no que diz respeito ao direito do trabalho brasileiro. Não há falar em “princípio da proteção”, quando se verifica que, se válido outrora, hoje ele não mais o é. Inexiste “princípio” aplicável apenas ao passado. Princípio que hoje não existe, não existe mesmo, isto é, jamais existiu”; op. cit., p. 25.

⁴⁹ Parte da jurisprudência já faz coro com essa perspectiva. Confira-se, a título de exemplo, a decisão proferida pela 8ª Turma do TST em 29.04.2009, de lavra da Min. Dora Maria da Costa, nos autos do Recurso de Revista no 1168/2003-008-18-00: “PROVA DIVIDIDA. HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA. A regra da distribuição do ônus da prova, nos termos do artigo 333 do CPC, é a de que cabe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito, e ao réu, o da existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Ademais, a teor do art. 818 da CLT, a prova das alegações incumbe à parte que as fizer. Em tal contexto, o princípio *in dubio pro misero* não pode ser aplicado no presente caso, pois, ao alegar a invalidade dos registros de ponto, porque não era permitido o registro da real jornada laborada, o reclamante efetivamente atraiu para si o ônus de provar tal alegação, do qual não se desincumbiu, já que a prova testemunhal por ele apresentada foi contraditória com a que foi produzida pelo reclamado. Recurso de revista conhecido e não provido. Disponível em <https://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/>; acesso em 31 de julho de 2009.

observância de preceitos solidaristas e a funcionalização do contrato e da própria empresa (arts. 3º, I e 5º, XXIII). Prevêem a necessidade de uma atuação reciprocamente proba entre as partes (art. 1º, III da Constituição c/c art. 422 do Código Civil). E colocam capital e trabalho em patamar de igualdade em nossa República (arta. 1º, IV e 170, caput). Dessa forma, conferir um tratamento privilegiado para além desses preceitos parece violar o ideal isonômico vislumbrado na realidade constitucional brasileira.

O problema do desamparo em que se encontra a maior parte da população economicamente ativa não está na *insuficiência* de proteção. Está, isso sim, na questão de sua *efetividade*, de *aplicar* as regras tutelares de forma eficiente e de trazer os trabalhadores para o abrigo dessa proteção⁵⁰. Não é à toa que a Organização Internacional do Trabalho, preocupada com o impacto da modernidade nas relações de trabalho, editou em 2006 a sua Recomendação no 198, reclamando dos países-membros a revisão de suas políticas públicas em busca de se atingir uma proteção mais efetiva aos trabalhadores.

Ora, a proteção tradicional assusta, desestimula e exclui⁵¹.

⁵⁰ Nesse particular, ressalte-se que a intensificação da ação fiscalizadora do Ministério do Trabalho tem se mostrado ineficaz para trazer o trabalhador para a formalidade, muito embora sua atuação seja cada vez mais reclamada pela comunidade internacional (vide, nesse sentido, os itens 15 e 16 da Recomendação no 198 da OIT). Em primeiro lugar porque ela carece de poderes para a declaração incidental da relação de emprego. E, além disso, as sanções pecuniárias aplicadas nem de longe fazem cócegas no bolso do empregador, que acha mais barato pagar as multas decorrentes de autos de infração do que corrigir suas condutas.

⁵¹ Talvez seja por perceber essa triste realidade que Alice Monteiro de Barros afirma que “o princípio da proteção, entretanto, vem sofrendo recortes pela própria lei, com vista a não onerar demais o empregador e impedir o progresso no campo das conquistas sociais.”; *Curso de Direito do Trabalho*, p. 171.

Levado a extremo, o intuito protetivo desmedido pode levar mesmo à sua autodestruição ⁵².

7. O Princípio da Proteção na Perspectiva Trabalhista-Constitucional

Entretanto, embora o paradigma da proteção sofra uma inegável reformulação diante da nova função assumida pelo Direito do Trabalho, não entendemos possível afirmar que ele deixou de existir. Na verdade, ele apenas muda de formato ⁵³ diante da inquestionável projeção das normas constitucionais para dentro da disciplina trabalhista ocorrida após a edição da Carta de 1988.

É que o Direito do Trabalho, enquanto disciplina jurídica, fundamenta-se e justifica-se somente se estiver em compasso com os ditames constitucionais. Seus institutos só podem ser entendidos como instrumentos para materialização dos valores consagrados na Lei Maior, diante das exigências de um sistema que se pretende seja unitário ⁵⁴.

⁵² “(...) o desequilíbrio crônico do mercado de emprego, as novas formas de organização do trabalho e de inserção deste na estrutura dos processos produtivos, as dificuldades económicas e financeiras que caracterizaram partes das décadas de oitenta e noventa do século passado, assim como os primeiros anos do novo século, conferiram uma dimensão inusitada aos desafios da racionalidade e da compatibilidade, tornados incontornáveis pelas ameaças consistentes da perda de eficácia e mesmo de autodestruição do intento protectivo originário da lei do trabalho”; António Monteiro Fernandes, *op. cit.*, p. 31-32.

⁵³ Héctor-Hugo Barbagelata (*op. cit.*, p. 43) já alertava no final do século passado para o fato de que “muitas mudanças aguardam o Direito do Trabalho”. Cremos estar diante de um desses momentos de transição.

⁵⁴ Quanto ao carácter unitário do sistema jurídico, vale a lembrança de Pietro Perlingieri: “A constitucionalização do direito representa não somente uma exigência da unidade do sistema e do respeito da hierarquia das suas fontes, mas também o caminho para obviar o risco das degenerações do Estado de direito formal. Não se trata de destruir, mas de adequar a interpretação e as técnicas aos valores primários (...)”; *O Direito Civil na legalidade constitucional*, p. 577.

O mesmo ocorre com as suas estruturas de raciocínio e métodos de interpretação. Ambos devem refletir as escolhas axiológicas impressas no tecido constitucional.

Portanto, para aferição do novo formato assumido pelo paradigma protecionista, será necessário buscar a concretização dos conceitos (abertos) da “norma mais favorável” e da “condição mais benéfica” à luz da Carta de 1988.

A base axiológica da Constituição Federal⁵⁵ impõe - diante dos preceitos do primado do trabalho, da busca pelo pleno emprego, da inclusão social, da dignidade humana e da função social – que a resposta seja obtida a partir da conjugação entre a tutela do *empregado individualmente considerado* e a proteção social da *coletividade de trabalhadores* em que esse empregado-indivíduo está inserido. Ao intérprete cabe verificar, no caso concreto, em qual desses dois pólos os valores constitucionais serão melhor concretizados.

Não há preferências ou prevalências entre um e outro *a priori*. A norma “mais favorável” será aquela que favorecer *simultaneamente* o indivíduo e a *coletividade de trabalhadores*⁵⁶, a partir de uma justa ponderação de interesses. Se a pretensa solução “mais favorável” ou “mais benéfica” para um caso concreto, mostrar-se boa apenas para o indivíduo, mas causar um mal imediato à coletividade, ela não poderá ser implementada, pois, de fato, não será a mais favorável.

⁵⁵ “(...) o juízo de valor, do qual a atividade do intérprete é continuamente disseminada, terá nas normas constitucionais um ponto fixo onde se apoiar (...)”, Pietro Perlingieri, *op. cit.*, p. 574.

⁵⁶ “Uma exegese atenta da nossa Carta permitirá que se entreveja a opção do constituinte por solução intermediária e compromissória entre o individualismo (...), e o coletivismo transpersonalista, de matriz aristotélica, que vislumbra na pessoa humana apenas uma parte no todo social, concebendo a sociedade como um organismo superior a qualquer dos membros que a compõem. Trata-se do personalismo, que considera o ser humano um valor em si mesmo, axiologicamente superior ao Estado e a qualquer coletividade à qual se integre, mas que vê na pessoa humana um ser situado, concreto, que desenvolve a sua personalidade em sociedade, no convívio com seus semelhantes”; Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais...*, p. 117.

Com isso os critérios da condição mais benéfica e da norma mais favorável passam a ser funcionalizados, somente se justificando quando tomarem em conta a função social (e não apenas individual) que desempenham.

O novo paradigma da proteção, assim, tem como objetivo buscar o equilíbrio entre a esfera individual do trabalhador e a universalidade de empregados que podem sofrer um impacto negativo a partir de um possível enfoque egoísta da proteção pretendida. Dito em termos mais simples: se a proteção de um implicar automaticamente na desproteção e no desemprego de muitos, não haverá, na verdade proteção. Ela será falsa, insustentável frente à nova ordem abraçada pelo Brasil a partir de 1988 e, por isso, será inconstitucional.

Naturalmente, a conjugação desse equilíbrio deve levar em conta apenas os *reflexos imediatos* que a proteção individual pode trazer na coletividade, não deixando espaços para ilações sobre potenciais problemas que poderiam vir a ser causados no futuro, de forma transversa ou difusa, após a concretização, na prática, da situação considerada mais benéfica a dado trabalhador.

Em outras palavras, uma solução que se dê a determinado caso, por exemplo, reconhecendo a um empregado a incorporação de uma verba paga com habitualidade, não pode dar ensejo ao entendimento de que, por importar em um aumento de gastos para o empregador, tal incorporação não seria “mais favorável”. Neste caso, não socorrerá à empresa o argumento de que tal aumento de gastos importaria em um potencial “risco à manutenção dos empregos dos demais empregados”, uma vez que este risco não é uma consequência lógica nem imediata da interpretação conferida ao caso concreto no exemplo dado. É que todo ato praticado em uma dada relação de emprego repercutirá, de alguma forma,

no âmbito coletivo⁵⁷. No entanto, para que o interesse transindividual seja ponderável na situação individualizada, entendemos que a potencialidade de prejuízo à coletividade de trabalhadores necessita ser concreta e imediatamente perceptível.

Exemplo dessa potencialidade pode ser encontrado no caso em que se decide pela ilicitude da terceirização operada por montadoras de automóveis, que descentralizam para outras empresas partes importantes de sua linha de montagem. Partindo da premissa de que as fábricas terceirizadas possuem empregados próprios assim registrados, não se pode reconhecer que a interpretação mais favorável da Súmula no 331 do TST seja capaz de vedar a terceirização neste caso. Isto porque a decretação da nulidade da terceirização, embora possa eventualmente beneficiar um ou outro trabalhador isoladamente considerado, importará, imediatamente, na paralisação – ou na significativa diminuição - das atividades não só da montadora como das empresas que para ela trabalham. O mal à coletividade de trabalhadores seria evidente, diante da iminência de demissões em massa que essa interpretação confere. Ela seria claramente inconstitucional, visto que violaria suas normas de valorização social do trabalho, do primado do trabalho e da função social.

É preciso deixar claro, com a vênia da repetição: não se defende que o benefício da coletividade deva preponderar sobre o interesse individual do trabalhador identificado no caso concreto. Quando a aplicação do critério do *favor* for indiferente à coletividade, ou não lhe causar impacto significativo, a conjugação do interesse individual

⁵⁷ “*Todo ato com relação a um conflito individual adquire projeção coletiva*”; Hector-Hugo Barbagelata, *op. cit.*, p. 24. No mesmo sentido, Maurício Godinho Delgado propõe que “*o ser coletivo prepondera sobre o ser individual*”. Por este motivo, em seu entender, “*deve-se considerar, no exame do cumprimento da função jurídico-trabalhista, o ser coletivo obreiro, o universo mais global de trabalhadores, independentemente dos estritos efeitos sobre o ser individual destacado*”; *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*, p. 122.

com o interesse universal dará preferência ao primeiro. Somente nos casos em que o interesse coletivo for concretamente identificado e apreendido é que ele deverá prevalecer sobre a esfera individual do trabalhador afetado no caso concreto.

8. Conclusão

A Constituição Federal é cheia de vida. Em seu interior pulsam valores como a preservação da dignidade humana e a exigência de construção de uma sociedade mais igual e justa. Ela valoriza o trabalho como nenhuma outra, estabelecendo que ele, juntamente com a iniciativa privada, constitui fundamento da República.

Além disso, a Constituição demonstra uma clara preocupação com a questão de solidariedade social; isto é demonstrado com a consagração do princípio da função social, o qual impõe a todas as pessoas o exercício do direito de propriedade e de contratar tomando em conta o impacto que o mesmo trará na coletividade. E a preocupação constitucional com uma sociedade mais fraterna exige de todos que ajam com boa-fé nos seus tratos sociais.

Se a Constituição é uma norma jurídica e produz efeitos, não há mais como negar também eficácia vinculante aos seus princípios que encerram tais axiomas, sob pena de negar validade à Lei mais importante de toda a nação. Estes princípios constitucionais – presentes em larga escala nos direitos fundamentais, que são invocáveis nas relações de Direito do Trabalho – é que devem inspirar a disciplina trabalhista atual. Seus institutos devem, a todo o momento, servir de espelho para a tábua axiológica da Constituição, sob pena de uma inconstitucional afronta ao espírito do ordenamento.

O que propomos é que este recurso à Constituição na leitura do Direito do Trabalho proporcionará à disciplina maior maleabilidade e adaptabilidade a situações para as quais ela não consegue mais

oferecer respostas, dentro do nível de exigência atual dos atores trabalhistas. Isto conferirá meios para que ela se atualize e, assim, consiga caminhar no sentido contrário à crise que lhe acompanha.

Neste compasso, a releitura do paradigma de proteção sob a luz da Constituição de 1988 abre um infinito de novas possibilidades à disciplina. Ela permite que se tire a poeira dos vetustos institutos de Direito do Trabalho e que eles sejam modernizados e transportados – já não sem atraso - para uma nova era descortinada com a Revolução Tecnológica.

Sendo a Constituição a bússola axiológica também do Direito do Trabalho, ela inspirará a definição daquilo que se pode entender como sendo “mais benéfico” e “mais favorável” ao empregado, agora não mais entendido como um ser atomizado, mas como uma pessoa humana contextualizada, inserida em um meio social.

Assim, o princípio de proteção constitucionalizado exigirá que, caso a caso, se faça uma justa ponderação entre os interesses de um empregado e os dos demais trabalhadores que lhe compartilham o labor. E, havendo conflito entre tais interesses, o princípio de proteção deverá exigir tutela daqueles que melhor encerrarem os ditames constitucionais. A proteção trabalhista recairá naquele interesse que melhor concretize os preceitos de dignidade humana, valorização social do trabalho e da livre iniciativa, primado do trabalho, pleno emprego, boa-fé objetiva e função social presentes no tecido constitucional. Esta é a lente, o filtro pelo qual a disciplina trabalhista deverá passar para voltar a dar as mãos à sociedade, para lhe oferecer respostas a dilemas surgidos com a modernidade e, assim, sair da crise que atualmente atravessa.

Bibliografia

- ALMEIDA, Renato Rua de. *O moderno Direito do Trabalho e a empresa: negociação coletiva, representação dos empregados, direito à informação, participação nos lucros e regulamento interno*. Revista LTr. São Paulo: LTr, v. 62-01, p. 37-41, janeiro de 1998.
- BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *O particularismo do Direito do Trabalho*. Trad. Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1996.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006.
- BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa nacional por amostra de domicílios*. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2008.
- CESARINO JUNIOR, A. F. *Direito Social Brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006.
- _____ . *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2006.
- FERNANDES, António Monteiro. *Direito do Trabalho*. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues de. *Direito do Trabalho na era do desemprego: instrumentos jurídicos em políticas públicas de fomento à ocupação*. São Paulo: LTr, 1999.
- HEILBRONER, Robert L. *A formação da sociedade econômica*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Guanabara [s.d.].
- MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

- PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de Direito Material do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. 4ª Tiragem. Trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1996.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho: Parte I*. Coimbra: Almedina, 2005.
- ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003.
- _____. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2009.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.
- SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22ª ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005.
- ZENNI, Alessandro Severino Valler; OLIVEIRA, Cláudio Rogério Teodoro de. *(Re)Significação dos princípios de Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.