

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

VIVIANE PATRÍCIA SCUCUGLIA LITHOLDO

**OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO:
DIRETRIZES PARA UMA DECISÃO JUSTA E DINÂMICA**

MARÍLIA
2012

VIVIANE PATRÍCIA SCUCUGLIA LITHOLDO

OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO:
DIRETRIZES PARA UMA DECISÃO JUSTA E DINÂMICA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, como requisito parcial, para obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Orientador:
Prof. Dr. LAFAYETTE POZZOLI

MARILIA
2012

VIVIANE PATRÍCIA SCUCUGLIA LITHOLDO

**OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO:
DIRETRIZES PARA UMA DECISÃO JUSTA E DINÂMICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, como requisito parcial, para obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Resultado:

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Lafayette Pozzoli

1º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr. Sergio Pinto Martins

2º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr. Wilson Donizeti Liberati

Marília, 12 de Maio de 2012

Á minha família, que contribuiu, de forma imensurável, para que o presente trabalho se tornasse realidade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Lafayette Pozolli, que em momentos difíceis, apresentou a serenidade necessária para a conclusão do presente trabalho.

Ao professor, Sergio Pinto Martins, que me despertou, para a importância dos princípios na sistemática trabalhista.

Ao professor, Wilson Donizeti Liberati, colega e amigo, que sempre esteve solícito às minhas pesquisas.

LITHOLDO, Viviane Patrícia Scucuglia. **Os Princípios do Direito do Trabalho: Diretrizes para uma Decisão Justa e Dinâmica.** 2012. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade reconhecer a importância dos princípios como parte essencial para a formação de um ordenamento jurídico justo. A evolução histórica do Direito do Trabalho perseguiu valores de suma importância para que o surgimento de relações laborais dignas. É certo que a vigência das leis sofre variação de acordo com a época, período e lugar, sendo que em casos de uma sociedade decadente, será ela representada por leis também decadentes. Os princípios eram reconhecidos como mera fonte supletiva de eventual lacuna ou omissão legal, sendo de subsidiária importância e aplicação. Há o reconhecimento de que não se pode dar a carga axiológica devida numa lei positivada e abstrata, sendo que sua subsunção ao caso concreto deriva obrigatoriamente da adequação principiológica, sendo uma necessária exigência de justiça. Os princípios são componentes de um ordenamento jurídico, figurando como diretrizes de caráter geral, que se traduzem em sua totalidade com a ponderação de valores de forma gradativa e ponderada, distinguindo-o da regra que pode ser válida ou não. Os princípios do direito do trabalho possuem características próprias do sistema jus laboral, cujas características definem e prestigiam o alcance da igualdade e da liberdade essencial nas relações de emprego entre empregador e empregado. Justifica-se o reconhecimento dos princípios diante da presença dos requisitos do vínculo empregatício, dentre eles, o poder de direção do empregador, sendo ele compreendido em fiscalizar, organizar e direcionar as relações de trabalho, tendo o empregado, contra si, o dever de subordinação. É plausível que haja limite no poder de direção, devendo o ser humano reconhecer o outro como um fim em si mesmo, isto é, não pode o empregado ser considerado um mero objeto de exploração, sob pena de afastar-se de si mesmo e de sua dignidade. Os princípios do Direito do Trabalho têm a virtude de assegurar a liberdade essencial do empregado garantindo-lhe a igualdade ficta, em razão do princípio da proteção, assegura a verdade pelo princípio da primazia da realidade, a indisponibilidade de renunciar direitos na execução do contrato de trabalho pelo princípio da irrenunciabilidade e a manutenção do contrato em situações precárias diante do princípio da continuidade. São os princípios garantidores de relações mais justas, não devido a regras de mera proteção, mas diante da normatização de relações em que se reconhece o outro como um componente essencial para a realização de aprendizagem de si mesmo, com a construção de um ambiente laboral com higidez física e mental, atingindo metas lucrativas sem que haja ofensa a dignidade do ser humano.

Palavras-chave: Justiça do Trabalho, Reconhecimento do outro, Dignidade humana, Primazia da realidade, Irrenunciabilidade, Continuidade.

LITHOLDO, Viviane Patrícia Scucuglia. The Labor Law Principles: guidelines for a fair and dynamic decision 2012. 128 f . Dissertation (Master in Law) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

ABSTRACT

This work in review has the purpose to recognize the importance of the principles as an essential way to form a just legal system. The historic evolution of the work Law has pursued values of extremely importance for the appearance of decent work relations. It is true that the validity of laws change, according to the time, period and place, in cases of a decadent society, it will be represented by laws that are also decadents. The principles were recognized as mere supplementary source of eventual gap or legal omission, they had subsidiary relevance and application. There is a recognition that we can not give axiological load due to a positively valued and abstract law, and its subsumption to the specific case must derive from principled suitability, that is a necessary requirement of justice. The principles are part of a legal system, they are like directives of a general nature, which are manifested entirely by the weighing of values in a gradually and balanced way, distinguishing it from the rule which may be valid or not. The work law principles have their own characteristics of the jus laboral system, whose characteristics define and prestige the scope of equality and fundamental freedom in the employment relationship between employer and employee. The recognition of the principles are justified when the requirements of employment are fulfilled, among them, the direction power of the employer, which includes supervising, organizing and directing labor relations, and the employee has the obligation to subordinate. It is plausible that there is a limit on the power of direction, it is a duty of the human being to recognize the other as an end in itself, that is, the employee can not be regarded as a mere object of exploration, under the penalty of moving away from themselves and their dignity. The Labor Law principles has the virtue of ensuring the essential freedom of the employee assuring him fictitious equality, due to the principle of protection, ensures the truth of the principle of primacy of fact, the unavailability to relinquish rights in performing the contract labor by the unrenounceable principle and the maintenance of the contract in precarious situations on the principle of continuity. The guarantors principles of fairer relations, not because of mere rules of protection, but given the normalization of relations in which is recognized the other as an essential component for learning achievement in itself, reaching profit goals without offending human dignity.

Keywords: Labor Justice, Recognitions of the other, Human dignity, Primacy of the reality, Unrenounceable, Continuity.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - casos de ofensas ao princípio da dignidade humana nas relações laborais	43
Figura 2 – Tabela de encargos	47
Figura 3 - Escala de princípios	49
Figura 4 - Subdivisões do Princípio da Proteção	73

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Teoria dos Princípios: diferenciação de princípios e regras	63
Quadro 2 - Critérios de diferenciação entre regras e princípios	65
Quadro 3 - Princípio <i>in dubio pro operario</i>	79

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	-	Associação Brasileira de Normas Técnicas
CDC	-	Código de Defesa do Consumidor
CF	-	Constituição Federal
CLT	-	Consolidação das Leis do Trabalho
LINDB	-	Lei de introdução às normas de Direito Brasileiro
OIT	-	Organização internacional do Trabalho
PCMSO	-	Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional
PPRA	-	Programa de Prevenção de Riscos Ambientais

SUMARIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO E A CARACTERIZAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA	16
1.1 O Direito do Trabalho na História da Humanidade	16
1.2 O Surgimento do Direito do Trabalho no Brasil	24
1.2.1 A evolução das conquistas trabalhistas nas Constituições Brasileiras e o reconhecimento do Princípio da Dignidade Humana	26
1.2.1.1 O Princípio da Dignidade Humana: Metaprincípio do Direito do Trabalho	29
1.2.1.2 Fundamento do Metaprincípio da Dignidade Humana	29
1.2.1.3 Ofensa ao Princípio da Dignidade Humana: Assédio moral	34
1.2.1.4 Ofensa ao Princípio da Dignidade Humana: Acidente de trabalho	38
1.3 Os Princípios do Direito do Trabalho e seus Desafios no Mundo Contemporâneo ...	44
CAPÍTULO 2 - UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIOS	50
2.1 A Importância dos Princípios no Sistema Jurídico Trabalhista	50
2.1.1 Definição dos Princípios do Direito do Trabalho	51
2.2 Critérios de Diferenciação de Princípios e Regras	59
2.3 Aptidão dos Princípios no Direito do Trabalho	68
CAPÍTULO 3 - OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO	70
3.1 O Princípio da Proteção	70
3.1.1 Importância	70
3.1.2 Subdivisões do Princípio da Proteção	72
3.1.2.1 O Princípio <i>in dubio pro operario</i>	73
3.1.2.2 O Princípio da norma mais favorável	83
3.1.2.3 O Princípio da condição mais benéfica	86
3.2 O Princípio da Primazia da Realidade	91
3.2.1 Cabimento	92
3.3 O Princípio da Irrenunciabilidade	95
3.3.1 Características de indisponibilidade	95
3.4 O Princípio da Continuidade	100
3.4.1 Fundamento da manutenção do contrato	100

CAPÍTULO 4 - O RECONHECIMENTO DOS PRINCÍPIOS COMO DIRETRIZES PARA UMA DECISÃO JUSTA E DINÂMICA	105
4.1 Concepções	105
4.2 Pretensão à Correção	108
4.3 Positivismo Ético	111
4.4 Imperativos Universais	116
CONCLUSÕES	120
REFERÊNCIAS	123

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem premissa básica apresentar os princípios como essenciais para uma decisão justa, devido a sua adequação valorativa ao caso concreto, com critérios de ponderação e aplicação de forma gradual e substancial a totalidade do ordenamento jurídico. Os princípios do Direito do Trabalho são nominados como verdadeiros alicerces de integração de um sistema jurídico equilibrado, servindo como inspiradores e garantidores de um fim, essencialmente justo, no ordenamento jurídico-trabalhista.

Importante o reconhecimento da evolução histórico-cultural e suas principais questões primárias evolutivas, como a escravidão, o feudalismo, o liberalismo, o intervencionismo e as tentativas de flexibilização, sendo todas as fases históricas instrumentos, para garantirem as melhores relações de emprego e a harmonia almejada entre trabalho e capital, existente desde os primórdios da história até os dias de hoje, com diversas mutações e ideologias. Somente por meio das situações precárias perseguidas ao longo da história do Direito laboral é que podemos enxergar a importância, validade e o contexto principiológico e necessário nas relações atuais de emprego.

Não se pode negar que há um indiscutível dinamismo nas relações de emprego, representada por seus requisitos caracterizadores, como subordinação, pessoalidade, continuidade e onerosidade. Houve o surgimento de vários institutos legislativos construídos em determinado época e região, regulando a coexistência pacífica da sociedade e das relações laborais. Na investigação da evolução do direito do trabalho, há preocupação em regulamentar as condições de coexistência entre trabalho e capital, com origem na ordem escravocrata – denotada exploração do homem pelo homem e sua coisificação foi elevada ao extremo - e que essa coexistência evoluiu paralelamente ao liberalismo econômico, acabando por instituir a missão do Estado como provedor de garantias mínimas trabalhistas a fim de corrigir as desigualdades.

Dessa análise resulta a constatação de que não se poderia manter a liberdade contratual entre empregador e empregado devido à ausência de igualdade entre eles. Soma-se a isso, a constatação de que, na realidade, é próprio do capitalismo o conflito histórico entre capital e trabalho que coloca em confronto o proletariado destituído de poder econômico e que vende sua força de trabalho em troca de um salário. No outro polo, o empregador que mantém o poderio econômico e com ele o poder de controlar, fiscalizar e disciplinar a relação de emprego, restando ao empregado, mesmo contra si e contra seus interesses, a subordinação.

Num segundo momento, após a evolução histórica e a classificação do direito do trabalho no contexto social, o estudo será dividido por assunto, iniciando-se com disposição a respeito da distinção entre regras e princípios, sua importância, os fundamentos dos princípios e os conflitos existentes diante do seu reconhecimento normativo ou não.

Destacar-se-á a questão do princípio como um valor humano e norteador de todo o sistema trabalhista. São os princípios que dão a roupagem ao Direito do Trabalho, como Direito Social, e conferem dinamismo às relações de emprego. Não podem permanecer no campo teórico, uma vez que são eles os inspiradores da norma e também os limitadores de sua aplicação.

Parece imprescindível apresentarem-se algumas questões conflitantes e que merecem debate atual para a solução de conflitos trabalhistas figurando na flexibilização e na rigidez de regras trabalhistas, sob pena de se reconhecer a ineficácia da lei abstrata ao caso concreto. Tornando-se útil e necessária a aplicação dos princípios na Justiça do Trabalho, sendo eles parâmetros suficientes para acompanhar e dinamizar as relações de emprego com a segurança necessária. Seguem algumas questões a serem apreciadas:

- A desregulamentação de direitos trabalhistas daria suporte a um ajuste digno entre empregado e empregador?
- A exigência da homologação sindical, em todos os casos de negociação, poderia trazer impedimentos e força demasiada aos Sindicatos? Estariam os sindicatos preparados, administrativamente, para cumprir o papel precípua de adequar situação de trabalho ao caso concreto? Haveria necessidade de uma reforma sindical?

Estes questionamentos, que podem parecer angustiantes, são necessários nos dias atuais, considerando-se a incerteza de condições ou não do trabalhador para eventual auto-composição e de sua disponibilidade-liberdade- para tomar decisões envolvendo direitos trabalhistas, sem que haja nenhuma intervenção, seja estatal ou sindical.

Há o reconhecimento da aplicação de integração do princípio, e não somente em casos de lacunas, como suportes hermenêuticos, garantindo a supremacia do princípio sobre a regra, de modo que, se esta causar ofensa a um determinado princípio, também a causará a todo o ordenamento trabalhista. As regras podem ser substituídas, os princípios, não. Eles são absolutos e aplicáveis a inúmeros e indefinidos casos, sem que se esgote o seu conteúdo ou que se reconheça supremacia de um ou outro princípio, na ocorrência de colisão.

Os princípios são pontos de equilíbrio entre a busca pelo progresso demarcada pelo capitalismo e a produção medida pelo labor. Eles conduzem a imputação de limites a situações precárias trabalhistas, em que se constata condutas tendentes a vilipendiar, omitir ou fraudar garantias indisponíveis trabalhistas.

Princípios são essenciais para o reconhecimento do Direito do Trabalho. Quem não entende, e desconhece as características dos princípios do Direito do Trabalho, não compreende a sistemática trabalhista e as causas que deram origem à Consolidação das Leis Trabalhistas e à sua evolução. Foi o direito do trabalho inspirado e consolidado pelas questões atinentes à exploração do ser humano, como objeto de produção; nas relações de emprego, norteadas por injustiças e iniquidades trabalhistas; e diante da ausência de condições mínimas de saúde, higiene e dignidade do trabalho.

A aptidão dos princípios, na Justiça do Trabalho, tem como essência, apresentar, individualmente, os princípios, sua aplicação, efetividade concreta e atual nas relações de emprego. Inicialmente, importante reconhecer o princípio da dignidade humana, como inspirador constitucional da eficácia dos princípios do Direito do Trabalho, conduzindo ao reconhecimento da principiologia Trabalhista. É ele um princípio constitucional que tem estreita ligação ao Direito do Trabalho, tendo em vista que arremete ao conceito de que o trabalho dignifica e ajuda na construção da personalidade do ser humano, que tem um fim em si mesmo. Verifica-se que várias são as formas de ofensa à dignidade do empregado, que podem ser consideradas em todas as fases contratuais e que, dependendo da gravidade, são passíveis de ressarcimento pelo seu causador, concebendo melhores condições de trabalho.

O princípio da proteção ao empregado é um princípio que prevê a igualdade substancial das partes, considerando ser o empregado a parte mais fraca - hipossuficiente -, que tem, contra si, o poder de direção do empregador e a necessidade de se manter no emprego. O princípio da proteção apresenta três subdivisões:

- Princípio *in dubio pro operário* - prevê que, na interpretação das várias possibilidades de uma norma, deverá ser aplicada a mais favorável ao empregado;
- Princípio da norma mais favorável - prevê que, havendo, mais de uma norma aplicável ao caso, se aplicará a mais favorável;
- Princípio da condição mais benéfica – por ela, uma nova lei trabalhista não pode servir, para diminuir direitos trabalhistas existentes e criados por norma anterior.

O princípio da primazia da realidade tem, como previsão, que a verdade e os fatos provados terão privilégios sobre os documentos, quando contestados. É a verdade real que se sobrepõe à verdade formal. O princípio da irrenunciabilidade tem, como previsão, que as normas cogentes e de caráter de ordem pública não podem ser renunciadas diante da inderrogabilidade e indisponibilidade das mesmas.

Finalmente, o princípio da continuidade das relações de emprego tem, como previsão, no contrato de trabalho, a manutenção do empregado, criando a lei, várias presunções, para que isso ocorra.

Por outro lado, há a influência da ampliação da competência na Justiça do Trabalho sob o enfoque da Emenda Constitucional 45/2004 e da sua necessária adequação às novas relações de trabalho. Não se perdeu de vista, o fim social dado a Justiça do Trabalho devido ao seu caráter tutelar, compreendido em mantenedora de relações dignas trabalhistas.

A metodologia utilizada neste estudo foi a pesquisa em doutrinas, códigos, leis, Convenções da Organização Internacional do Trabalho, dissertações, teses e jurisprudências. Estas, selecionadas, para enquadrar algumas questões a respeito dos princípios e demonstrar a importância e sua aplicação prática nas decisões judiciais.

Surge a discussão a respeito da infertilidade do caráter subsidiário da principiologia, mormente em razão da inquestionável importância dos princípios com diversas funções e diretrizes de tornar uma lei injusta em justa, em consonância ao Direito – e a Justiça - do Trabalho.

No tópico final, será apresentada a conclusão do trabalho com afirmação precisa do reconhecimento dos princípios como verdadeiros alicerces da Justiça trabalhista, por serem eles designados para estabelecer a igualdade, a continuidade, a verdade e a irrenunciabilidade para atingir o fim único, que é o da preservação da dignidade humana como garantidores de uma decisão justa e a própria inspiração para o contexto da norma trabalhista.

CAPÍTULO 1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO E A CARACTERIZAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA

Os princípios e a história do Direito do Trabalho possuem estreita relação, assim, antes de invocar a aplicação e caracterização dos princípios, torna-se de suma importância, apresentar uma breve passagem na linha de evolução histórica do Direito do Trabalho. Tem como objetivo precípuo reconhecer as atividades desenvolvidas em âmbito laboral e que resultaram na difusão de práticas abusivas enfrentadas pelo convívio entre empregado e empregador.

Com isto, clamou-se por uma normatização, com a criação de disposições positivadas em determinado ordenamento social, muitas vezes decadente e injusto, moldurando um direito. À vista da necessidade de se regular e afastar situações precárias de trabalho, em busca de um direito adequado ao caso concreto e efetivo, tornou-se necessária a inclusão dos princípios para o fim de preservar o sentido real e atual da norma, com a apresentação de pressupostos da contemplação e conexão de um direito justo a ser alcançado, seja na interpretação, integração ou na correção de uma lei.

Aludida tradução principiológica carrega consigo valores da evolução histórica da humanidade, contemplando bens jurídicos indissociáveis do ser humano. O que justifica, ao menos, a apresentação de uma síntese evolutiva laboral, cujo caminho percorrido influenciou o contexto histórico e a transformação das relações laborais.

Trata-se de uma aglutinação normativa, sendo os princípios reconhecidos como uma reação social demarcada pela evolução das relações entre empregado e empregador ao longo da história da humanidade. Têm eles a justificativa de um clamor para o alcance da plenitude igualitária sustentada pelas relações humanitárias, com a premissa principiológica.

1.1 O Direito do Trabalho na História da Humanidade

Importante uma síntese evolutiva das relações de trabalho para o fim de justificar pela razão lógica a importância dos princípios do Direito do Trabalho. São eles inspiradores de relações laborais mais justas, afastando a malfadada indignação da premissa de imparcialidade do direito do trabalho, o que se justifica pela evolução histórica e a justifica principiológica.

Nas sociedades primitivas, o trabalho representava uma luta constante, para sobreviver. Desde o início, a relação entre os seres humanos era a de cooperação e ajuda, não

viviam em comunidades, a produção era coletiva e o trabalho tinha a finalidade de satisfazer as necessidades básicas de sobrevivência, sem que houvesse a ambição de acúmulo de bens materiais, e a produção individual era destinada à satisfação da coletividade.

A exploração do trabalho se deu sob a forma de escravidão, que transformou o ser humano em objeto de exploração. O escravo respondia ao desafio da sobrevivência pelo trabalho manual exaustivo, em condições indignas, sem que houvesse qualquer realização pessoal, criatividade ou desenvolvimento digno do ser humano. O trabalho estava na contramão de uma realização pessoal e de cidadania, não existindo uma obrigação relacional equilibrada de direitos e deveres.

O labor era uma mera decorrência do direito de propriedade do dono dos escravos, que tinha plenos poderes de direção e fiscalização sobre eles, tendo, contra si, a submissão humilhante e de aplicação de penas que lhes eram imputadas de acordo com a conveniência e vaidade do seu dono. Houve a decadência do sistema de trabalho escravo, surgindo uma nova uma nova relação de trabalho - a servidão - caracterizada pela relação entre senhores e servos. O sistema de trabalho feudal tinha, como pressuposto, a sujeição incondicionada do servo, sob pena de ser submetido a cárcere privado, figurando como uma forma mais branda da escravidão. Era a servidão em troca de casa e comida.

Alonso Olea (1990, p. 142) em sua obra registrou a ausência de liberdade do ser humano no trabalho feudal, considerando a servidão como uma condição do ser humano obrigatória, seja pela lei, pelo costume ou por acordo a viver e a trabalhar na terra que pertence a outra pessoa e a esta prestar, mediante remuneração ou gratuitamente, determinados serviços, sem condição de liberdade para mudar sua situação.

No contexto evolutivo das relações sociais de trabalho, como resultado da precariedade das relações entre senhores feudais, servos e do forte desenvolvimento urbano, surgiu o intercâmbio de produtos naturais em troca de manufaturados, em locais e áreas diversas das glebas. No cenário dessa prestação de serviços, um centro de negócios representado pela transação de mercadorias e com a progressiva dissociação do vínculo entre as glebas e servos contribuiu para a criação das corporações de ofício, que se tornou a primeira forma de prestação laboral regulamentada.

A superioridade do mais forte em detrimento ao mais fraco se tornou algo marcante, sendo que se clamava pela vigência de uma estrutura em que houvesse garantias para harmonizar a relação trabalho e capital, independentemente do tipo de relação de trabalho prestada.

As corporações reuniam trabalhadores que tinham uma mesma profissão e serviam para defender os interesses trabalhistas e econômicos dos que dela participavam. Embora tenha havido quebra do vínculo com o senhor feudal, não foi assegurada ao prestador de serviços a garantia de liberdade, considerando-se que, para exercer uma das profissões existentes, tinha ele que fazer parte de uma corporação, tendo ela o controle direto e compulsório de sua prestação laboral com regras severas.

Nesse momento, o trabalhador usufruía um pouco mais de liberdade, mas sabe-se, também, que as corporações, mais do que conferir qualquer proteção aos trabalhadores, aludidas corporações visavam estabelecer uma estrutura hierárquica, a regular a capacidade produtiva e a regulamentar a técnica de produção. A relação hierarquizada submetia os aprendizes a partir de 12 ou 14 anos as ordens e a imposição de castigos corporais do mestre, além da imputação de altas taxas, podendo ser promovido ao grau de companheiro e posteriormente a mestre.

Com o domínio das corporações de ofício e o progresso natural do ser humano, embora o trabalhador tivesse mais liberdade, o corporativismo dos mestres e a imputação de condições indignas de trabalho conduziam a decisões e regras alheias à sua vontade, figurando essas entidades como expressão de opressão e monopólio. Foi, provavelmente, desse fato que resultou o seu fracasso. As corporações de ofício foram suprimidas pelo culto de liberdade, promovido pelas revoluções, triunfo da valorização do individualismo e dos postulados de liberdade, conferindo a todo trabalhador a decisão de escolher o seu trabalho sem sujeição à autorização de outrem.

Nascimento (2005, p. 24-25) afirma que o liberalismo é o movimento destinado a afirmar a personalidade humana em todas as suas manifestações e tem o condão de libertação dos vínculos do passado, figurando o contrato como um signo da liberdade revestido pela autonomia de vontade. Sua concepção fundamental era a de uma sociedade política instituída pelo consentimento dos homens que viveriam em estado de natureza e na qual cada um, sob a direção da vontade geral, viveria em liberdade e igualdade. Nessa sociedade, ao Estado caberia o papel de regulador das relações entre as pessoas e de mantenedor da ordem. Foi nessa oportunidade que houve a supressão das corporações de ofício. Representava como fundamento a liberdade e igualdade nas relações de trabalho, inspirando a aplicação dos princípios.

A introdução do liberalismo significou a livre disposição da vontade com força de lei e, nesse momento, instituiu-se o contrato de locação de serviços com prazo determinado,

sendo pregada a liberdade igualitária¹. A instituição de prazo nos contratos tinha como finalidade precípua evitar o reaparecimento da escravidão, reconhecendo que a força do trabalho para outrem por toda a sua vida, poderia acarretar eventual alienação de liberdade, o que estaria contra ao direito inato do ser humano. Embora, não se pode perder de vista que o empregador era quem pagava o salário, o que lhe garantia indiscutível poder, evidenciando certo desequilíbrio entre os contratantes.

A Revolução Industrial expandiu-se pelo mundo, momento em que houve a produtividade em alta escala e a instalação de um novo modo de produção denominado capitalismo, que modificou as relações sociais e o trabalho. Foi nessa oportunidade histórica que surgiu a dialética trabalho-capital, com a transformação do trabalho em emprego, ativando-se para uma necessária regulamentação. Começou a haver a necessidade de intervenção estatal nas relações de trabalho, devidos aos abusos que vinham sendo cometidos, de modo geral, pelos empregadores, a ponto de serem exigidas jornadas excessivas, para menores e mulheres, de mais de 16 horas por dia ou até o pôr do sol, pagando-se metade ou menos dos salários que eram pagos aos homens (MARTINS, 2011, p. 6).

Entretanto foi um período de suposta liberdade e de estímulo à livre negociação de salários, jornadas com a presença do trabalho da mulher e da criança, sendo marcante a degradação do ambiente de trabalho e a desigualdade entre o detentor das máquinas e o empregado, com a soberania do mais forte e rico em face do mais fraco e hipossuficiente.

A liberdade consagrada pela autonomia contratual era, a cada momento, substituída pelo capital. O proletariado, sob a roupagem da suposta liberdade, não tinha forças para negociar com igualdade, sem a preservação de questões éticas e morais. O Estado afastou-se de sua finalidade de bem-comum, ao permanecer inerte diante de milhares de situações iníquas de trabalho, sob o fundamento de que a liberdade deveria ser prestigiada, individualmente, por todo cidadão. Ocorre que não havia que se falar em liberdade diante da inexistência da igualdade de negociação e do despreparo do trabalhador para, reivindicar melhores condições de trabalho².

¹ Comparato (2003, p. 134) prescreve a respeito da Convenção em 24 de Abril de 1793 por Robespierre: “Art. I. Os homens de todos os países são irmãos, e os diferentes povos devem ajudar mutuamente de acordo com seu poder, como cidadão do mesmo Estado. II. Aquele que oprime uma nação declara-se inimigo de todas as outras. III. Os que guerreiam um povo para travar os progressos da liberdade e aniquilar os direitos humanos devem ser perseguido por todos, não como inimigos ordinários, mas como assassinos e bandidos rebeldes. IV. Os reis, os aristocratas, os tiranos, quaisquer que sejam, são escravos revoltados contra o soberano da terra, que é o gênero humano, e contra o legislador do universo, que é natureza (Maximilien Marie Isidore de Robespierre, Discours ET Rapports à La Convention, Paris. Union Générale d’Editions, 1965, p. 121)”.

² Havia exploração de crianças e mulheres, tendo o emprego generalizado de mulheres e menores suplantado o trabalho dos homens. “[...] a máquina reduziu o esforço físico e tornou possível a utilização das ‘meias-forças

Para Sussekind (2005, p. 36-37), a proteção absoluta do individualismo chocou-se, fatalmente, com os próprios interesses da sociedade, ocorrendo a ruptura entre os interesses individuais e os coletivos, especificamente por não serem estes uma simples soma de direitos apartados, e, sim, resultado de um processo de aglutinação, uma combinação, uma síntese, surgindo um todo distinto. Para ele, tratava-se do início de uma nova era social, fundamentada no homem e no seu papel na sociedade, assertando que:

[...] A compensação de que o choque entre o coletivo e o individual punha em perigo a estabilidade social ia impor a necessidade de uma percepção jurídica com um sentido mais justo de equilíbrio. O individualismo teria, conseqüentemente, de passar a um plano secundário para que tomasse realce ao interesse social [...] Surgiam, então, os estudiosos, preconizando uns o coletivismo, sugerindo outros a construção social com base no Estado autoritário e alguns até falando no “equilíbrio das classes”. (SUSSEKIND, 2005, p. 36-37).

Da evolução pela consciência de coletivo foi que se impôs a necessidade da participação ativa do Estado³, não como mero espectador, mas como parte nas relações contratuais, a fim de garantir a igualdade ficta entre as partes contratantes. Não há como negar-se que aludida causa teve, como origem, pensamentos fraternos e de solidariedade, cuja preocupação envolveu adeptos com uma visão de um problema integral, reconhecendo-se, como um fenômeno social, as precárias situações de exploração do homem-objeto, que sensibilizou filósofos, escritores, políticos e a igreja católica, como uma questão da humanidade.

Neste sentido, a Encíclica “Rerum Novarum”, escrita pelo Papa Leão XIII e publicada em 1891, teve grande influência na ativação do Estado, em seu papel de regulador das relações de trabalho, consagrando a prioridade da intervenção estatal⁴ contra os abusos laborais e em favor da necessária proteção de quem dela necessitava- a parte mais fraca- e proclamando a importância da relação harmoniosa entre capital e trabalho.

Sussekind (2005, p. 39) traduz a importância das palavras de Leão XIII nessa encíclica, que impressionou o mundo cristão, como o incentivo ao interesse dos governantes

dóceis’, não preparadas para reivindicar. Suportavam salários ínfimos, jornadas desumanas e condições de higiene degradantes, com graves riscos de acidente” (BARROS, 2008, p. 64).

³ “[...] Na realidade, graças á arte criamos esse grande leviatã a que chamamos república ou Estado (em latim, civitas), que nada mais é que um homem artificial, bem mais alto e robusto que o natural, e que foi instituído para sua proteção e defesa: nele, a soberania é uma alma artificial que dá vida e movimento a todo corpo [...]. Quem governa uma nação inteira deve ler em si mesmo, não neste ou naquele homem em particular, mas em toda a humanidade [...]” (HOBBS, 2009, p. 17).

⁴ Intervenção Estatal: é a participação do Estado de forma ativa nas relações laborais com o fim de se atingir a igualdade ficta das partes contratantes, considerando se tratar o contrato de trabalho um contrato atípico e com requisitos que conduzem a sua peculiaridade, como o poder de direção do empregador e a subordinação do empregado.

pelas classes trabalhadoras, estimulando a força para a intervenção nos direitos individuais, em benefício dos interesses coletivos. De um lado, houve o aumento de poderes e a dilatação dos limites da atividade Estatal e, do outro, as restrições à esfera das liberdades individuais em prol do coletivo.

Foi do sentimento de solidariedade e da reivindicação de melhores condições laborais que surgiu o Direito do Trabalho, com presença marcante da intervenção necessária do Estado, figurando este como guardião humanitário das relações precárias de trabalho, a fim de resguardar e restabelecer a proteção essencial aos acidentados, mulheres, crianças e idosos, ou seja, aos hipossuficientes, sendo aqueles que não detinham de condições mínimas de lutar pelos seus direitos.

Desdiz-se que o Direito do Trabalho teve sua origem ligada às situações de desigualdade econômica e social e ao clamor público, para que houvesse uma regra imperativa, no sentido de dar garantias mínimas trabalhistas, afastando a liberdade hipotética das partes em negociar direitos, nominados indisponíveis, sem que fosse assegurada a igualdade entre as partes negociadoras.

Após a instalação do liberalismo, as Constituições passaram a se preocupar com os direitos sociais e, a partir do término da I Guerra Mundial, com a inclusão dos direitos trabalhistas nas constituições, como ensina Sergio Pinto Martins (2011, p. 8), “[...] a inclusão nas constituições de preceitos relativos à defesa social da pessoa, de normas de interesse social e de garantia de certos direitos fundamentais, incluindo o Direito do Trabalho [...]”.

A defesa social da pessoa com garantias de direitos fundamentais foi apresentada, inicialmente, pelo México, que, na Constituição de 1917, garantiu o constitucionalismo social, dispondo sobre melhores condições de trabalho. Também a Constituição de Weimar (1919) pode ser considerada precursora do constitucionalismo social, uma vez que disciplinou a participação dos trabalhadores nas empresas e estabeleceu melhores condições de trabalho. A evolução das garantias constitucionais para os trabalhadores representou, assim, a ampliação e a regulamentação dos direitos sociais até as condições atuais, em diversos países.

A preocupação com as questões trabalhistas foram evoluindo com a sociedade e gerou novos avanços representados por conquistas mundiais e de cunho humanitário, como a instituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT-Tratado de Versalhes, 1919), que universalizou garantias trabalhistas. Além do mais, a OIT expediu recomendações protetivas e garantidoras da dignidade humana para todos os povos, independente de raça, cor, sexo, nacionalidade, idade e religião.

São quatro os objetivos estratégicos da OIT: respeito aos direitos no trabalho⁵, promoção do emprego produtivo com qualidade, extensão da proteção social e fortalecimento do diálogo social. Nessa esteira, sobre os direitos no trabalho, destacam-se: liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; eliminação de todas as formas de trabalho forçado; abolição efetiva do trabalho infantil; eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação.

No contexto evolutivo da regulamentação do trabalho, a *Carta del Lavoro* (1927) inaugurou o corporativismo, reconheceu o trabalho como um dever social, diante da existência das representações sindicais, organizações e associações. Houve a imposição de regras de interferência e regulamentação nas relações laborais, tendo o Estado um poder moderador e organizador da sociedade: nada escapava à sua vigilância e ao seu poder e o interesse nacional colocava-se acima dos interesses particulares.

Em 1948, foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tendo, como objetivo básico, a preservação da dignidade humana e, como premissa inicial, a afirmação precípua de que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade de direitos⁶.

Depois disto, e reconhecendo o Estado como garantidor da ordem nas relações de emprego, surgiram várias disposições legais, como uma teia tutelar do empregado, representadas por leis esparsas, códigos e estatutos, tendo como principal premissa, o respeito recíproco nas relações laborais.

O capitalismo tornou-se efetivo a partir das Revoluções Burguesas, sendo que a concentração do poder econômico, muitas vezes competitivo e dominador, revela a supremacia do capital na organização econômica da sociedade. Trata-se de um sistema que tem, como essência, o acúmulo de riquezas, caracterizado pela expansão e novas conquistas de mercados, assim como a dilatação do domínio financeiro em caráter mundial. Essa forma, devido o processo de globalização exarcebado pelo indiscutível desenvolvimento tecnológico e industrial, traz consigo o egoísmo e grandes desafios humanitários, surgindo, daí, o embrião do neoliberalismo.

Marx e Engels (2010, p. 29-30), no Manifesto do Partido Comunista 1848, já antecipando a globalização e os desafios resultantes humanitários em decorrência da supremacia do mercado econômico, escreviam que devido a necessidade de mercados mais

⁵ Com destaque para aqueles direitos definidos como fundamentais pela Declaração Relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho (1998) (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011).

⁶ Consta, em seu preâmbulo: **A Assembléia Geral das Nações Unidas** proclama a presente "**Declaração Universal dos Direitos do Homem**" como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição (Grifo no original).

extensos para propagação dos produtos, a burguesia conquista a terra inteira, criando relações em todas as partes, com o consumo de todos os países. Para grande pesar dos reacionários, retirou da indústria sua base nacional. As antigas indústrias nacionais foram aniquiladas e ainda continuam a ser nos dias de hoje, suplantadas por novas indústrias cuja introdução se torna uma questão de vida ou de morte para todas as nações civilizadas. As antigas necessidades, antes satisfeitas pelos produtos locais, dão lugar a novas necessidades que exigem, para sua satisfação, produtos dos países e dos climas mais remotos. A auto-suficiência e o isolamento regional e nacional de outrora deram lugar a um intercâmbio generalizado, a uma interdependência geral entre as nações. Os produtos intelectuais de cada nação tornam-se um bem comum. O espírito nacional tacanho e limitado torna-se cada dia mais inviável, e da soma das literaturas nacionais e regionais cria-se uma literatura mundial.

Não há como afastar-se das questões mundiais relativas a globalização e humanização, sendo que o Neoliberalismo, prima pela redução da participação do Estado reencaminhado para sua posição abstencionista, a fim de dar liberdade para as negociações das questões ditadas pela economia e da balança oferta e procura, pressupõe uma reestruturação liberal da dicotomia capital e trabalho.

A coerência do Neoliberalismo é sustentada por Hayek (1987, p.91), sob o fundamento de que o dinamismo social e econômico deve ser regulado pelo Estado, com o fim de preservar a ordem em caráter geral. E, não de providenciar a organização da sociedade em questões que dependam de análise de cada caso concreto, sob pena de afastar-se de questões específicas e da primazia da realidade, importante para a consecução do Estado de Direito⁷ por ele definido, como:

O Estado de Direito, no sentido de regime de Direito formal — de não concessão pela autoridade de privilégios legais a determinados indivíduos — salvaguarda a igualdade perante a lei, que é a antítese do governo arbitrário. Uma consequência necessária disso — contraditória apenas na aparência — é que essa igualdade formal perante a lei conflita e é de fato incompatível com qualquer atividade do governo que vise a uma igualdade material ou substantiva intencional entre os diferentes indivíduos, e que qualquer política

⁷ Em posição oposta ao neoliberalismo: “[...] Faz-se mister argumentar contra os que cuida haver revogado o Estado social, supostamente submerso pela gigantesca onda de um maremoto: o neoliberalismo das direitas obscurantes, retaliadoras e retrógradas, cujo erro histórico reside em presumir estarem na crista dos eventos de que emergirá a sociedade do porvir. Isto é absolutamente falso. Basta ver que a adoção do neoliberalismo na sociedade brasileira pelo governo, em benefício unicamente de parcelas privilegiadas do meio financeiro e empresarial, tem gerado na ordem social efeitos catastróficos: duma parte, empobrece o povo, sobretudo as classes assalariadas, conduzindo ao mesmo passo, a juventude para a senzala do crime e da prostituição. E por essa estrada vai igualmente inaugurando novos cativeiros, desagregando valores, cavando abismos, sepultando aspirações, estiolando esperanças, desfigurando, enfim, o semblante nacional das instituições [...]” (BONAVIDES, 2011, p. 23).

consagrada a um ideal substantivo de justiça distributiva leva à destruição do Estado de Direito. Para proporcionar resultados iguais para pessoas diferentes, é necessário tratá-las de maneira diferente. Dar a diferentes pessoas as mesmas oportunidades objetivas não equivale a proporcionar-lhes a mesma oportunidade subjetiva. É inegável que o Estado de Direito produz desigualdade econômica — tudo que se pode afirmar em seu favor é que essa desigualdade não é criada intencionalmente com o objetivo de atingir este ou aquele indivíduo de modo particular. [...] Pode-se mesmo afirmar que, para o Estado de Direito ser uma realidade, a existência de normas aplicadas sem exceções é mais relevante do que o seu conteúdo. (HAYEK, 1987, p. 91).

É importante considerar-se que o sistema jurídico trabalhista passa por uma crise de identidade, considerando a influência externa, devido a globalização e a figura de um Estado paternalista, que carrega, consigo, pleitos emancipatórios da própria sociedade, com novas questões a serem enfrentadas.

Não há como negar. Priorizar os ajustes de condições adequadas e específicas ao caso concreto, com um viés neoliberalista, para que não se corra o risco de uma proteção exarcebada, na contramão, enfraquecedora do próprio Estado social-garantidor de uma vida digna para todos.

A intervenção do Estado, seja como garantidor, seja como um mero pacificador, tem que ter, como instituto democrático: a meta irrenunciável humanista, a fim de se atentar para o bem comum, reconhecendo o outro como fim em si mesmo. Somente, depois disto, ativar-se ao princípio da livre concorrência, desde que não afaste o homem de si mesmo, figurando esse ideal como um necessário desafio da contemporaneidade e da humanidade, que será melhor avaliado e enfrentando diante do reconhecimento dos princípios.

É inegável que a ordem social de cunho internacional influenciou o surgimento do Direito do Trabalho no Brasil, denotando marcante preocupação com as relações aperfeiçoadas pelo labor humano, figurando uma responsabilidade homogênea e coletiva de todos os povos, como ensinou Montesquieu (2008, p. 6), nominando como um “direito das gentes”, baseado no princípio de que as diversas nações devem fazer umas às outras o maior bem e, até numa guerra, o menor mal possível.

1.2 O Surgimento do Direito do Trabalho no Brasil

Em cada sociedade existem diversos modos de produção, sendo que o direito posto é resultado da coexistência histórica do Direito do Trabalho, tornando-se de inegável importância entender-se a formação histórica da sociedade brasileira e do contexto em que

houve o seu desenvolvimento, para o fim de justificar um determinado direito em determinada sociedade.

È certo que o modo de produção e a evolução histórica retratam as matizes e a própria ideologia de um determinado ordenamento jurídico, que não pode ser analisado em pedaços, mas como um todo aglutinado coerente e substanciado nas conquistas e lutas por melhores condições de trabalho.

Destarte, as transformações históricas não caminham aleatoriamente e separadas dos princípios do Direito do Trabalho, sendo eles padrões basilares da estrutura jurídica social. Portanto, não há como legitimar os princípios, sem que antes, seja feita a remissão na evolução histórica do Direito do Trabalho, sob pena de ser-lhe afastado de sua própria essência. Com isto, certamente se incorreria em riscos de imputar aos princípios um determinado descaso, o que restaria prejudicado todo o sistema laboral.

A formação histórica brasileira se deu num contexto envolvendo reações sociais que formaram padrões basilares da estrutura jurídica social, não havendo como reconhecer os princípios do Direito do Trabalho, sem resgatar a origem dos valores que permearam a construção de um direito espelhado numa determinada sociedade, ora frágil, ora justa.

Assim, a ideia de princípios revela a importância da reação social numa determinada sociedade e num determinado tempo, legitimando melhores condições de trabalho e o reconhecimento de que a história do trabalho evoluiu, paralelamente, no sentido de evidenciar a importância e a carga valorativa dos princípios, sendo eles reais norteadores de melhores condições de trabalho que perduram até os dias de hoje.

O surgimento do Direito do Trabalho no Brasil foi marcado por lutas e reivindicações constantes por melhores condições de trabalho. Nos períodos colonial e imperial (do século XVI ao XIX), houve o predomínio da ordem escravocrata: grande propriedade rural, trabalho escravo e domínio econômico, político e social dos proprietários de terras e de escravos.

A partir da metade do século XIX, pressionada pelos interesses internacionais, a classe dominante brasileira passou a se preocupar com a necessidade de se abolir a ordem escravocrata e substituí-la pelo trabalho assalariado. A abolição da escravatura se deu com a proclamação da Lei Áurea pela princesa Isabel, em 13/5/1888.

Observa-se que a Constituição do Império, outorgada em 1824, primeira Constituição Brasileira, já se preocupava com a regulação das relações de trabalho, ainda que, inicialmente,

de forma bastante contida. Aos poucos, estabeleceu-se, também no Brasil, a consideração dos direitos sociais como essenciais, para garantir um estado democrático e justo.

1.2.1 A evolução das conquistas trabalhistas nas Constituições Brasileiras e o reconhecimento do Princípio da Dignidade Humana

De acordo com Alice de Barros (2008, p. 70-71), as conquistas trabalhistas se fizeram gradativamente, a partir das reivindicações dos trabalhadores, que se organizavam, conquistando essas que se expressaram nas Constituições que passaram a vigorar, cada uma à seu tempo, no Brasil, conforme estudo abaixo delineado:

A Constituição de 1824, no seu artigo 179, alíneas XXIV e XXV, assegura a liberdade ao trabalho e abolidas as corporações de ofício, como se pode ver a seguir:

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

XXV. Ficam abolidas as Corporações de Officios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres. (BRASIL, 1824).

Essa mesma Constituição lançou, também, as bases de um Estado Nacional centralizado, pré-requisito para tornar possível uma legislação trabalhista de cunho nacional.

A Constituição de 1891, primeira do Brasil República, instituiu a liberdade de associação, reconhecendo, no seu artigo 72, § 8º, o direito de o trabalhador defender seus interesses e estabelecendo as bases para a organização institucional da classe trabalhadora na defesa de seus direitos.

A Constituição de 1934 tratou de direitos sociais, nos artigos 120, 121, § 1º Defendeu os direitos humanos de segunda geração, estabelecendo leis protetivas referentes ao trabalho da criança, férias, trabalho da mulher e à organização dos sindicatos. Assim sendo, manifestou a expressividade dos direitos dos trabalhadores no cenário jurídico-nacional sob, a perspectiva de uma democracia social, isto é, de um Estado social de direito.

Entretanto a Constituição de 1934 amparou, inclusive, a intervenção do Estado, que se antecipava às reivindicações dos trabalhadores, uma vez que suas conquistas estabelecidas em lei deveriam funcionar como um freio para suas lutas.

É preciso deixar-se claro que o reconhecimento dos direitos trabalhistas estava subordinado aos interesses do Estado populista. Essa prerrogativa ficou evidente no

enquadramento dos sindicatos (daí a denominação de “sindicatos pelegos”) e na criação das Juntas de Conciliação.

A Constituição de 1937 (Estado Novo) suprimiu liberdades e centralizou o poder nas mãos do Presidente da República. Assegurou o trabalho como direito do trabalhador e como dever social do Estado, evidenciando a influência corporativista da Carta Del Lavoro (1927). Apresentou avanços na legalização dos direitos de organização dos trabalhadores, instituindo os sindicatos – que eram, entretanto, rigidamente controlados pelo Estado - a respectiva contribuição sindical e criando a Justiça do Trabalho.

Todavia a regulamentação das relações entre trabalhadores e empregadores consagrou, também, limites aos interesses e direitos dos trabalhadores e empregadores, ao vetar, no seu artigo 139, o direito à greve e ao *lock-out*, como se observa a seguir:

Art. 139 - Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum.

A greve e o *lock-out* são declarados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional. (sic). (BRASIL, 1937).

Em 1943, ocorreu, por iniciativa do governo de Vargas, a organização e a sistematização de diversas leis esparsas com a aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que reuniu e consolidou em um só documento, toda a legislação trabalhista.

Com a queda de Getúlio Vargas em 1945 e o fim do Estado Novo, ocorreu a volta às instituições democráticas representadas pelas liberdades políticas. Ao mesmo tempo, ocorreu a ampliação dos direitos trabalhistas, procurou-se eliminar o corporativismo garantindo a isonomia salarial, descanso semanal remunerado, estabilidade de emprego ao trabalhador rural, proibição do trabalho noturno, assistência aos desempregados, seguro contra acidentes, direito de greve e o reconhecimento da Justiça do Trabalho, não simplesmente como órgão administrativo, mas também como parte do quadro do judiciário.

A Constituição de 1967 introduziu, como principais direitos, a opção entre o regime de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), que substituiu a estabilidade por antiguidade e a respectiva indenização. Instituiu, ademais, o salário-família, estabeleceu uma idade mínima para o trabalho (12 anos), aposentadoria e proibição de trabalho nocivo à saúde para a mulher e a criação do seguro-desemprego. Também houve, nesse período, dentre outros direitos proclamados pela legislação ordinária, a promulgação de leis esparsas sobre o trabalho doméstico (Lei n. 5.859/72), rural (Lei 5.889/73) e temporário (Decreto n. 1.535/77).

Com o término dos Governos Militares (1985) e como parte do processo de reconstrução democrática, o país foi dotado de uma nova Constituição, promulgada em 1988. Essa Constituição assegurou os direitos sociais em vários artigos, especificamente nos artigos 7º a 11, instituindo a idade mínima de 14 anos para o trabalho e FGTS obrigatório para todo empregado. A aludida Constituição reconheceu o rol de direitos sociais como instrumentos necessários para a compensação de desigualdades e estabeleceu a proteção de determinados bens jurídicos, como inalienáveis e intangíveis. Os direitos trabalhistas passaram a ser aplicados aos trabalhadores urbanos e rurais e também aos trabalhadores domésticos.

Além disso, a Constituição de 1988 consagrou o direito de greve, a liberdade sindical e estabeleceu a diminuição da jornada de trabalho de 48 para 44 horas semanais. Outros direitos foram assegurados: licença maternidade de 120 dias, licença paternidade de cinco dias, abono de férias, décimo terceiro salário para os aposentados, seguro desemprego e férias remuneradas com acréscimo de 1/3 do salário e a unificação nacional do salário mínimo, antes regionalizado. Garantiu a Constituição de 1988 a cidadania ao ser humano.

A Constituição Federal de 1988 tornou-se de suma importância para o processo de transição dos direitos humanos no país, ao celebrar, preambularmente, em seu artigo 1º, inciso III, a vigência do princípio da dignidade humana, tendo sido, por essa razão, denominada Constituição “Cidadã”⁸.

A história indica que o ordenamento jurídico trabalhista que representou importantes avanços foi resultante de mudanças sociais, políticas, econômicas e das lutas contra as desigualdades sociais empreendidas pela classe trabalhadora durante décadas. Houve a necessária intervenção do poder constituído que exerceu o seu papel de regulador e equilibrador das relações desiguais entre empregado e empregador, justificando a ativa participação do Estado na sua atribuição de impor limites precursores de uma tutela digna e justa do trabalho, tornando o Direito do Trabalho efetivamente um Direito Social, resguardado constitucionalmente pelo princípio da dignidade humana.

⁸ Luís Roberto Barroso (2009, p. 361-362) afirma que apesar da vitória do constitucionalismo e da proclamação dos direitos fundamentais, “[...] Nos vinte anos de sua vigência, o ponto baixo do modelo constitucional brasileiro e dos sucessivos governos democráticos foi a falta de disposições ou de capacidade para reformular o sistema político. No conjunto de desacertos das últimas duas décadas, a política passou a ser um fim em si mesma, um mundo à parte, desconectado da sociedade, visto ora com indiferença, ora com desconfiança. [...] A verdade, contudo, é que não há Estado democrático sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem parlamento atuante e investido de credibilidade. [...] O sistema político brasileiro, por vicissitudes diversas, tem desempenhado um papel oposto ao que lhe cabe: exacerba os defeitos e não deixa florescer as virtudes [...]”.

1.2.1.1 O Princípio da Dignidade Humana: Metaprincípio do Direito do Trabalho

Não há como negar-se que o princípio da dignidade humana figura também como princípio tutelar das relações sociais, com roupagem de um princípio garantidor de uma vida digna a todos. Sua previsão no preâmbulo Constitucional demarca a importância da carga valorativa dos princípios em geral, sendo suficiente para afastar a superioridade frágil de valores materiais que tem como suporte, a detenção de riquezas⁹, a fim de vangloriar quem respeita o próximo e o valoriza como um fim em si mesmo.

1.2.1.2 Fundamento do Metaprincípio da Dignidade Humana

É a forma como a pessoa vê o mundo, que a torna diferente dos demais sujeitos, sendo o contexto representado pela época, cultura e por condições subjetivas, que conduzem a concretização do valor, correspondente a cada pessoa. Há um significado de valores essenciais e individuais, que transmudam para a coletividade por meio de adaptações sociais, sem que lhes seja retirado o reconhecimento projetado no seu próprio ser, como um fim, e, com isto, a dimensão individual e coletiva do princípio da dignidade humana.

A dimensão individual tem como critério, a adoção de que cada ser humano tem, consigo, valores próprios e que devem ser preservados pela sociedade, sob pena de afastar qualidades morais e éticas, submetendo a pessoa à categoria de um ser de menos valia, desvalorizado em toda a sua vivência, seja em âmbito familiar, escolar, religioso e, por fim, rejeitado pela própria sociedade; não se criam valores do nada. É certo que perde sua dignidade e o reconhecimento de si mesmo e, com isto, se reduz a um objeto, sem amor, sem sentimento e sem felicidade.

A dimensão coletiva da dignidade tem como premissa, admitir que todos os membros da sociedade, têm condições mínimas de coexistência pacífica, sendo que um mal a ser causado deverá ser evitado, por ferir valores protegidos pela própria sociedade, sob a premissa de que a conduzirá à sua própria desagregação¹⁰.

⁹ Scheler (1996, p. 66-67) a respeito da figura do burguês e de suas principais características, apresenta o autor: “[...] fanatismo pelo trabalho e pelo lucro; vontade incontrolável de dominar a natureza para sujeitá-la a seus interesses; subjetivismo nos julgamentos de valor; utilidade como valor supremo na hierarquia axiológica; necessidade de segurança absoluta em todos os setores da existência; desconfiança e hostilidade radical em relação ao próximo e ausência de qualquer sentido ou sentimento de verdadeira solidariedade [...]”.

¹⁰ A respeito da importância do reconhecimento do outro como processo de aprendizagem de si mesmo, pela alteridade “[...]”. O pecado capital contra a dignidade humana consistiu sempre em considerar e tratar o outro-

A Constituição de 1988 prescreveu, em seu preâmbulo, a importância do ser humano e apresenta as características do regime político-republicano-democrático, pressupondo várias virtudes¹¹ para a consolidação da sociedade.

Foi conferido a todo ser humano o direito de cidadania, compreendido em viver, dignamente, em sociedade¹², como meta humanitária e indispensável à sua existência, sendo o preâmbulo Constitucional o farol inspirador para a aplicação do Direito e dos deveres do Estado, este compreendido em duas categorias: a primeira, como povo; e a outra, embora se reconheça a tripartição dos poderes e a soberania de cada um, pode ser compreendida como poder, bem como suas vertentes: Judiciário, Executivo e Legislativo. (2008) entende necessária a tripartição dos poderes, a fim de que cada poder freie o outro ou impeça o abuso por parte deste.

Prelecionou Montesquieu (2010, p. 26) que para formar um governo moderado, precisa combinar os Poderes, regrá-los, temperá-los, fazê-los agir; dar a um Poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir. É uma obra-prima da legislação, que raramente o acaso produz, e raramente se deixa a prudência produzir. “Esses três poderes deveriam originar um impasse, uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são compelidos a caminhar, eles haverão de caminhar em concerto” (MONTESQUIEU, 2010, p. 26).

É certo que os direitos devem ser de todos e para todos, reconhecido reciprocamente, ora como povo, ora como soberano, considerando que só se reconhece um direito, quando se cumpre, primeiro, o seu dever, sob pena de se perder a virtude política, consubstanciada numa das mais nobres virtudes, tendo em vista que é por ela que se proclama a coletividade.

A concepção kantiana de dignidade conduz à assertiva do reconhecimento da pessoa e da própria sociedade, como fim em si mesmo, como ensina Konder Comparato (2003, p. 22-23), ao dispor que o reconhecimento do fim, em si mesmo, leva à condenação de muitas outras

um indivíduo, uma classe social, um povo – como inferior, sob pretexto da diferença de etnia, gênero, costumes ou fortuna patrimonial. Sucede que algumas diferenças humanas não são deficiências, mas, bem ao contrário, fontes de valores positivos e, como tal, devem ser protegidas e estimuladas. [...] Que a privação de todas as qualidades concretas do ser humano, isto é, de tudo aquilo que forma sua identidade nacional e cultural, torna-o uma frágil e ridícula abstração. A dignidade da pessoa humana não pode ser reduzida à condição de puro conceito” (COMPARATO, 2010, p. 68).

¹¹ É do ensinamento de Montesquieu (2010, p. 169) que se reconhece a liberdade – virtude: “[...] A liberdade política em um cidadão é aquela tranquilidade de espírito que provém da convicção que cada um tem da sua segurança. Para ter-se essa liberdade, precisa que o Governo seja tal que cada cidadão não possa temer outro.

¹² A respeito da dignidade ensina Sotelo Felipe (1995, p. 67): “A noção de dignidade humana é um universal. Inserida em um texto constitucional significa representa-la empiricamente, agregando-se, nas normas infraconstitucionais e nas próprias normas constitucionais, dados da experiência social – daí a disponibilidade de conteúdos. Dignidade é um ente da razão, que basta-se a si mesma. É primeiro motor, é causada nela mesma, é incausada exatamente por ser razão. Por isso, quando a Constituição diz dignidade está positivando (como que tornando empírico o universal) uma idéia da razão que não pode ter outro fundamento que não ela mesma, a razão.

práticas de aviltamento da pessoa à condição de coisa, além da clássica escravidão, tais como o engano de outrem mediante falsas promessas ou a fraude cometida em bens alheios. Para tanto, sustenta que tratar a humanidade como um fim em si mesmo significa o dever de favorecer, tanto quanto possível, o fim do outro, pois considerando que o sujeito possui um fim em si mesmo, é preciso que os fins de outrem sejam considerados por mim, os meus.

Sarlet (2011, p. 71-72) identifica, numa última análise, a respeito da dignidade humana, informando que, onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, da mesma forma onde as condições mínimas, para uma existência digna, não forem asseguradas a liberdade, a autonomia da igualdade e os direitos fundamentais, não haverá espaço para a dignidade da pessoa, ultrajada como mero objeto de arbítrio e injustiças. Para tanto, o mesmo autor sugere, para o conceito de dignidade humana, a concepção de um caráter multidimensional, considerando a dimensão ontológica, histórico-cultural e sua dupla dimensão (ou função) negativa e prestacional, sendo a esta agregada a dupla dimensão objetiva e subjetiva, compreendida na condição de princípio e norma embasadora de direitos fundamentais

[...] Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 assegurem 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, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2011, p. 73).

Denomina-se, precisamente, a dignidade, o direito à tutela do trabalho e a proteção ao trabalhador, com definição na Constituição Federal, em seus artigos 6º a 11º e tem sido reconhecida nas mais importantes declarações de direitos humanos, respectivamente, na ¹³Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU-1948), Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (subscrita em Roma-1950), ¹⁴Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos (Assembléia Geral das Nações Unidas-1966) e ¹⁵Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San da Costa Rica-1969).

¹³ Adotada e proclamada pela Resolução 217-A da Assembleia das Nações Unidas em 10.12.1948.

¹⁴ Foi ratificado pelo Brasil em 24.01.1992.

¹⁵ Adotada pela assembleia geral da Organização dos Estados Americanos, ratificada pelo Brasil em 25.09.1992.

A Declaração Universal de Direitos Humanos¹⁶ tem, como objetivo precípua, a internacionalização e garantia dos direitos humanos, tais como: a liberdade, a igualdade e a fraternidade. A dignidade foi reconhecida, em âmbito universal, como um direito inato do ser humano a ser preservado, seja no caráter individual ou no caráter coletivo, como uma questão social.

Nesse contexto, Montoro (2005, p. 22) informa que a declaração universal dos direitos da pessoa humana constitui um dos elementos fundamentais da civilização contemporânea e tem, na sua abertura, uma denúncia histórica; “[...] a desconsideração e o desrespeito dos direitos humanos resultaram em atos bárbaros, que revoltam a consciência da humanidade”. E proclama como: “[...] ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações”.

Finaliza o autor, no sentido de contemplar que a declaração universal de direitos humanos possui um duplo reconhecimento; primeiro, que acima das leis emanadas do poder dominante, subsiste uma lei maior de natureza ética e o seu desrespeito revolta a consciência da humanidade; e o outro, que tem, como fundamento, o respeito à dignidade humana, sendo fonte de todas as fontes.

No sentido de priorizar condições dignas de trabalho, a Organização Internacional do Trabalho¹⁷ tem desenvolvido e confirmado, por meio de várias convenções, a declaração dos direitos do Trabalhador, que a paz universal e permanente só pode basear-se na justiça social, buscando melhores condições de trabalho no mundo, atestando a todos os povos a importância do princípio da dignidade humana e fraternidade. Por isto, reconheceu e proclamou, em âmbito internacional, os direitos fundamentais do Trabalho, ou seja, pretendeu salvaguardar o trabalho com dignidade e decência a todos os povos, proclamou 08 (oito) princípios, que são imperiosos no âmbito das relações de trabalho, por meio da Declaração de Princípios Fundamentais e Direitos no Trabalho.

Com efeito, de acordo com essa declaração, todos os estados-membro da OIT têm a responsabilidade de respeitar, promover e dar efetividade aos princípios denominados fundamentais, incluindo o Brasil, que são as Convenções: n.º 29 (eliminação do trabalho forçado); n.º 87 (liberdade sindical e direito à sindicalização); n.º 98¹⁸ (direito de sindicalização e de negociação coletiva); n.º 100 (igualdade de remuneração entre homens e

¹⁶ 1ª etapa concluída em 1948. 2ª etapa, em 1966.

¹⁷ Fundada em 1919, com o objetivo de promover a justiça social, tem estrutura tripartite, sendo que os representantes dos empregadores e trabalhadores têm os mesmos direitos que os do governo. No Brasil, tem representação desde 1950.

¹⁸ Foi aprovada pelo Brasil no Decreto Legislativo n.º 49, de 27 de agosto de 1952, sendo promulgada pelo decreto n.º 33.196, de 29 de Junho de 1953.

mulheres); n.º 105 (proibição de trabalho como meio de coerção ou educação política); n.º 111 (proibição de qualquer tipo de discriminação); n.º 138 (abolição do trabalho infantil) e a n.º 182 (defende adoção de medidas imediatas e eficazes para eliminação das piores formas de trabalho infantil).

A Constituição (BRASIL, 1988), em seu artigo 1º, inciso III, estabelece que, entre os princípios fundamentais para a formação do Estado Democrático, está a Dignidade da pessoa humana, o que possui ligação inquestionável com o Direito do Trabalho, uma vez que, desde os primórdios de sua formação, em sua longa caminhada e conquista de autonomia, o Direito do Trabalho tutela a relação de emprego¹⁹, tipificada no artigo 3º da CLT. E, agora, sua competência ampliada pelo advento da emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, expandido a competência da justiça do trabalho pelo teor do artigo 114, ampliando sua jurisdição, devido à melhor adequação para tratar das relações de trabalho (BRASIL, 1988).

Os requisitos do contrato de emprego são: continuidade, subordinação, onerosidade, pessoalidade e alteridade. O que se depreende é que se trata de um contrato diferenciado, considerando-se a presença do requisito subordinação, que garante a hierarquia contratual em face do empregador. O desrespeito pelo empregado a aludido requisito, poderá figurar a demissão por justa causa, na incidência de insubordinação. Como já dito, é a subordinação, consubstanciada no estado de dependência a que se sujeita o empregado, exercendo o empregador o seu poder de direção²⁰. O aludido poder é compreendido em disciplinar, fiscalizar, disciplinar, organizar e dirigir a prestação de serviços de acordo com suas regras, comandos e disposições.

Trata-se de um contrato em que o indivíduo é integrado na sociedade e que tem, com o trabalho, a essência de sua dignidade e a plenitude de sua valoração humana, sendo que, em algumas situações, diante da miserabilidade e da decadência de condições sociais, o empregado perde o poder de escolha e de estabelecer regras favoráveis a si mesmo. Perde a liberdade essencial, certamente conflitante com o princípio da dignidade humana.

Consigna-se que o poder de direção do empregador deve ser exercido com respeito e humanidade, mormente porque deve ele ser o gestor de seus negócios. O que não se cogita plausível é ser o gestor da personalidade do empregado, tratando-o como um mero objeto intermediário, para atingir o lucro, sem que observe condições mínimas condignas nas

¹⁹ **Art. 3** - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único. Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

²⁰ **Art. 2** - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

relações de emprego, reduzindo o ser humano ao seu grau mais ínfimo de estima, afastando o seu reconhecimento como um fim em si mesmo.

A preservação da dignidade do empregado é obrigação relevante do empregador, tem ele a precisa responsabilidade de garantir a personalidade e os valores sociais do trabalho a favor do empregado, sob pena da caracterização de ofensa ao princípio do não-retrocesso social. Contra si, tem o empregado a necessidade de sua subsistência e de sua família, o que o leva a abrir mão de sua dignidade em prol de condições desumanas de trabalho, acarretando a perda, não tão-somente de sua saúde, mas também de sua integridade moral, muitas vezes, com irrecuperável dano a sua vida.

Não há como se nomearem, taxativamente, situações de ofensa à dignidade humana, até porque, muitas vezes, o espírito capitalista que norteia as relações de emprego, pode, com frequência, conduzir a situações de lesão, de forma maculada. Apesar de toda a evolução histórico-cultural, há muitas situações iníquas e degradantes no ambiente laboral, contribuindo, diretamente, para a perda da dignidade, frustrando toda a higidez e eficiência social juslaboral.

A conservação da dignidade humana apresenta escurreita relação com os direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde e à garantia de um ambiente de trabalho salubre, por meio de cuidados relacionados à medicina e à segurança do trabalho. Há varias formas de ofensa à dignidade humana do trabalhador, seja sob o aspecto mental, seja pelo aspecto físico, sendo que ambas se referem a ofensas que causam constrangimento e humilhação moral ao ser humano. O que se pretende é o reconhecimento do ser humano como fim em si mesmo, não podendo servir como instrumento de lucro, com abdicação de valores mínimos para sua existência.

1.2.1.3 Ofensa ao Princípio da Dignidade Humana: Assédio moral

O princípio da dignidade humana carrega consigo a necessidade de se reconhecer o outro, sendo de fácil constatação quando há ofensa a integridade física e moral do empregado, denotando a importância de se caracterizar aludido princípio como um meta princípio, como o norteador e limitador da aplicação dos princípios do direito do trabalho. È ele o inspirador de condições humanitárias dignas.

A relação laboral é contínua e comutativa, tem como regra geral, a preservação da manutenção na prestação de serviços, por meio dos contratos por prazo indeterminado,

exigindo-se condições mínimas de respeito e urbanidade entre as partes. O que se tem notado é a importância da prevenção nas relações laborais, requisito essencial para se evitar dano físico ou moral ao empregado. A perseguição, rigor excessivo e a falta de respeito, causa sem dúvida, dano, resultando em incapacidade da alma, muitas vezes incurável pelo assédio moral prolongado. É contrário ao princípio da dignidade humana, tornando-se obrigatório o resgate da alma empregado pela sujeição ao princípio da dignidade humana.

A dor causada na alma se caracteriza como uma das mais agressivas ofensas ao ser humano. É por meio dela que se reduz a vontade de viver, com a perda da estima e a fé na vida. O assédio moral é caracterizado pela conduta ofensiva e reiterada de perseguição no contrato de trabalho, em face do empregado, com a missão de mitigar, ao pó, os seus valores idealizados ao longo do seu processo de formação psicológica e, com isto, a redução do empregado a um mero objeto, com a inquestionável perda da dignidade.

Há que se considerar que a subordinação tem, como concepção, a obediência do empregado às regras impostas pelo empregador, mormente em razão da cultura adotada por sua gerência empresarial. Além disso, a relação de trabalho é contínua e diária, o que torna o ambiente de trabalho vulnerável para oportunizar o assédio moral, compreendido conforme o conceito de Prata (2008, p. 57):

[...] O assédio moral no trabalho se caracteriza por qualquer tipo de atitude hostil, individual ou coletiva, dirigida contra o trabalhador por seu superior hierárquico (ou cliente do qual dependa economicamente), por colega do mesmo nível, subalterno ou por terceiro relacionado com a empregadora, que provoque uma degradação da atmosfera de trabalho, capaz de ofender a sua dignidade ou de causar-lhe danos físicos ou psicológicos, bem como de induzi-lo à prática de atitudes contrárias à própria ética, que possam excluí-lo ou prejudicá-lo no progresso em sua carreira. São considerados relevantes ao conceito de assédio moral no trabalho os atos ou comportamento, que por sua gravidade ou repetição continuada, sejam hábeis a desestruturar o laborista [...].

Uma das principais consequências negativas geradas pelo assédio moral é a insegurança do assediado, que carrega, consigo, o medo de errar e de perder o emprego, enfatizando, de forma notória, o poder hierárquico conferido pelo próprio empregado ao seu malfeitor, submetendo-se, por angústia e insegurança, à roupagem de um ser incompetente. A baixa-estima se estende em todo o seu contexto, seja no trabalho, em casa, na escola e na própria sociedade, dando legitimidade e falso poder ao assediador, que se vangloria em ofender o seu próximo, como uma simples vaidade e soberba.

É salutar que há diversas figuras de assediadores, como ensina Prata (2008, p. 169), como:

- a) o narcisista: sendo aquele que ama a si próprio e a imagem criada de si, não sendo capaz de amar seres humanos, são reconhecidos como pessoas cruéis, impiedosas e exploradoras, com difícil convivência;
- b) o paranoico: figurando como chefe inseguro que encontra traição em fatos neutros, provocando inimizades na própria equipe, sendo que entende que toda manobra realizada por um subordinado tem, como finalidade, a tentativa de ocupar o seu lugar;
- c) psicopata: trata-se de indivíduo que possui uma deformação moral que o impede de nutrir bons sentimentos, como o arrependimento e a compaixão. Tem dupla personalidade, uma sedutora, carinhosa, gentil e prestativa e a outra, cruel, maliciosa e impiedosa, sendo frio, calculista, e não se importa com ferir os outros na perseguição de seu objetivos;
- d) sádico: é caracterizado pela falta de freios morais, não sente culpa, remorso, nem compaixão; tem, como meta, a tortura mental de pessoas indefesas, a fim de suprir uma sensação de onipotência sobre a vítima, compensando sua real impotência psicológica.

Quanto à figura do assediado, há muitos questionamentos a respeito de suas características, considerando que, muitas vezes, se torna presa fácil, sendo uma vítima que oportuniza o próprio assédio, por se enquadrar como desastrada, fragilizada e diferente, idealizando a legalidade do poder do assediador, este maculado pela roupagem de um contrato de trabalho, malfadado pela ausência de respeito e fraternidade, conduzindo à perda de si mesmo e à de todos os valores que reconhece como essenciais para uma vida digna.

O mais assustador é que, diante do fecundo capitalismo egoísta e da competitividade que norteiam as relações laborais, o assediador torna-se alguém respeitado, denotando-se uma inversão valorativa e destrutiva do ser humano, considerando que o assediador perspicaz faz um rodízio em suas atitudes, devastando todo o ambiente laboral. O que conduz o temor de todos e a angústia e a ansiedade de quem será a próxima vítima. Tudo isto, em razão de se achar superior, por ser o detentor da síndrome de poder, destruindo toda a higidez do ambiente de trabalho, o que afasta a criatividade, paixão, competência, enfim, em vez de propagar e evidenciar bons talentos e qualidades dos funcionários, ameniza qualquer tentativa de sucesso do grupo, com repercussão destrutiva na empresa e na própria sociedade.

Além disso, o assediador não se conforma com ser o único sem esperança e respeito ao próximo, ele contagia a todos ao seu redor, por meio de um ciclo vicioso, colaborando, diretamente, para afastar a missão de o grupo. É uma pena, considerando que se torna muito evidente, empresas que assediam empregados, tendo em vista o ambiente pesado e escuro,

não havendo qualquer conquista monetária no mundo que supere a importância de se reconhecer o respeito do outro, não porque se tem mais poder financeiro, mas porque é premissa de dignidade o respeito e reconhecimento pelo outro, como um processo oportunizado de aprendizagem de si mesmo.

A proteção à pessoa humana deve ser integral, e não é plausível que, durante as fases do contrato de trabalho, o empregado sofra ofensa em seu projeto de vida. O dano ao projeto de vida é um dano radical e profundo, que compromete, diretamente, o ser mesmo do homem. Trata-se de dano que afeta a liberdade da pessoa e que, por fim, frustra o seu projeto de vida, que, livremente, cada pessoa formula e realiza da sua forma. É dano que trunca o projeto de vida, que impede que a pessoa desenvolva, livremente, sua personalidade. O dano pode ser físico ou moral, ambos afetam a liberdade e a saúde do empregado, impedindo-o de cumprir o seu projeto vital. Compromete o direito inato de ser “*uno mismo*”, e não “outro”, transtornando a existência da pessoa, afastando “*el sentido de sus vidas*” (SESSAREGO apud CAHALI, 2005, p. 246).

Não se pode negar que há várias situações em que se tente macular situações de assédio moral, como o isolamento do empregado, a fim de tornar plausível a sua impotência, com a privação do contato com colegas de trabalho e ao próprio trabalho. Figura-se como uma exclusão laboral, reduzindo o empregado ao ostracismo, mediante situações humilhantes e constrangedoras, tornando-o um ser desprezível e que nada vale para ninguém.

A conduta do empregador reiterada e ofensiva gera o descontentamento generalizado e, muitas vezes, diante da notória perturbação mental, imagina condições muito piores do que realmente são, com a desagregação do empregado no convívio social, devido à depressão ocasionada por maus tratos laborais.

O que é mais preocupante é que a figura do assediado e assediador, na maioria das vezes independe de inteligência ou grau de instrução, tendo conexão direta à valores morais expressos por sentimentos do que é bom e mal. Algumas pessoas boas se tornam más, quando lhes é delegado o poder de direção, compreendido como fiscalizar, organizar e direcionar as relações de trabalho; e, do outro lado, o empregado, que tem o dever de seguir as ordens de seu superior, veste a roupagem de incompetente, tornando-se a vítima predileta do assediador²¹.

²¹ Situações vexatórias e de ofensa ao princípio da dignidade humana. ACÓRDÃO Nº 20.050.401.623PROCESSO TRT/SP Nº 02124200143302001. RECURSO ORDINÁRIO - 03 VT de Santo André. EMENTA. DANOS MORAIS. Humilhação do empregado como forma de incremento da produção. Afronta à dignidade humana. Humilhar, ridicularizar e envergonhar publicamente o empregado vendedor é meio ilícito de incentivo às vendas, uma clara, absurda e intolerável agressão à dignidade humana, a ensejar, claro, reparação de dano moral. Expediente tolerado - senão incentivado - pelo empregador, revelando a banalização do ser humano como instrumento de produção. Indenização não só mantida como ampliada. “ELEIÇÃO DO EMPREGADO TARTARUGA” - Ato patronal constrangedor e ofensivo à dignidade da pessoa humana - Exposição do

Parece simples, mas não é bem assim, considerando-se a figura do empregado já assediado, por ser pobre, miserável, negro, magro, gordo, amarelo, feliz e demais outras características que afrontam, diretamente, o assediador e, por isto, o tornam frio e calculista em sua perseguição, visando a demonstrar o seu poder e a derrotar o outro. O empregado tem a triste missão de dar continuidade ao contrato de trabalho, em razão de ser o único instrumento hábil, para garantir sua subsistência física, sem considerar o seu valor moral como pessoa, transmutando o assédio psicológico para a depressão e transcendendo a danos físicos, com prejuízos a toda a sociedade.

A ofensa à dignidade humana, seja por um simples empregador, causa ofensa a toda a raça humana, considerando que o ser humano não pode ser reconhecido como um objeto passível de ofensa, que fere a sua própria existência, repudiando toda a solidariedade ético-humanitária.

Dessa forma, o poder aliado ao assédio é destrutivo, mormente porque, quando não se reconhece o outro, e se limita a reconhecer a teoria darwinista²² de forma alienada e restrita. Certamente o ser humano estaria condenado a viver sozinho ou cercado de pessoas em quem não consegue enxergar o essencial da vida, que não se podem ver somente com os olhos, mas também com o coração, revelado pelo respeito e por fazer o bem, o mais possível, ao seu próximo, porque é a única coisa a ser feita, como um deve-ser, premissa de condições dignas no ambiente laboral.

1.2.1.4 Ofensa ao Princípio da Dignidade Humana: Acidente de trabalho

Outra causa possível de ofensa à dignidade humana e freqüente, na sociedade, são os acidentes de trabalho, que denotam o descaso do empregador e a admissão de um país de mutilados, considerando-se os inúmeros acidentes ocorridos por ausência de métodos

empregado a ridículo e a vexame - Reparação por dano moral - Viabilidade. Afronta a dignidade da pessoa humana a instituição, pela empresa, de eleição mensal de empregado tartaruga, para assim designar pejorativamente aquele trabalhador que cometeu atrasos no horário de entrada nos serviços, expondo o empregado eleito ao ridículo, além de colocá-lo em situação vexatória perante os demais colegas de trabalho. Louvável seria o empregador instituir mecanismos para estimular ou incentivar os seus empregados à assiduidade e à maior produtividade, sem causar-lhes constrangimentos no ambiente de trabalho. Pedido de reparação por dano moral que se acolhe. Recurso ordinário do empregado a que se dá provimento. (TRT15ªR - ROS-2 nº 29.389/01 - 5ª T. - Rel. Juiz José Antonio Pancotti - DOE 08.04.02).

²² Comparato (2003, p. 38-39) apresenta a importância de se relacionar e respeitar o outro, afastando a teoria da sobrevivência do mais forte: “[...] Contra o princípio da solidariedade ética da humanidade, costuma objetar-se com o postulado darwiniano da luta pela vida e da sobrevivência do mais forte. Trata-se, porém, de uma interpretação unidimensional e, por isso mesmo, singularmente empobrecedora do processo evolutivo. O próprio Darwin bem advertiu seus leitores sobre o fato de que a expressão *struggle for Existence* fora por ele usada em “sentido amplo e metafórico, incluindo a dependência de um ser em relação a outro, bem como incluindo (o que é mais importante) não apenas a vida do indivíduo, mas o êxito em deixar descendentes [...]”

preventivos, conduzindo ao poder judiciário trabalhista a responsabilidade por punir os causadores do acidente. Registre-se: está abarrotado diante de milhares de ações acidentárias, com discussão de teses em que se contrapõe a responsabilidade objetiva e subjetiva e a pertinência da culpa ou não do empregador na ocorrência de acidente de trabalho.

A prevenção é a melhor solução, mormente porque nada justifica o pagamento e a monetarização devido a alteração física do ser humano diante da perda de um membro. Ademais, a apuração da responsabilidade acidentária deve ser reconhecida com uma trágica consequência de uma mal sucedida relação de trabalho. A imputação da responsabilidade não pode ser considerada como um objeto de disputa e de quantificação de dano, a fim de compensá-lo, sob pena de estar fracassada toda a luta por condições dignas de trabalho e, com isto, o caminho de que a reincidência em acidentes de trabalho se tornará, por si só, uma malfadada rotina laboral.

É triste reconhecer-se um país que possui vários funcionários mutilados, não pela guerra armada, mas por uma guerra fria, de disputa de poder entre o capital e o lucro, onde há ausência de condições mínimas de salubridade no ambiente de trabalho, conduzindo a situações desumanas e inaceitáveis.

Não pode aceitar a premissa de que o homem seja lobo do próprio homem, expressão de Thomas Hobbes, ao referir-se à ameaça de ferocidade de uma pessoa contra outra, porém que seja não um lobo com o extermínio do outro, mas que o outro seja o complemento e crescimento de si mesmo, como humanidade. Ocorrendo, com isto, a efetivação de todas as conquistas estampadas na Declaração Universal de Direitos Humanos, na OIT, na Constituição Federal e em tratados humanitários que sustentam as preciosas virtudes do ser humano, como sendo aquelas que preservam a fraternidade, solidariedade- ético- humanitária e a preservação da dignidade em todos os povos e nações.

Quando o ser humano reage a uma ofensa ao seu próximo, contribui, diretamente para que haja efetividade nas regras humanitárias, afastando sua abstração e generalidade. Portanto, a premissa de que o Estado é omissor, e nada faz para a sociedade, é totalmente enfraquecida, quando um mesmo membro da sociedade que exige o seu direito não cumpre o seu dever. A rotina de respeitar o outro, tem início em casa, respeitando os mais velhos, os empregados domésticos, na rua, no supermercado, refletindo diretamente no ambiente de trabalho.

Cada empregado contribui de uma forma ou de outra para que haja ofensa ao princípio da dignidade humana quando se omite a ser o fiscal do outro, para afastar situações

de risco laboral acidentário, por ausência de Equipamentos de Proteção individual ou coletiva, ou por ausência de treinamentos hábeis, ou, ainda, diante de situações de riscos causados pelo próprio empregado ou empregador. Em aludidos casos, o mais correto será clamar por melhores condições e que situações evidenciadas de riscos, por culpa ou dolo do empregador, ou a inércia em sua neutralização, mesmo sem a ocorrência de acidente ou infortúnio laboral, sendo reconhecido como infração legal, acarretando a declaração não somente de multa administrativa, como ocorre atualmente. A imputação de uma pena pedagógica, com a implementação da estabilidade de emprego, não após o acidente, preventivamente, quando constatada eficaz situação de risco, estimulando os próprios empregados a fiscalizarem aludidas situações, como uma saída para frear os milhares de acidentes de trabalho.

O que se conclui é: há como se pressentir, como meta de segurança laboral, um valor para perda de um membro? Garantir situações de estabilidade pós-infortúnio? Ou estar-se-ia tipificando a ocorrência pelo mau causado ao empregado e transferindo o aludido ônus também a toda a sociedade, considerando-se os custos sociais suportados pela seguridade social.

O que se pretende é garantir o interesse do próprio empregado em delatar condições nefastas à sua saúde, mediante o reconhecimento da estabilidade, quando tal ocorrer, semelhante àquela delação de proteção à testemunha, como um reconhecimento de benefício. Até porque não cuidar de condições mínimas de higiene física e laboral, a ponto de submeter o empregado ao alto risco de acidente ou de óbito, deveria ser reconhecido como um crime ou, ao menos, uma tentativa criminosa, justificando a pretensão de estabilidade.

Atribuir a estabilidade somente após o infortúnio é o mesmo que se prever o acidente de trabalho, sendo mais eficiente afastá-lo preventivamente, como premissa de segurança coletiva, tendo em vista que o acidente acometido geralmente é individual. Contudo, os riscos inerentes a condições precárias são suportadas por todo o grupo ou coletividade e, por isto, a sanção terá conotação coletiva a quem não respeitar as condições mínimas de segurança laboral. A punição ao empregado que deixa de utilizar equipamentos de proteção individual já foi prevista no artigo 158 em consonância com o artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, prevista e permitida a demissão por justa causa, sendo esta a pena mais severa que um empregado pode sofrer em seu pacto laboral.

Da mesma forma, pode o empregado recusar-se a trabalhar em condições que, de alguma forma, possam colocar sua segurança em risco, sendo, ainda possível promover um pedido de rescisão indireta, como sendo aquele em que o empregado pleiteie, em juízo, a

decretação da demissão sem justa causa, com o pagamento das indenizações devidas, conforme preceituado no artigo 483 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Não há como passarem despercebidas as estatísticas a respeito dos acidentes ocorridos no Brasil, sendo eles delatores de que ainda há muito que se lutar por melhores condições laborais, com o reconhecimento da dignidade como um valor humano fundamental e indissociável da própria natureza humana²³. Não há como reconhecer-se que haverá a reparação integral do infortúnio laboral acometido ao empregado, mormente porque jamais haverá retorno das coisas ao seu estado anterior, a uma, porque, como dizia o filósofo Heráclito, ninguém se banha num mesmo rio, por mais de uma vez, porque o homem não será o mesmo, nem o rio. Imagine-se um empregado acidentado, vítima de várias alterações psicológicas, que certamente serão desenfreadas pelo infortúnio, além da notória deficiência física, com alteração da anatomia do seu próprio corpo.

Importante a adoção de todos os meios necessários para amenizar ou neutralizar condições precárias de trabalho, por meio do aparato de programas relacionados à saúde e à segurança do trabalho, cuja responsabilidade de fiscalizar deve ser missão da sociedade e do Estado por meio de seus agentes vinculados ao Ministério do Trabalho e emprego, figurando indispensáveis, para tutelar a preservação da saúde e a integridade dos trabalhadores.

Nada justifica a perda da dignidade, como sendo a supressão de condições mínimas de higiene física e mental no ambiente laboral. Deve ser mantida em sua plenitude, em todas as fases do contrato de trabalho, a saber: na fase pré-contratual, em que, embora o vínculo não esteja constituído, há um potencial empregador, não podendo ocorrer discriminação (lei n. 9.029/95); na fase contratual, com abuso de direito, descumprimento das obrigações, revistas com ofensa à intimidade do empregado, rebaixamento de função, assédio moral, sexual e acidente (lei 8.213/91); na despedida do empregado em caráter discriminatório, anotação do motivo da despedida na CTPS e, em alguns casos, em despedida por justa causa; na fase pós-contratual, que são recomendações desabonadoras prestadas pelo empregador e a difusão das chamadas listas negras.

Embora seja o poder econômico e, registre-se, no mundo capitalista, tem posição de destaque nas relações humanas, é ele que define relações hierarquizadas, refletindo,

²³ Sarlet (2011, p. 41): “[...] Ainda segundo Kant, afirmando a qualidade peculiar e insubstituível da pessoa humana, “no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade...Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade”.

diretamente, nas relações sociais. Há quem exerça o poder e quem tem interesse em segui-lo por condições e aspectos singulares. Os valores morais e a dignidade estão em plano superior ao valor das coisas. A pessoa, no contrato de trabalho, é lesada pelo que ela é. Não se pode negar o direito à honra e o reconhecimento da dignidade ao trabalhador.

Neste sentido, as lições de Comparato (2003, p. 21-22):

[...] a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.

Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas. A humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma.

O empregador tem obrigação, no contrato de trabalho, de garantir a dignidade do empregado em sua plenitude, isto é, no aspecto moral, intelectual e físico. O interesse do empregador em defender e aumentar o seu patrimônio encontra limite na dignidade, honra e moral do seu empregado. Para Clayton Reis (1998, p. 76), os referidos valores, adquiridos por meio do trabalho e da convivência social, compõem o invólucro, constituído de bens imateriais da pessoa, sujeitos à proteção do ordenamento jurídico.

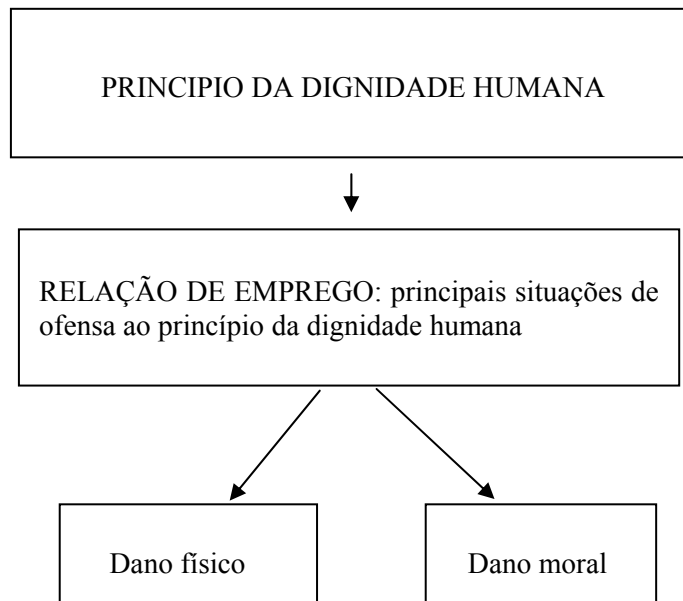
Há um escalonamento de valores, sendo que a dignidade é o bem mais precioso que pode possuir o ser humano, uma vez que é ela que lhe traz esperança, felicidade, auto-estima e demais valores substanciais para sua vida. Ressalte-se que o princípio da dignidade humana tem ampla ligação com o Direito do Trabalho, surgiu da luta, do desemprego e da exploração do homem pelo homem.

Disto tudo resulta que o princípio da dignidade possui forte propensão a dimensão coletiva, isto é, não pretende dizer o que é certo ou digno a um ou outro cidadão, mas tem correspondência com toda a comunidade humana. Considera-se que a instrumentalização ou coisificação de um único ser, independentemente da etnia, sexo, cor, idade, instrução e posição social, será o reconhecimento de que todo o contexto inspirador do princípio da dignidade humana terá sido rompido e desvirtuado. Todos os valores que constituem o corpo do princípio da dignidade humana têm, em comum, a solidariedade e a fraternidade, como um clichê verdadeiro de que ninguém é melhor do que ninguém, revelando a importância de sua dimensão coletiva e individual.

A dignidade humana tem estreita relação com os princípios do Direito do Trabalho, sendo este um direito tutelar, sob o prisma da limitação da autonomia privada de quem não detém a condição de liberdade por não estar assegurada a igualdade, útil e necessária, para dispor de direitos e deveres.

Surge, assim, um novo paradigma de sociedade, por meio da conscientização de melhores relações de trabalho conquistadas pelo exercício da intervenção do Estado-ativo, das reclamações trabalhistas e condenações pecuniárias em âmbito administrativo e judicial (Justiça do Trabalho e Ministério do Trabalho e Emprego), figurando como dispositivos necessários para um despertar de uma consciência social.

Figura 1 - casos de ofensas ao princípio da dignidade humana nas relações laborais



Fonte: Autora

1.3 Os Princípios do Direito do Trabalho e seus Desafios no Mundo Contemporâneo

O Direito do Trabalho se foi organizando gradativamente, por meio de lutas constantes dos trabalhadores por melhores condições de trabalho, afastando sua caracterização de simples objeto de produção para o fim de resguardar uma identidade social ao trabalhador, revestida de condições mínimas de dignidade representadas pelo modelo Estatal incorporado à época.

Existem críticas ao modelo adotado pelo Estado, conforme ensina Alice Monteiro de Barros (2008, p. 87), que o Estado do Bem-Estar Social, vigorou durante grande parte do século XX e que tinha uma concepção mais solidária de proteção aos trabalhadores, começou a entrar em crise, nos anos 60. Adverte a autora que como consequência desse fenômeno no Brasil, a estabilidade no emprego foi substituída pelo FGTS em 1967, com a Lei n. 5107/67. Não é menos certo, entretanto, que o Estado do Bem-Estar Social também propiciou ao Capital a acumulação de riquezas em detrimento das reivindicações sociais.

A década de 1990 foi marcada pela adoção de uma política neoliberal, com o conseqüente abandono do conceito de Estado do Bem-Estar Social. Enquanto se privilegiaram os grandes grupos econômicos, as pequenas e médias empresas quebravam em decorrência do dano causado pela política econômica. A saúde, a educação, segurança e a previdência foram relegadas a um plano secundário. Em razão disto, instalou-se um cenário social, dividindo os brasileiros em incluídos e excluídos.

A modernidade, portanto, introduz a necessidade de mudanças um tanto mais complexas nas relações contratuais entre empregado e empregador. Nessas relações, é importante atentar-se para duas premissas básicas: a) garantir a competitividade das empresas no setor mundial, devido à globalização e à ausência de limites geográficos para a revolução tecnológica, que tem grande impacto sobre o número de empregos; e b) garantir efetividade e proteção aos direitos trabalhistas conquistados ao longo caminho da evolução histórica do Direito do Trabalho.

È importante questionar-se a imperatividade dos direitos trabalhistas, sob pena de se cogitar que algumas regras de proteção abstrata e genérica do empregado estariam inadequadas à realidade social e ao seu próprio benefício, podendo a outorga de leis imperativas, e não dispositivas, acabar desprotegendo o trabalhador, que tanto tentou proteger.

Na realidade, têm-se, hoje, empregados que podem negociar condições de trabalho, em razão de sua igualdade e, muitas vezes, superioridade intelectual em face do seu

empregador, caso em que não se torna plausível delimitar o seu direito de negociar-transacionar, denegando o seu direito de liberdade assegurado pela igualdade real.

Melhor será um novo paradigma das relações de emprego que aperfeiçoe o “*jus variandi*”, por meio da instituição de um Direito do Trabalho transacionável, que procure, como pressuposto, garantir que o empregado possa negociar condições laborais com adequações necessárias ao caso concreto, sem perder o objetivo estrutural do direito do trabalho e a manutenção da dignidade do empregado, sob pena de caracterizar o retrocesso social.

Soma-se a isto a globalização (internacionalização) e a revolução tecnológica, que propiciam acesso direto à informação intelectual e profissional, sugerindo novas relações de trabalho, clamando-se por uma nova gestão empresarial por meio de novas experiências laborais e garantidoras de um mercado competitivo, sem que se apague o caminho percorrido e as conquistas ao longo do processo de evolução histórico-laboral. Há que se permitir uma abstenção estatal, desde que se reconheça o empregado como participante ativo da relação de emprego e que a ele sejam garantidas condições mínimas de trabalho, sem que essa abstenção sirva de escudo para fraudes trabalhistas.

Não é plausível que a imperatividade do ordenamento protetivo-trabalhista, que surgiu há décadas e em outro momento histórico, não respeite a tendência e o momento histórico contemporâneo. O neoliberalismo ora criticado e ora defendido deve servir como um instrumento útil para harmonizar as novas condições e tendências laborais, desde que não afete direitos trabalhistas indisponíveis, como o direito ao salário mínimo, 13º salário, férias, FGTS e o reconhecimento do vínculo empregatício. Deve haver a oportunidade e negociação-transação quanto às demais questões trabalhistas, como em casos de compensação, alteração e demais condições que são enfrentadas diante da execução do contrato de trabalho, sem que isso cause usurpação de direitos trabalhistas e nulidade da negociação-transação, sob pena de insegurança jurídica.

Generalizar a aplicação das leis trabalhistas é garantir sua abstração, sem que tenha efetividade em cada caso concreto, o que certamente causará inquestionável ofensa ao bem comum, seja pela crise do capital, seja por novas exigências, considerando o dinamismo nas relações de trabalho, sob o prisma tanto do empregado como do empregador.

É em razão desse cenário que surge a figura dos princípios, que, – ao contrário do que muitos pensam –, são garantidores de uma flexibilização segura, considerando-se que, apesar da autonomia individual-liberdade, os princípios permitem o afastamento da precarização laboral, como verdadeiros alicerces das mutações nas relações trabalhistas.

Veja-se:

- O princípio da primazia da realidade servirá como instrumento garantidor, para que a verdade seja relevante ante qualquer forma de dissimulação ou fraude.
- O princípio da irrenunciabilidade tem, como fundamento, o afastamento da renúncia de direitos trabalhistas sem a garantia de igualdade, mas permitirá a transação com livre manifestação do empregado.
- O princípio da proteção seria influenciador da aplicação da regra mais benéfica ao empregado, considerando a flexibilização e a oportunidade de condições de trabalho mais adequadas de acordo com a teoria do conglobamento.
- Da mesma forma, o princípio da continuidade tem, como essência, a manutenção nas relações de emprego.
- E, por fim, o metaprincípio da dignidade humana, que prevê que a utilização da energia humana tem que ser resguardada pelo respeito, fraternidade, solidariedade, alteridade, com o reconhecimento ético do outro como um ser, e não como um mero objeto, fonte inspiradora da aplicação dos demais princípios.

Evidencia-se a necessidade de atentar-se ao modelo jurídico-trabalhista construído na evolução histórica, que reconheceu, como hipossuficiente, a figura do empregado, como aquele sem condição de dispor de seus interesses de forma livre, justificando a intervenção legítima do Estado.

É preciso aperfeiçoar-se o Direito do Trabalho e reconhecer a existência de uma nova figura de empregado além da figura daquele hipossuficiente, com igualdade para negociar/transacionar supostos direitos trabalhistas, sem que haja a caracterização do malfadado retrocesso social, garantindo uma relação referenciada pela boa-fé que norteiam os contratos.

Outra questão a ser considerada é a dos encargos sociais²⁴. Os encargos trabalhistas, como salário, fundo de garantia por tempo de serviço, férias, 13º salário somados aos

encargos sociais, fazem com que o empregado custe bastante caro ao empregador. O que se pode concluir da análise dessa questão é que o empregador acaba dividindo o ônus social do trabalho, assumindo também o encargo social.

O que se pode depreender, ao se considerar essa questão, é que o alto custo social do empregado dificulta também a concorrência global e colide com os imperativos de ordem econômica. O Estado social²⁵ deve garantir o rol de direitos básicos e indisponíveis, com uma política ética ligada às questões sociais para resguardar garantias mínimas do ser humano. É plausível afirmar-se que não se pode transferir o aludido ônus somente ao empregador, onerando e tornando rígido o contrato de trabalho, com a missão de garantir a paz social e o bem comum, atividade primeira do Estado, tornando-se a aludida transferência ilegítima.

É salutar uma nova adequação ao contrato de trabalho em decorrência de uma nova figura de empregado, reconhecendo a negociação, desde que não haja prejuízo para um dos contratantes, com a premissa de boa-fé. É certo que houve evolução nas relações sociais de trabalho, considerando o momento em que o empregado não tinha condições de celebrar um contrato com manutenção de direitos recíprocos e, por isto, necessitava ser amparado pelo Estado, porque, afastadas eventual condição de negociação. O empregador era taxado como aquele que buscava, insanamente, o lucro obtido pela exploração demasiada do empregado, que tinha contra si, a luta pela sobrevivência. Houve mudanças!

A liberdade deve ser garantida ao empregado, quando possuir capacidade para dispor de condições laborais, com igualdade, considerando-se que há vários tipos de empresas e

²⁴ Alíquotas de encargos sociais incidentes sobre a folha de pagamentos média mensal das empresas Tipo de encargo Porcentagem sobre a folha média mensal	
INSS	20,0%
Seguro contra acidentes do trabalho (média)	2,0%
Salário-Educação	2,5%
Incra	0,2%
Sesi ou Sesc ou Sest	1,5%
Senai ou Senac ou Senat	1,0%
Sebrae	0,6%
Total	27,8%
Figura 2 – Tabela de encargos	
Fonte: http://www.dieese.org.br/notatecnica/notatec101Desoneracao.pdf . Acesso em 26 de Maio de 2012.	

²⁴ “[...] A tarefa medular do Estado social contemporâneo nos sistemas políticos instáveis não é unicamente fazer a constituição, mas cumpri-la, depois de reconhecer-lhe a legitimidade. Constituição carente de legitimidade é Constituição que colide com as exigências e os imperativos da ordem econômica, política e social, Constituição desatualizada com a sociedade, *ipso facto* Constituição sem “juridicidade”, Constituição do texto e não da realidade, da forma e não do direito [...]” (BONAVIDES, 2011, p. 186).

²⁵

trabalhadores com várias habilidades e condições distintas. Não se pode negar que há uma tendência de individualização laboral, seja ela por empresa, seja por função ou por setor, sob pena de se imputarem normas inadequadas e que não atentem contra a realidade de cada caso concreto, acabando por desproteger o próprio tutelado pela Justiça do Trabalho, que tanto tentou proteger.

É possível garantir-se liberdade de negociação em cada área específica, com novos contratos, novas formas de trabalho, com a permissão de negociar/transacionar, para quem tenha conquistado a liberdade essencial, dando suporte a uma qualidade laboral mais harmônica e com reflexos positivos no planejamento de vida do empregado e empregador.

O que se propõe é uma adequação ética e social nas relações de trabalho, fortalecida pelo diálogo entre empregados e empregadores, figurando, como objeto essencial a vigência do princípio da dignidade humana, representada pelo respeito mútuo.

É a premissa de integração harmoniosa do capital e do trabalho,²⁶ com a liberdade de dispor sobre questões laborais mais adequadas às partes envolvidas no contrato de trabalho, sem que se dê guarida à presunção de fraude trabalhista.

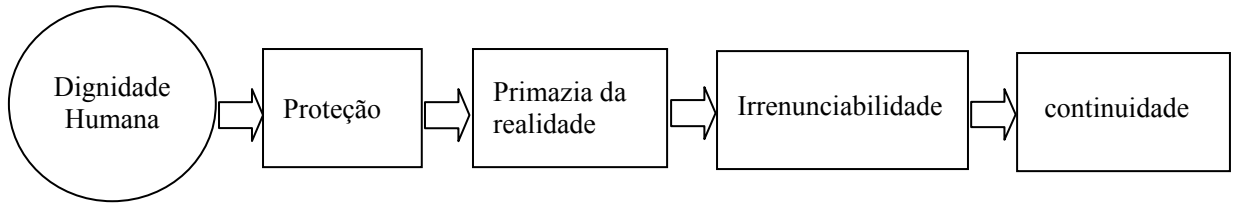
Deve ser creditada ao ser humano a presunção de boa fé em suas atitudes, compreendida no exercício de se pensar no outro, não como mero objeto de exploração para o desenvolvimento econômico, mas se reconhecer no outro, como essencial complemento para o processo de aprendizagem de si mesmo.

Não há pretensão de se buscar uma sociedade ideal considerando as imperfeições do ser humano.

O que se pretende é também transferir a responsabilidade ao ser humano, afastando-se da premissa de que só ao Estado é dado o poder de pacificar as relações humanas, a fim de que floresçam as suas próprias virtudes, tornando-se um agente social, não por imposição, mas por ideal, carregando, consigo, a certeza de que respeitar o outro é premissa básica para o bem comum, não havendo outra forma de agir, a não ser a ora sugerida, porque é o dever ser, como um imperativo universal a ser seguido, independente da obrigatoriedade ou não de uma lei. Os princípios conduzem a relações mais justas e dinâmicas.

²⁶ André Franco Montoro (apud LIMA FILHO; POZZOLI, 2005, p. 25): “[...] É a condenação dos programas econômicos, que só enxergam a eficiência e o lucro. Contra a afirmação de que “tudo è negociável” e de que o “lucro é o critério supremo da economia” levanta-se a voz da Assembléia Mundial para recolocar a pessoa humana como valor ético fundamental da economia e do desenvolvimento [...]”.

Figura 2 - Escala de princípios



Fonte: Autora

CAPÍTULO 2 - UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIOS

Os princípios são balizadores de uma decisão justa, considerando-se que, por meio da aplicação dos princípios, é que se tem o reconhecimento de valores e o alcance de um determinado fim proposto, isto é, o fundamento, para se encontrar a essência do direito, imbuída na busca de uma decisão justa.

Atribuir o simples significado do texto da lei seria afastar-se de concepções axiológicas, que foram de suma importância para a organização da sociedade e que não podem ser descartadas, por serem estruturas inafastáveis, e o não reconhecimento da importância de um princípio por um estudioso do direito seria o mesmo que abrir mão de todos os progressos sociais almejados por anos e conquistados por longas lutas.

Há muitos conflitos nas questões envolvendo princípios, mormente porque há controvérsia quanto a sua importância, aplicação, inafastabilidade e restrição. É certo que muitos autores não reconhecem a importância dos princípios, atribuindo-lhes caráter subsidiário e supletivo, e não como inspiradores e esteios para o alcance de uma decisão justa.

As críticas também se estendem, no sentido de que apoiar-se somente nos princípios, se estaria afastando o positivismo jurídico, que subsidia a segurança jurídica e tem o condão de limitar eventuais aberrações jurídicas.

É certo que, embora o país esteja em crescimento, há muito que se melhorar, considerando que muitas vezes se criam leis, sem que nelas se aglomere o seu verdadeiro sentido, seja por questões pessoais, econômicas ou políticas. Inaceitável que o cidadão, ao garantir o seu direito constitucional de acesso à justiça, seja barrado, muitas vezes, por uma norma fria e sem conteúdo, tenha seu direito tolhido e frustrado. Isto gera uma sensação de injustiça e aflora revolta, que certamente tem repercussão social negativa.

A função dos princípios é garantir, mesmo com a edição de novas leis, uma estabilidade no ordenamento jurídico, até porque não se houve clamor e repúdio a uma decisão justa, ainda que desfavorável. Todavia, quando há uma decisão injusta remediada por uma lei injusta, aí, sim, há revolta e a perda de esperança.

2.1 A Importância dos Princípios no Sistema Jurídico Trabalhista

O Direito do Trabalho surgiu, para amenizar a exploração nas relações de trabalho hierarquizadas, sendo que o modelo existente, na época, era o livre arbítrio nas negociações

entre empregador e empregado, sem qualquer intervenção estatal. As diretrizes da relação contratual cabiam tão-somente a quem detinha o poder e a quem necessitava de salário, para prover uma subsistência mínima.

O sistema de autonomia das partes não obteve êxito, considerando que se constatou a ausência de liberdade essencial das partes e do equilíbrio presente nas relações contratuais, resultando em jornadas iníquas e sem limitação legal, exploração do trabalho da criança, da mulher, baixos salários, sem qualquer respeito aos direitos social-trabalhistas.

Diante da ausência da liberdade essencial do empregado e do repúdio social, devido a situações precárias e sem respeito às condições mínimas de sobrevivência, o Estado passou a editar alguns limites nas relações de emprego, assegurando alguns direitos, como: 1-) salário mínimo (Estatuto Político 1934- artigo 121,b; 2-) reconhecimento do salário-família (Constituição 1967 – art. 165, I e II); 3-) isonomia salarial (Constituição 1934, art. 121,b; 4-) estipulação do adicional noturno (1937, art. 137, j); 5-) limitação da jornada legal diária de trabalho, não superior a oito horas diárias, especificando prorrogações e o respectivo intervalo entre jornadas (Constituições 1934 - art.121, 1937 - art.137, i, e 1946-art.157,v e 1967 – art.165, VI); 6-) descanso semanal remunerado aos domingos e feriados (Constituição de 1937, art.137, d); 7-) férias anuais remuneradas (constituições – 1934-art.121,b; 1937-art.137, e 1946-art.157, VII e 1967-art.165,VIII); 8-) melhores condições de higiene e segurança do trabalho (constituição 1946-art.154,VIII); 9-) trabalho da mulher e do menor (constituição de 1934, art.121,d e de 1937(art.137, k); licença gestante (1934,art.121,h); 10-) indenização pela despedida imotivada (1934,art.121,g) sucessão de empresas (1937, art.137, g); 11-) assistência médica e previdência social (1934, art.121) e h) Participação do funcionário nos lucros da empresa (1946, art.157, IV) .

2.1.1 Definição dos Princípios do Direito do Trabalho

Os princípios são os guardiões dos direitos supramencionados, sendo eles garantidores de condições mínimas de sobrevivência digna e representam a meta normativa e segura do conteúdo material positivado. Embora haja alteração, revogação de leis, os princípios garantem toda a essência do ordenamento jurídico-trabalhista, que veio, para afastar e amenizar ofensas a condições indignas de trabalho.

A intervenção estatal é necessária, mormente porque tem o contrato de trabalho condições especiais e requisitos próprios, o que o diferencia dos demais contratos, como a

presença da subordinação, compreendida na sujeição do empregado às ordens e regras impostas pelo empregador diante do seu poder de direção. A sujeição noticiada afasta a igualdade dos contratantes e retira o direito de liberdade do empregado, quando ele aceita condições desfavoráveis estabelecidas por conta de seu estado de necessidade (sobrevivência). A liberdade consiste em dar garantia ao exercício da legítima autonomia da vontade do homem.

Não há como se falar em liberdade, quando ela não existe essencialmente, como ensina Reale (1972, p. 569, grifos do autor):

O homem no estado da natureza já possui um direito que é anterior ao contrato, *o direito de liberdade*, condição para a feitura do pacto. O homem nasce livre, e é por ser livre que pode pactuar; de maneira que o contrato seria sempre condicionado pela liberdade e pela projeção dessa liberdade no mundo exterior.

Portanto, a intervenção estatal é fundamental, para garantir o direito de liberdade do empregado, que é anterior ao contrato. Não se cogita plausível o empregado renunciar a direitos ou submeter-se a situações iníquas, o que justifica a aplicação dos princípios trabalhistas, para afastar a conduta lesiva do empregador, garantindo a eficácia da lei.

Não é possível atribuir-se a legalidade a atos que afetam, diretamente, a dignidade do empregado, por total ausência de condições de consentimento válido, diante de sua situação de hipossuficiente.

Se dermos a um animal a consciência de si mesmo, ele se torna humano. Se dermos a um animal a liberdade, ele formará sociedades caracterizadas pela desigualdade. Se uma sociedade é perfeita, ela será caracterizada pela fraternidade, sendo os seus membros reconhecidos com igualdade e liberdade (LITHOLDO, 1981, p. 99).

Historicamente, restou comprovado que a liberdade de contratar, nas relações de emprego, deu margem a inúmeras injustiças, com a exploração do mais forte em desfavor ao mais fraco. Não há como se atribuir a liberdade, quando ela não é essencial devido a fatores externos diante da desigualdade econômica e, por isto, restando necessária uma tutela, para ser estabelecida a igualdade.

Registra-se que os princípios trabalhistas não são instrumentos caracterizadores de imparcialidade. O que se pretende é reconhecer a importância dos princípios trabalhistas, como o ponto mais forte, para coroar as conquistas sociais, a fim de afastar artifícios que podem macular direitos positivados.

São os princípios a razão de ser da justiça do trabalho, não por ser imparcial, mas por ser justa, e que garante, de forma sublime, a igualdade ficta entre empregador e empregado, apesar da disparidade econômica.

Portanto, são eles instrumentos hábeis, para se afastarem ideais políticos e que não possuem ética social. É a garantia de uma sociedade justa, independente da proclamação de suas leis mesmo injustas, pois um princípio é como se fosse uma farol, mesmo em momentos de recessão moral é ética, sendo a inspiração para que diante de uma lei injusta, torná-la justa.

O artigo 8.º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), em consonância com o disposto no artigo 4.º da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro (LINDB), determina que, em caso de omissão da lei e na falta de disposições legais e contratuais, as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho decidirão pela jurisprudência, por analogia, por equidade e por outros princípios e demais normas gerais. Diante disto, alguns doutrinadores atribuem caráter subsidiário aos princípios.

Atribuir caráter subsidiário aos princípios trabalhistas seria usurpar-se a correta aplicação e interpretação das regras jurídicas. São os princípios que norteiam e dão dinamismo à própria Justiça do Trabalho, garantindo-lhe um modelo ideal de justiça.

Miguel Reale (2003, p. 247) diz que a compreensão histórico-social da Justiça leva a identificá-la como o bem comum, asseverando que “O valor próprio do Direito é, pois, a justiça – não entendida como simples relação extrínseca ou formal, aritmética ou geométrica, dos atos humanos, mas sim como a unidade concreta destes [sic] atos, de modo a constituírem um bem intersubjetivo ou, melhor, o bem comum”.

Dworkin (2005, p. 36) conceitua princípio como “[...] Um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de Justiça ou equidade, ou alguma outra dimensão de moralidade”.

A Palavra princípio induz início, começo e suporte de algo. Princípio atesta de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade (DELGADO, 2005, p 184).

Na conceituação de princípios, há a definição apresentada por Celso Antonio Bandeira de Mello (2000, p. 903) caracterizando os princípios como:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito

e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica que lhe dá sentido harmônico. (MELLO, 2000, p. 903).

È certo que os princípios refletem os valores supremos de uma sociedade, possuindo ora precedência axiológica, ora caráter axiológico finalístico, dependendo de sua aplicação ao caso concreto, dentro de uma perspectiva subordinada a um ordenamento jurídico justo²⁷.

Os princípios albergam limitações e manutenção de direitos e garantias individuais com projeção e exaltação da dignidade da pessoa humana. No Direito Comparado, os princípios são encontrados em várias legislações, a saber:

- o artigo 16 do Código Civil de Portugal estabelece a aplicação dos princípios, quando há questão controvertida, e não resolvida pelo texto escrito;
- o artigo 332 da Constituição Austríaca, com a injunção das normas constitucionais não regulamentadas, em face dos princípios, e que suprem as lacunas das disposições vigentes;
- o artigo 16 do Código Civil Uruguaio, que prescreve a aplicação dos princípios, quando se tem um negócio jurídico que não se possa resolver pelas palavras, pelo espírito da lei, nem por leis análogas;
- a alínea 2ª do artigo 12 das Disposições Preliminares do Código Civil Italiano estabelece que, em caso de dúvida, é decidido de acordo com o princípio geral do ordenamento jurídico.

A aplicação e o reconhecimento da importância dos princípios têm caráter universal. Quando a regra não alcançar os princípios basilares e norteadores do Direito – e da Justiça- do Trabalho, dando-lhe dinamismo próprio, deverá ser afastada. Salienta-se que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º e incisos, informa, no elenco de direitos sociais, a vigência implícita dos princípios trabalhistas, *in casu*, princípio da proteção, princípio da irrenunciabilidade, princípio da continuidade, princípio da primazia da realidade, princípio da razoabilidade e princípio da boa-fé nos contratos, garantindo-lhes força constitucional e roupagem de cláusula pétrea.

²⁷ A respeito da importância dos princípios, fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de normas das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma constituição (BONAVIDES, 2006, p. 294).

O ideal de Justiça Trabalhista não pode ser atingido sem a incidência dos princípios, pois neles estão previstas garantias e institutos que compensam uma eventual desigualdade social e econômica entre os sujeitos (empregado e empregador).

Dessume-se que criar regra jurídica ou aplicá-la, sem observância e incidência dos princípios trabalhistas, poderá caracterizar ofensa constitucional e a aplicação do artigo 9º da CLT,²⁸ mormente por ser questão tendente a vilipendiar direitos laborais, como desvirtuar (dar-lhe efeitos que não são os desejados pela intenção legal), impedir (obstar, negar) ou fraudar (aplica-se a lei aparentemente, não seu espírito) (CARRION, 2008, p. 71).

São os princípios os garantidores da aplicação de um direito justo e atual, posto que, diante da dinâmica trabalhista, embora haja inovação das normas, não se perde a essência do direito laboral em razão da sua principiologia.

A reflexão a respeito dos princípios é de importância inquestionável, mormente porque servem de eixos que se coadunam com as práticas morais contemporâneas. Os princípios são substanciais para a construção de um sistema justo e cristalino, dando solidez a toda sistemática trabalhista, apesar do dinamismo que norteia as relações de emprego, como nos casos de acordos coletivos ou convenções coletivas, onde se criam alguns direitos e se suprimem outros.

Tucci (1986, p. 5) ensina que, de acordo com a doutrina Aristotélica dos princípios, são eles a raiz do fundamento, síntese do ser, a origem temporal ou seu começo. Tucci (1986, p. 5) ainda fortalece a importância do vocábulo, aplicando-o

[...] (1) ao ponto de partida no movimento de uma coisa; (2) ao melhor ponto de partida; (3) ao elemento primeiro e imanente da geração; (4) à causa primitiva e não imanente da geração, do ponto de partida natural no movimento ou da mudança; (5) ao ser cuja vontade deliberada move o que move e faz mudar o que muda; (6) ao ponto de partida no conhecimento de uma coisa, às premissas.

Os princípios constituem o respaldo para o ordenamento jurídico, devendo, portanto, servir de fonte inspiradora. É por meio deles que se têm fundamentos e argumentos que sustentam valores sociais e morais garantidores da equalização dos indivíduos dentro da sociedade capitalista. São eles juízos de afirmação, podendo ser evidentes ou convencionais.

²⁸ Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação (CLT, 2011, p. 70).

Todavia sempre são considerados pontos de partida, para que seja construído o sistema das relações laborais mais livres.

A Justiça do trabalho equilibra a tentativa insana de exploração do homem pelo homem, o que a torna de essencial importância para o equilíbrio das relações sociais como garantia do bem comum. Dentro de aludida perspectiva, busca-se demonstrar o papel fundamental dos princípios que certamente sustentam decisões que se relacionam com direitos e deveres de empregados e empregadores.

Os princípios do Direito do Trabalho são específicos para as regras que abordam a figura jurídica da relação de emprego nos termos do artigo 3º da CLT. Pode-se afirmar que se trata de uma relação diferenciada das demais relações jurídicas ou comerciais, por estar ela revestida de requisitos que, por sua própria natureza, dão poder a uma das partes que, como regra, já possui superioridade econômica. Portanto, os princípios regulam e dão equilíbrio à relação de emprego, garantindo igualdade ficta às partes.

É, pois, com os princípios que se solidifica o ordenamento jurídico. Eles servem de inspiração e atuam em consonância com todo o sistema trabalhista, garantindo unicidade ao Direito. Segundo Carnelutti (1936 apud RODRIGUEZ, 1997, p. 20), "Os princípios gerais do direito não são algo que exista fora, senão do próprio direito escrito, já que derivam das normas estabelecidas. Encontram-se dentro do direito escrito como o álcool no vinho: são o espírito ou a essência da lei".

Não há que se negar que os princípios têm alcance geral, embora presente o dinamismo das relações de emprego e da celeridade de que se reveste o Direito do Trabalho. Somando-se a isto a eficácia das Convenções Coletivas, eles garantem a essência de toda a sistemática trabalhista.

Têm os princípios uma tríplice missão: "informadora", inspirando o legislador e servindo de base para o ordenamento jurídico; "normativa", atuando como fonte supletiva²⁹; no caso de ausência da lei, e são meios de integração de direito; e "interpretadora", que orienta o Juiz ou intérprete da Lei (RODRIGUEZ, 1997, p. 18).

É de se ressaltar que algumas leis são criadas, com o intuito de atingir a justiça social, como medida e suporte, para amparar e suprir alguns anseios do indivíduo com dificuldades relacionadas às questões econômicas, sociais e culturais, inspiradas pelos princípios. Vê-se, assim, que o princípio do não retrocesso social tem como objetivo dar

²⁹ Não se comunga com essa assertiva no presente trabalho, sob o fundamento de que os princípios não têm mera expectativa de fonte supletiva (com aplicação em casos de lacuna, obscuridade ou omissão).

garantia às conquistas laborais e afastar a supressão de direitos indisponíveis já conquistados, com vestes de uma justiça social.

O princípio da democracia económica e social aponta para a proibição de **retrocesso social**.

A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contra-evolução” ou da “evolução reaccionária”. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjectivo*. A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos *direitos adquiridos* (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestação de saúde), em clara violação do *princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural*, e do *núcleo essencial* da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana (CANOTILHO, 1997, p. 332, grifos do autor).

A garantia da Justiça social, que tem, como escopo, a correção das desigualdades e das injustiças sociais, tem previsão constitucional nos artigos 7º e 193 da CF/88. Com efeito, surgem leis que são úteis e afastam determinadas desigualdades sociais, garantindo efetividade e integração social, o que, por si só, garante a justiça social.³⁰

A Justiça do Trabalho carrega, consigo, a responsabilidade implícita de garantir a justiça social. Não se pode, nesse contexto, deixar de lado os princípios. São eles que caracterizam um ordenamento justo, harmónico e independente, garantindo e sopesando questões que envolvem ser humano, trabalho e capital.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas ao específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada. (MELLO, 2003, p. 818).

O não atendimento às disposições de um princípio caracteriza o descumprimento de todo o sistema. Violar um princípio é negar a garantia de um ordenamento justo. São os princípios sempre atuais, porque se enquadram em várias situações, de forma indefinida, sem

³⁰ Mãe social - Lei 7.644, de 18.12.87; Lei 7.998- de 11/1/90; Lei 8.352, de 28/12/91; Lei 7.894, de 24/04/89; Lei 8.213/91; Lei 7999/99; Lei 10.421/02; Lei n. 9.092/95; Lei 8,36/90; Lei 11.779/08.

qualquer hierarquia. Não há que se considerar que a adoção de um princípio afasta a importância do outro. Até porque, em situação diversa, certamente será adotado outro princípio, de melhor adequação ao caso concreto.

Ruprecht (1995, p. 6-7) revela a importância dos princípios e do seu alcance normativo no direito do trabalho, afirmando que seu estudo é de singular importância, sob o enfoque das características do direito do trabalho, por ser um direito de formação, com mudanças e variações, reconhecendo os princípios como imprescindíveis, para caracterizar e delimitar o direito do trabalho para que não perca sua estrutura conceitual, pelas suas diretrizes e orientação das normas.

Sendo assim, os princípios dão suporte, roupagem e essência ao universo trabalhista, o que, por si só, denota a importância e a necessidade de aprofundamento a respeito do tema em epígrafe. Ainda assim, importante considerar-se que os princípios são instrumentos necessários, a fim de que seja conquistada a justiça social, que tem como condão garantir a dignidade e afastar a pobreza do homem, que é a maior forma de violência.

Os princípios não são invocados somente em defesa do empregado, pois tem ele adequação a inúmeras situações, com o intento de prevalecer a verdade, seja a favor do empregado, seja a favor do empregador; a irrenunciabilidade de direitos indisponíveis diante da ausência da liberdade essencial; garantir a aplicação, entre duas regras compatíveis, a mais favorável ao empregado; dar continuidade nas relações de emprego diante de situações que extravasam o poder diretivo do empregador.

O critério adotado de hierarquia das leis no Direito do Trabalho é diferente do Direito Comum, não é inspirado na pirâmide de Kelsen ou pirâmide invertida. Isso ocorre, porque aquele se propõe a reconhecer um direito em que a intervenção estatal foi necessária, mormente em razão das lutas a favor de quem não tinha condição de se defender, isto é, dos empregados, da exploração do homem pelo homem, que era tratado como um objeto e sem preservação de dignidade mínima, com iniquidades voltadas principalmente às crianças, idosos e à mulher.

Diante desse contexto e do resultado das relações sociais privadas, frustradas e evitadas de exploração desmedida, é que foi construído o Direito do Trabalho, como clamor pela libertação e reconhecimento de garantias ao trabalhador.

É neste sentido a lição de Canotilho (1997, p. 245), ao dispor que

O direito que informa a juridicidade estatal aponta para a idéia de justiça. O que é que faz a diferença entre um estado de direito e um estado de direito justo? A resposta depende da esfera de justiça que se pretenda reconhecer.

Estado de Justiça é aquele em que se observam e protegem os direitos (*rights*) incluindo os direitos das minorias (Dworkin). Estado de Justiça é também aquele em que há equidade (*fairness*) na distribuição de direitos e deveres fundamentais e na determinação da divisão de benefícios da cooperação da sociedade (Rawls). Em que existe igualdade de distribuição de bens e igualdade de oportunidades (Marx). Embora a idéia de justiça compreenda diversas esferas, nela está sempre presente (embora com ela não se identifique) uma idéia de igualdade: "direito a ser considerado como um igual" (Rawls), "direito a ser titular de igual respeito e consideração" (Dworkin), "direito a iguais atribuições na comunicação política" (Ackerman, Habermas), "direito a ser tratado igualmente pela lei e pelos órgãos aplicadores da lei". A justiça fará, assim, parte da própria idéia de direito (Radbruch) e esta concretizar-se-á através de princípios jurídicos materiais como os princípios da proibição do excesso, da protecção da confiança, da indenização de danos, da igualdade, do respeito da dignidade da pessoa humana. (CANOTILHO, 1997, p. 245).

Foi com este espírito de protecção, igualdade e dignidade que surgiu o ordenamento trabalhista, sendo que sua essência não está numa regra específica e determinante do que é ou o que não deveria ser, mas tem, como objeto, todas as conquistas trabalhistas ao longo da história da humanidade, figurando uma justiça social, com o dever moral de garantir a essência do princípio da dignidade humana.

Não há como afastar-se da importância do direito, para dar garantia a uma coexistência pacífica em sociedade, mas o que se pretende é dar-lhe a roupagem de um sistema blindado por valores humanos e éticos, que traduzem uma protecção inata e inviolável à pessoa, com o reconhecimento de um fim em si mesmo. Por isto, os princípios são instrumentos *prima facie*, para que se restaure o valor do ser humano, afastado de si pela ausência de respeito ao seu próximo, ou seja, na própria raça humana.

2.2 Critérios de Diferenciação de Princípios e Regras

O artigo 4º da LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, diz respeito ao processo hermenêutico de integração em casos de lacunas na lei. Deu carácter secundário aos princípios, sob o argumento de que, somente em casos de obscuridade, omissões ou lacunas na lei e para que não seja negado o direito como conjectura da prestação jurisdicional, haveria o recurso aos Princípios. As lacunas da lei acarretam várias discussões, tendo em vista que até para os positivistas, mesmo que de forma tímida, se estaria reconhecendo a aplicação dos princípios gerais do direito nas aludidas situações, com a

unicidade do sistema jurídico e que tem, como consequência lógica, a normatividade dos princípios (HABERMAS, 1997, p. 259).

Streck (1999)³¹ apresenta, de forma sistemática, o debate acerca das lacunas axiológicas do direito, informando, inicialmente, que Kelsen, de forma taxativa, classifica as lacunas do direito e a omissão do legislador como sendo ficções, considerando que o socorro aos princípios se dá não diante da ausência de uma disposição aplicada ao caso, mas porque a decisão, logicamente possível, aparece, para o órgão aplicador, como inoportuna ou injusta, justificando a inclinação para o caso não previsto, a fim de que caso fosse, por certo o direito vigente seria diferente, e não o ora positivado.

Neste seguimento, Streck finaliza, observando a premissa de que a prestação jurisdicional não pode ser negada. Quer dizer que o ordenamento é dinamicamente completável por meio de uma autoreferência ao próprio sistema jurídico. E conclui que não existem lacunas técnicas, sendo todas as lacunas axiológicas, evidenciando a unicidade do sistema jurídico e que remete à consequência lógica da normatização dos princípios.

Pode-se afirmar que não há como se negar o reconhecimento normativo principiológico pelo próprio direito positivo, sustentada, até mesmo, pelos defensores do direito posto, e, por isto a sua dimensão não puramente axiológica, mas a sua efetividade como norma jurídica predisposta a dar unicidade no ordenamento jurídico, com sua aplicação e vigência direta, como verdadeiros expoentes da Justiça. É certo que não se pode afastar a aplicação da regra, que carrega, consigo, inquestionável importância dentro do ordenamento jurídico, com peso diverso dos princípios, figurando como duas espécies de normas jurídicas.

Ávila (2010, p. 39) informa que a doutrina indica quatro critérios de diferenciação entre regras e princípios, quais sejam

- a) Critério de caráter hipotético-condicional, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência em que predetermina a decisão, enquanto os princípios apenas indiquem o fundamento a ser utilizado pelo aplicador, a fim de futuramente encontrar a regra para o caso concreto;
- b) Critério de modo final de aplicação, as regras são aplicadas de modo absoluto, compreendidas no tudo ou nada e os princípios de modo gradual mais ou menos;

³¹ “[...] Pode-se afirmar que uma lei considerada como justa pelo intérprete ou aplicador aparece sempre como um texto normativo claro. Por outro lado, um dispositivo de uma lei, entendido como injusto, aparece sempre aos olhos do intérprete ou do aplicador como obscuro e, às vezes, a questão é enquadrada como um caso de ausência legislativa, enfim, uma lacuna [...]” (STRECK, 1999, p. 83).

- c) Critério do relacionamento normativo, tem, como fundamento, a ideia de antinomia com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, enquanto os princípios são passíveis de ser sopesados diante da ponderação atribuída, numa dimensão de peso, a cada um deles;
- d) critério de fundamento axiológico – considera os princípios como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada, ao contrário da regra.

Ávila (2011, p. 66) aponta críticas pontuais nos critérios supramencionados. Quanto ao **critério de caráter hipotético-condicional**, informa ser ele inconsistente tanto no plano preliminar quanto no plano conclusivo, tendo em vista que aquele se torna inadequado, porque qualquer dispositivo, ainda que não formulado hipoteticamente, pode ser reformulado e possuir uma hipótese e consequência. No plano conclusivo, também inadequado em razão de que, frente às circunstâncias do caso concreto, o aplicador deve especificar todos os aspectos necessários a aplicação de determinada norma, com elementos para formação de uma premissa maior, uma premissa menor e uma consequência. Diante das circunstâncias do caso concreto, qualquer norma termina por assumir uma formulação hipotética e, conseqüentemente, toda norma será uma regra.

Da mesma forma, o autor (2011, p. 67) demonstra a inconsistência do **critério do modo de aplicação**, ao considerar que aludido critério de distinção visa a facilitar a aplicação das normas por meio da antecipação de qualidades normativas e da descarga argumentativa. Somente teria cabimento nos casos em que houvesse permissão para que o aplicador já pudesse antecipar o modo de aplicação da norma pela análise de sua estrutura hipotética, o que afastaria as circunstâncias do caso concreto. Comprovando o círculo vicioso do presente critério, mormente porque se pretenderia demonstrar, antecipadamente, aquilo que só finalmente pode ser demonstrado.

O **critério do conflito normativo** também é inconclusivo, tanto no plano preliminar quanto no plano conclusivo, pois, segundo Humberto Ávila (2011, 67), naquele é correto afirmar-se que duas regras, enquanto normas com estrutura hipotética, quando entram em conflito, exigem a declaração da invalidade de uma das regras, enquanto os princípios são passíveis de ponderação. Neste sentido, é considerado importante, mas critica a questão de que os princípios só entram em conflito no plano concreto e as regras no plano abstrato. Dispõe que também há conflito abstrato entre princípios, embora parcial, mediante os quais, podem ser selecionadas hipóteses de conflito. Da mesma forma, as regras que só se mostram conflitantes no plano concreto.

Ávila (2011, p.67) conclui que o **critério do fundamento axiológico**, embora seja importante no plano preliminar e conclusivo, é inadequado, considerando que atribui o valor primordial à norma, e não às razões utilizadas pelo aplicador.

Finalmente, o autor remete a uma nova proposta de dissociação entre princípios e regras, sob o fundamento de que os princípios remetem o intérprete a valores e a diferentes modos de promover resultados. Pois, de um lado, se podem exaltar os princípios, de modo a exaltar os valores por eles protegidos, sem que se examine quais são os comportamentos indispensáveis à realização desses valores, privilegiando a proclamação dos princípios, qualificando-os como alicerces ou pilares do ordenamento jurídico.

Nesse mesmo contexto, de outra forma, podem-se investigar os princípios, de maneira a privilegiar o exame de sua estrutura, especialmente para nela encontrar um procedimento racional de fundamentação, permitindo especificar as condutas necessárias justificadas para a realização dos valores por eles prestigiados. A questão apontada é no sentido de se priorizarem os princípios e o uso racional dos seus valores. Atenta Ávila (2011, p. 65), quanto à dissociação abstrata da diferenciação entre regras e princípios, dispondo que

[...] Uma análise mais atenta das referidas distinções entre princípios e regras demonstra que os critérios utilizados pela doutrina muitas vezes manipulam, para a interpretação abstrata das normas, elementos que só podem ser avaliados no plano concreto de aplicação das normas. Ao fazê-lo, elege critérios abstratos de distinção que, no entanto, podem não ser e com frequência não o são – confirmados na aplicação concreta. Com isso, a classificação, em vez de auxiliar na aplicação do Direito, termina por obstruí-la. Em vez de aliviar o ônus de argumentação do aplicador do Direito, elimina-o [...].

Para tanto, propõe uma classificação de diferenciação entre regras e princípios com alternativas inclusivas, a fim de afastar os critérios de exclusão e evidenciar uma distinção baseada no caráter pluridimensional dos enunciados normativos. Sustenta que um ou mais dispositivos, ou sua implicação lógica podem experimentar uma dimensão comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado).

Nesta linha de raciocínio, o autor apresenta um exemplo em que o dispositivo constitucional de exigência de lei formal, para a instituição ou aumento de tributos, poderá ser analisado sob as citadas dimensões. Quando há observância de um procedimento determinado para a espécie normativa, trata-se da lei. Quando estabelece a devida realização dos valores de liberdade e de segurança jurídica, são os princípios. E, finalmente, o postulado, porque vincula a interpretação e a aplicação da lei, ao Direito, pré-excluindo a utilização de parâmetros alheios ao ordenamento jurídico.

Segue, na tabela abaixo, a proposta de Àvila (2011, p. 83-84) de diferenciação entre princípios e regras, sugerindo que os princípios considerados como norma finalística exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários.

Quadro 1 - Teoria dos Princípios: diferenciação de princípios e regras

CRITÉRIOS	PRINCÍPIOS	REGRAS
Natureza da descrição normativa	Descrevem o estado ideal de coisas a ser promovido.	Objetos determináveis: Descrevem sujeitos, condutas, fontes, efeitos jurídicos, conteúdos etc.
Natureza da justificação	Exigem uma avaliação da correlação positiva entre os efeitos da conduta adotada e o estado das coisas que deve ser promovido.	Exigem um exame de correspondência entre a descrição normativa e os atos praticados ou fatos ocorridos.
Natureza da contribuição	Pretensão de complementariedade, servindo de razões a serem conjugadas com outras para a solução de um problema.	Pretensão de decidibilidade, visando a proporcionar uma solução provisória em confronto com um problema conhecido ou antecipável.

Fonte: Àvila (2011, p. 83-84)

São de importância inquestionável os critérios de diferenciação apresentados na tabela supradisposta, sendo que há multiplicidade de conceitos que apontam a diferenciação entre regras e princípios. É certo que, de uma forma ou de outra, há contribuição inquestionável, para que seja atingida a importância e o caráter normativo dos princípios. Com relação à estrutura, conteúdo, validade, ponderação e demais particularidades, passa-se a examinar outros questionamentos.

Atienza (2003, p. 181) ressalta a distinção entre princípios e regras e cita Alexy e Dworkin, sob o fundamento de que a teoria da diferenciação de princípios e regras deles é semelhante, informando que, tanto para Alexy quanto para Dworkin, a diferença entre regras e princípios não é simplesmente uma diferença de grau, e, sim, de tipo qualitativo ou conceitual. As regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem apenas ser cumpridas ou descumpridas. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer-se, precisamente, o que ela ordena, nem mais, nem menos. Para os princípios, não se trata de subsunção, sendo eles normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. E, por isto, figuram como mandados de otimização que se caracterizam pelo seu cumprimento em diversos graus de ponderação.

Nesta seara, Atienza (2003, p. 182-183) traz, em suas considerações, o questionamento da pretensão à correção. Para tanto, cita Alexy (2011, p. 85) no sentido de informar que o Direito, fundamentalmente o Direito moderno, contém uma dimensão ideal com ligação conceitual a uma moralidade de procedimento e universalista. Deduz que a aludida dimensão não é outra senão a pretensão de correção, que tanto as normas e as decisões jurídicas, consideradas isoladamente, quanto o sistema jurídico, considerado em seu conjunto, devem prometer a si mesmos. O que conduz a não abandonar a única resposta correta, devendo pressupô-la como ideia reguladora, não reconhecendo, que exista, para cada caso, uma única resposta correta. Pressupõe que, em alguns casos, pode dar-se uma única resposta correta e que não se sabe em quais casos isso ocorre, justificando, finalmente, que vale a pena procurar encontrar, em cada caso, a única resposta correta.

Revela-se inquestionável a importância da diferenciação entre princípios e regras, por consagrar questionamentos que envolvem várias dimensões. Nestas trata do problema axiológico da hermenêutica do Direito, em que se reconhecem dimensões que ora analisa conceitos elementares do sistema jurídico, ora trata da compreensão das premissas relacionadas à lei e à jurisprudência e ora constata brechas que necessitam de premissas de carga valorativa, deixadas pelo direito positivo já determinado.

Alexy (2011, p. 86) traduz a importância da força normativa dos princípios, assertando que tanto regra quanto princípios referem-se a normas, porque ambos dizem o que deve ser, podem, também, ser formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, compreendidas na permissão e proibição. Fundamenta que princípios e regras, embora de espécies diferentes, se referem a uma mesma espécie de norma, coincidindo com os juízos concretos do dever-ser, apresentando o conceito diferenciador e suas vertentes nos moldes abaixo:

Quadro 2 - Critérios de diferenciação entre regras e princípios

PRINCÍPIOS	CRITÉRIOS	CRITÉRIOS	REGRAS
Normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível	Distinção qualitativa	Validade ou não	A validade da norma impõe que se deve fazer o que a regra exige (nem mais, nem menos)
Podem ser satisfeitos em graus variados, considerando que a medida e a satisfação, dependerá das possibilidades fáticas e jurídicas.	Mandamentos de otimização ³²	Determinações	A validade da norma depende do tudo ou nada, por meio do reconhecimento do que é fático e juridicamente possível
São considerados razões prima facie, não contendo um mandamento definitivo, indicando uma direção, mas não adota, como consequência necessária, uma determinada decisão	Razões: prima facie	Razões: caráter definitivo	Exigem que seja feito exatamente aquilo que a regra ordena, quando não houver estabelecida exceção, serão consideradas razões definitivas
Contêm razões que indicam uma direção, mas não têm, como consequência, uma determinada decisão	Decisão sobre direito	Decisão sobre direito	Pressupõe a identificação de direitos definitivos. Vale o que a regra prescreve
Solução indicada: Um princípio cede ao outro por ter precedência, sob determinadas condições, sendo que, em outra condição, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária	Comportamento: colisão entre princípios	Comportamento: Conflito entre regras	Solução indicada: Introdução a uma das regras, à cláusula de exceção, que elimine o conflito, não sendo possível que dois juízos concretos de Dever-ser e contraditórios entre si sejam válidos, sob pena de ser, ao mesmo tempo, permitida e proibida
Somente os princípios válidos podem colidir, havendo o sopesamento dos princípios conflitantes	Dimensão: peso	Dimensão: validade	A regra pode ser inválida, e não aproveitada para o ordenamento jurídico

Fonte: adaptação da autora

As teorias acerca da diferenciação entre regras e princípios oferecem grandes questionamentos quanto ao sopesamento, finalidade, abstratividade e validade, sendo que todas elas possuem um vértice em comum, compreendido na capacidade normativo

³² Alexy (2011, p. 86) justifica a expressão nominada de otimização e a questão da ponderação dos princípios, afirmando que: “[...] Se se deixa de lado um dos princípios colidentes, a referência às possibilidades jurídicas perde seu significado. De mandamento de otimização, o princípio seria transformado em mandamento de maximização relativo apenas às possibilidades fáticas. Isso conduz à idéia geral segundo a qual os princípios, se isoladamente considerados – isto é, independentemente de sua relação com outros princípios-, têm natureza de mandamento de maximização, em virtude disso, alguém poderia pensar em definir os princípios como mandamentos de maximização, ao invés de mandamentos de otimização. Mas essa definição não contemplaria a relação constitutiva que os princípios têm com outros princípios. Seria, então, necessário ou expandi-la, por meio da adição de uma regra de otimização ao mandamento de maximização, ou suplementá-la, por meio de uma definição como mandamentos de otimização que abarcasse a conexão entre os princípios. Diante disso, a definição geral aqui escolhida – princípios como mandamentos de otimização – tem a vantagem da simplicidade [...]”.

principiológica de conduzir a ponderação de um a outro princípio ao caso concreto. O que, por si só, tem o condão de garantir uma acomodação de um princípio específico ao caso concreto, em consonância com todo o ordenamento jurídico, repudiando a premissa generalizada do tudo ou nada.

Com isto, afasta-se a característica abstrata e geral da regra, tendo esta melhores subsídios, para atingir sua finalidade, agora menos abstrata e geral, pois se tornou suscetível de se adaptar, essencialmente, ao caso exclusivo e especial, figurando como pressuposto para o reconhecimento de uma decisão focada no direito e na justiça.

A respeito, ainda, da distinção de regras e princípios, bem como diante da importância ao ordenamento jurídico da discussão em testilha, outros autores também despenderam algumas contribuições. Eros Roberto Grau (1998, p. 89-90) no livro *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, informa que

As regras jurídicas são aplicadas por completo ou não são, de modo absoluto aplicáveis. Trata-se de um tudo ou nada. Desde que os pressupostos aos quais a regra se refira – o suporte fático hipotético, o Tatbestand – se verifiquem, em uma situação concreta, e sendo ela válida, em qualquer caso ela há de ser aplicada.

Eros Grau (1998, p.90) traz importantes, considerações, ao advertir a respeito dos princípios e sua atuação, dispondo que atuam de modo diverso: mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não se aplicam automática e necessariamente, quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam. Ensina, ainda, que a distinção entre princípios e regras jurídicas reside na dimensão de peso ou importância. Quando há oposição ou contradição entre vários princípios e que tal solução que melhor se afigura é levar em conta o peso relativo a cada um deles. O bem tutelado, ora se aplica a um princípio em detrimento do outro e ora aludido princípio se restabelece devido ao bem tutelado ao caso concreto. Finaliza que, quando se entrecruzam vários princípios, deverá ser considerado o peso de cada um.

Não há hierarquia ou denotação de que seja um princípio mais importante que o outro. Ocorre que, em determinada circunstância, há superioridade e prevalência de um princípio mais adequado ao caso concreto em detrimento de outro, de não menor importância, mas tão-somente de pouca aplicação àquele caso.

Pinho (1999, p. 14) faz uma diferenciação interessante, ao esclarecer que a adoção de determinado princípio, em detrimento do outro, não terá importância, mormente porque,

noutro caso, será apreciado o princípio ora eliminado. Informa que as regras não possuem tal dimensão. Não se pode afirmar que uma é mais importante que a outra, sendo que, no conflito, deverá prevalecer a que tem peso maior e que o aludido peso será regulado pelo ordenamento jurídico por meio de normas que tenham, pela autoridade competente, maior nível hierárquico, ou a regra promulgada em data mais recente, ou a mais específica.

Finalmente, Pinho (1999, p. 14), assera que regra jurídica e princípio jurídico tenham, em comum, o caráter de generalidade, não entre ambos, apenas uma desigualdade de importância, posto que a generalidade da regra é diferente do princípio jurídico, e cita Eros Grau, que conclui, em sua obra que

Observando que a regra é geral porque estabelecida para um numero indeterminado de atos ou fatos. É editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada. Já o princípio, ao contrário é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações.

Portanto, os princípios dão suporte ao ordenamento, sendo eles pressupostos para que uma determinada regra seja recepcionada e que tenha condições de vigência para todo o sistema jurídico.

Os princípios exercem função de suma importância, porque são eles que dão interpretação à norma jurídica, exercendo fator aglutinante, ao dar consonância e efetividade à aplicação das normas dentro de um sistema. Os princípios possuem função axiológica embora, desse modo as normas tenham aplicação de caráter específico, os princípios se impõem a todas as normas em caráter geral e absoluto.

Poder-se-ia concluir que os princípios ascendem a uma posição hierarquicamente superior às regras, uma vez que se estendem a todas, guardando, consigo, e transmitindo a elas, a essência do verdadeiro valor jurídico da norma. Portanto, afirmar que princípios são exceções aplicativas em casos de omissão ou lacuna no sistema jurídico, estar-se-ia negando a origem de todo o sistema. As regras estão atreladas aos princípios que clareiam um sistema de normas, afastando o caráter meramente supletivo em caso de omissão ou lacuna.

Quanto à valoração dos princípios, há entendimento de que, embora um princípio tenha maior valoração em detrimento de outro, não significa que será nulo ou que tenha menos importância. Já as normas podem ser substituídas por outras, ou por serem as posteriores mais específicas, ou quando as existentes possuam vícios ou máculas e apresentem hierarquias. Assim, não se cogita nulidade de um princípio, ele é absoluto, enquanto as normas legais não o são.

Os princípios regulados por normas infraconstitucionais passaram a ter importância e foram enquadrados na pirâmide constitucional, respectivamente, com ascendência de importância por três fases distintas, quais sejam: jusnaturalista, que tem dimensão ético-valorativa de ideia que inspira o postulado de justiça, positivista fase em que os princípios passam a fontes subsidiárias. Finalmente, a pós-positivista corresponde aos grandes momentos do século XX, com promulgação das Constituições que acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, como pedestal normativo que assenta todo o edifício jurídico de novos sistemas constitucionais. Nesse sentido, as precisas lições de Paulo Bonavides (2006, p. 259-260).

Nesta esteira, a respeito da normatividade dos princípios, Bonavides (2006, p. 286) esclarece:

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes supremas no Constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais.

A normatividade dos princípios e sua qualidade limitadora, condicionadora e axiológica, o que embora seja abstrato, por atingir um número indefinido de regras, é concreta, ao dar o espírito a cada norma de forma específica.

Em suma, os princípios do direito do trabalho são diretrizes de todo o sistema trabalhista, dando autonomia e garantia de sua unicidade, para conhecer o aludido ordenamento (leis, normas regulamentadoras, etc), torna-se mister *prima facie* reconhecer os princípios, para, então, entender-se todo o espírito inspirador da Justiça do Trabalho.

2.3 Aptidão dos Princípios no Direito do Trabalho

Os princípios do Direito do Trabalho são desdobramentos do princípio consagrado, constitucionalmente, da Dignidade Humana, sendo este a base de todo o sistema normativo trabalhista. Para dar um real valor a um princípio Constitucional, informou Bonavides (2006, p. 294), como expressão máxima de todo desdobramento doutrinário, sendo o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios. É um valor positivado, pois com os princípios, não se cogita vício de arbitrariedade.

São os princípios que traduzem os altos valores da sociedade. Quando se socorre de um princípio não se está desmerecendo o comando legal, mas, sim, a busca da solução, conforme os valores daquela sociedade. A lei não pode fugir dos valores. Quando ela entra em confronto com um determinado princípio é porque está fora dos parâmetros éticos da sociedade, sem atender aos fins sociais propostos.

O princípio da irrenunciabilidade, que veda a renúncia de direitos trabalhistas; o princípio da primazia da realidade, que prevê que os fatos/realidade do contrato se sobrepõem aos documentos; o princípio da continuidade, que tem, como fundamento, a permanência do empregado; e finalmente, o princípio da proteção, desmembrado em três outros princípios, quais sejam: *in dubio pro operário*, da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador; e o da aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador, que traz, à tona, igualdade, devido à existência da desigualdade entre as partes. O legislador pode compensar a desigualdade com uma proteção jurídica favorável ao trabalhador, que limite o direito do mais forte³³.

³³ O direito do mais forte é bem delimitado por Jean-Jaques Rousseau: O mais forte nunca é suficientemente forte para ser sempre o senhor, se não transformar sua força em direito, a obediência em dever. Daí o direito do mais forte, direito tomado ironicamente na aparência, e realmente estabelecido em princípio. Obteremos, porventura, uma explicação dessa palavra? A força é uma potência física, não vejo qual moralidade poderá resultar de seus efeitos. Ceder à força é um ato de necessidade, não de vontade, é no máximo um ato de prudência. Em que sentido poderá ser um dever?

CAPÍTULO 3 – OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

3.1 O Princípio da Proteção

É o princípio que tem como premissa essencial seja alcançada a igualdade entre empregador e empregado, mormente em razão da supremacia econômica e do poder de gerir o empreendimento do empregador e de eventual desigualdade que se instala nas relações de emprego. Golart Folch (1936, p. 16) afirma que a proteção visa “assegurar superioridade jurídica do empregado em razão de sua inferioridade econômica”.

3.1.1 Importância

O princípio da proteção tem a missão de garantir a igualdade substancial e protetiva ao empregado, sendo este um princípio próprio e peculiar da justiça do trabalho.

Bobbio (1995, p. 158-159) esclarece que é necessária a intervenção estatal, para se buscar a igualdade entre as partes e a garantia da justiça social,

Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e freqüente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores – como os do bem estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado absolutista.

Não há como afastar-se a importância do desenvolvimento histórico como fator preponderante do surgimento da justiça do trabalho, revelando, desde os primórdios laborais, a exploração do trabalhador, reconhecido, em alguns momentos históricos, como um instrumento para o alcance de lucros e riquezas almejadas por quem detinha mais condições de poder. A extensão da efetividade de maus tratos no ambiente laboral revigorado por

situações de iniquidade e pelo clamor da própria sociedade, foi que legitimou a presença estatal, não como um mero regulador, mas para que figurasse como um interventor direto, com a missão: assegurar a igualdade inexistente nas relações laborais. O que conduz ao ideal nobre do princípio da proteção.

A proteção tem por objetivo reconhecer uma norma mais favorável ao trabalhador, a fim de compensar as desigualdades econômicas e sua fraqueza diante o empregador. Não se cogita ao princípio um alcance excessivo e que todo o Direito do trabalho proteja o trabalhador, existem normas que impõem obrigações e estendem direitos aos empregadores (RUPRECHT, 1995, p. 10).

O princípio da proteção é como um manto protetor contra a intempérie da desigualdade, seja ela social, seja cultural ou política, ele orienta o aplicador da norma trabalhista, dando-lhe inspiração tanto Direito material como no Direito processual (LIMA, 1997, p. 29).

A legislação trabalhista tem uma preocupação precípua com tutelar os contratos de trabalho. O fundamento do princípio da proteção decorre do art. 5º, I, da CF, que tem, como previsão, que todos são iguais perante a lei. Todavia a desigualdade, na esfera trabalhista, é um fato e, por isto, invoca-se o aludido princípio, para que seja atingido o tratamento isonômico entre as partes, que significa tratar, igualmente, os iguais e, desigualmente, os desiguais, na medida em que se desigalam (LIMA, 1997, p. 34).

O mais forte tem o seu poder caracterizado por sua força, todavia não conquistada como um direito, como bem proclama Rousseau (2000, p. 20):

O mais forte nunca é suficientemente forte para ser sempre o senhor, se não transformar sua força em direito, a obediência em dever. Daí o direito do mais forte, direito tomado ironicamente na aparência, e realmente estabelecido em princípio. Obteremos, porventura, uma explicação dessa palavra? A força é uma potência física, não vejo qual moralidade poderá resultar de seus efeitos. Ceder à força é um ato de necessidade, não de vontade, é no máximo um ato de prudência. Em que sentido poderá ser um dever?

O caráter protetivo tem como finalidade garantir o equilíbrio do poder de direção do empregador e da subordinação do empregado. Tem o empregado a seu favor garantias que dão condições para, apesar da obediência devida ao empregador, não ter contra si, os efeitos de renúncia, regras desfavoráveis e demais atos suficientes para supressão, fraude e omissão de direitos trabalhistas. A proteção é necessária e afasta abusos e iniquidades contra o empregado, presumidamente a parte mais fraca do contrato de trabalho.

O princípio da proteção tem três subdivisões, compreendidas na regra *in dubio pro operario*, que prevê que, na interpretação de várias possibilidades de uma norma, deverá ser aplicada a mais favorável ao empregado; *a regra da norma mais favorável*, que prevê que, quando houver mais de uma norma aplicável ao caso, se aplica a mais favorável; e a *regra da condição mais benéfica* é a regra em que uma nova lei trabalhista não pode servir, para diminuir direitos trabalhistas existentes e criados por norma anterior.

Como já dito, não há como negar-se que, numa relação de emprego, o empregado, seja na maioria das vezes, a parte mais fraca e que carrega, contra si, a ausência de igualdade, sendo que o objeto do seu contrato é o seu próprio suor, justificando a importância de aludido princípio ao sistema jus trabalhista, cuja aplicação ao caso concreto não evidencia proteção aleatória e injustificada. Portanto, não se aplica o aludido princípio de forma insensata, mas diante da controvérsia apresentada, tem ele, como escopo, que garantir a eficácia social da norma.

Como bem ensinou Plá Rodriguez (1997, p. 38) o aludido princípio não leva o direito a fazer qualquer coisa em nome da prestação laboral, e muito menos a substituir o criador das normas, tem ele um campo de aplicação limitado e, caso se mantenham as regras de hermenêutica dentro dele, não há qualquer conspiração contra a segurança jurídica, ao contrário, assegura a eficaz aplicação das normas.

Há casos em que o empregador poderá ser mais frágil que o empregado, ainda mais em situações de subordinação jurídica ou intelectual, ocasiões em que se denota ausência de desigualdade entre empregador e empregado, o que justifica seja atendido o binômio igualdade e liberdade, desde que respeitadas as garantias mínimas trabalhistas.

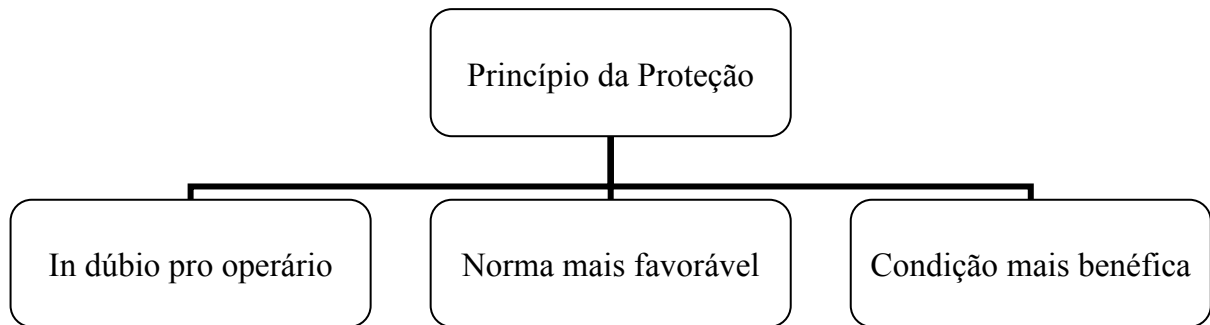
É certo que o princípio da proteção tem a consequência de todo o argumento do Direito do Trabalho, considerando sua precípua missão de corrigir a instabilidade e obscuridade das normas jurídicas, decorrentes das mudanças sociais, econômicas e culturais, a fim de afastar eventuais arbitrariedades, pois, tem-se, de um lado, o clamor de classes empresariais e a pretensa flexibilização, e no outro enfoque, a luta por melhores condições laborais.

3.1.2 Subdivisões do Princípio da Proteção

O princípio da proteção tem o condão de solucionar os conflitos legislativos, sendo imperativo que haja a controvérsia, até porque o princípio em questão não cria norma, ele simplesmente a pacifica e a torna eficaz ao caso concreto, o que o dá roupagem de um princípio justo e compromissado a resolver as agruras trabalhistas estampadas no século XXI.

Tem ele três subdivisões principiológicas, quais sejam: a) regra *in dubio pro operario*; b) regra da norma mais favorável; e regra da condição mais benéfica, conforme tabela abaixo:

Figura 3 - Subdivisões do Princípio da Proteção



Fonte: Autora

3.1.2.1 O Princípio *in dubio pro operario*

O princípio *in dubio pro operario*, também nominado *in dubio pro misero*, tem como disposição que, em casos de dúvida, se deve decidir a favor do empregado, justificando-se em razão de sua debilidade e hipossuficiência caracterizada na relação de emprego. Tem o aludido princípio aplicação, quando uma norma possui diversas interpretações e, de acordo com o *in dubio pro operario*, se aplicar a regra mais favorável ao empregado.

A justificativa para a aplicação do presente princípio considera a origem do direito do trabalho, tendo surgido em razão de condições iníquas de trabalho e da exploração do trabalhador como um mero objeto. Não tinha o empregado, condições mínimas de transigir direitos e deveres, em consonância com sua vontade, devido à ausência de igualdade.

Depois disto, além da proclamação da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, deve-se reconhecer a importância das Convenções Coletivas de Trabalho, que dispõem de normas aplicáveis aos trabalhadores, além da elaboração e promulgação de leis esparsas, com indispensáveis, notas, para ampliar ou individualizar, em determinados setores, condições mais justas para os trabalhadores..

Até porque se trata de uma tendência nacional a relativização dos contratos em geral, considerando os contratos que envolvem o Código de Defesa do Consumidor e as disposições pertinentes ao Código de Defesa do Consumidor, com regras protetivas ao consumidor.

Da mesma forma, nos contratos de Direito Civil³⁴ que tinham, como égide, o princípio da autonomia da vontade, sendo que atualmente, diante da colisão de direitos fundamentais e da autonomia negociável, foi reconhecido o princípio da boa-fé. E, quanto maior for a desigualdade, há que se reconhecer o maior amparo aos direitos fundamentais, em especial o princípio da dignidade humana, ocorrendo a constitucionalização e a publicização da autonomia privada diante do reconhecimento de um bem maior a ser tutelado.

Portanto, se, em casos em que se reconhecem prejuízos materiais diante de contratos em que, na maioria das vezes, figura, como objeto, um imóvel ou bem móvel, pretende a realização dos princípios. Imagine-se a questão laboral que envolve o suor do trabalho do ser humano, seja ele físico ou intelectual, não havendo que se falar que o princípio da proteção está caminhando para o seu esgotamento. Ao contrário, nos dias atuais, há uma tendência a se garantir a igualdade que transcende a liberdade contratual.

Não se trata de correção ou integração de uma norma. Caberá aplicação do princípio *in dubio pro operário*, quando existir uma única norma com várias interpretações. E, no âmbito trabalhista, para que seja atingido o seu verdadeiro sentido, aplica-se a regra em questão (RODRIGUEZ, 1997, p. 45).

É salutar que se aplique o princípio *in dubio pro operario* em casos em que uma norma é suscetível de ser interpretada de várias formas e, diante da dúvida concreta, é que se aplica a regra a favor do empregado, atendendo-se a toda sistemática trabalhista. Não se cria norma, ela já existe.

Há limites quanto à aplicação da regra *in dubio pro operário*. Segundo Pedreira da Silva (1999, p. 49), a aludida regra somente poderá ser aplicada quando houver:

- a-) Existência real da dúvida – realmente exista uma dúvida sobre o alcance da norma. A exigência é aparentemente pueril já que, sendo o princípio formulado como *in dubio pro operário*, é óbvio estar condicionado o seu funcionamento à existência de dúvida [...].
- b-) Respeito à *ratio legis*- Ainda é necessário que a interpretação favorável ao trabalhador não contrarie “a vontade do legislador”[...].

³⁴ A respeito da relativização da autonomia privada ao irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, Paulo Lobo (2011, p. 52) afirma que o Superior Tribunal de Justiça também tem decidido pela prevalência do direito fundamental sobre a autonomia privada, principalmente quando esta colide com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. No HC 12.547, aplicando o princípio, afastou cláusula contratual que elevou a dívida da compradora de um automóvel-táxi em 464%, em menos de vinte e quatro meses, “a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido pelo pagamento dos juros”, assentando-se nos arts. 1º, III, e 3º, I, da Constituição (dignidade da pessoa humana e solidariedade social). “[...] O Supremo Tribunal Federal, no RE 201.819, no caso de exclusão de sócio de associação sem garantia de ampla defesa, decidiu que a autonomia privada “que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito das relações privadas”.

É preciso que haja uma dúvida real sobre o alcance da norma em questão e que não seja aplicada pelo simples afã de criar novos direitos em favor do trabalhador³⁵. Soma-se a isto, que não se pode contrariar o legislador, quando estabelece uma norma que tenda a conciliar os interesses dos trabalhadores, dos empregadores e da coletividade, não se podendo romper o equilíbrio em favor de uma das partes, nesse caso, os trabalhadores (RUPRECCHT, 1995, p. 16).

O empregado está numa situação onde muitas vezes há coação, supressão de direitos e ofensa direta à sua dignidade e, por isto, a criação de várias leis trabalhistas que surgiram, para afastar situações de iniquidades e discriminações no ambiente de trabalho. Portanto, esta é a justificativa da intervenção estatal e, por isto, o princípio, quando, na interpretação de uma norma, restarem várias manifestações, sendo justo favorecer-se o empregado.

No Direito Penal, existe a regra *in dubio pro reo*, que tem, como previsão, que, na dúvida, será decidido em benefício do réu, por ser a parte socialmente desvalida. No Direito Civil, a regra de proteção é garantida ao devedor, como a parte mais fraca na relação jurídica. O Código de Defesa do Consumidor defende o hipossuficiente como sendo a parte mais fraca numa relação de consumo.

Plá Rodriguez (1997, p. 50) faz considerações interessantes a respeito das formas de aplicação dos princípios e as divide da seguinte forma:

- *A PRIMEIRA* é que pode ser aplicado, tanto para estender um benefício quanto para diminuí-lo.
- *A SEGUNDA* é que devem ser feita a aplicação da regra da proteção por graus, isto é, deve ser medida as condições do empregado: quanto maior seu salário e demais condições, menor a necessidade da aplicação da regra em comento, devendo ser aplicada com dosagem, sob pena de tornar-se imprestável.
- *A TERCEIRA* é que pode haver diversidade de aplicação, conforme a norma trabalhista a ser interpretada. Em relação aos contratos individuais de trabalho e normas ou regulamentos da empresa, pacificou no sentido de que foram criados pelo empregador. Portanto, as dúvidas surgidas deverão ser interpretadas contra ele e a favor do empregado. A discussão a respeito da aplicação da regra ocorrerá quando se tratar de Convenções

³⁵ CONTRATO DE EXPERIÊNCIA - Validade. Interpretação segundo o *princípio do in dubio pro operario* que leva a concluir tratar-se, o contrato de experiência, de contrato sujeito a condição resolutiva, não implementada, na espécie, diante da ausência de qualquer indício de desaprovação do empregado no curso do período probatório. Prevalência do contrato a prazo indeterminado (TRT4ªR - RO/RA nº 93.015.485-1 - 1ª T. - Relª Juíza Carmen Camino - DOERS 20.03.95).

Coletivas em que o Sindicato representa o empregado. Da mesma forma não se perde a proteção, uma vez que a desigualdade que se pretende compensar ocorrerá no momento da aplicação da norma, e não no momento de sua elaboração, pouco interessando a forma como foi constituída.

- A *QUARTA* é que a aplicação da norma deve ser feita com moderação e com valoração equitativa³⁶ segundo o interesse e bem tutelado das partes. Por derradeiro, a *QUINTA* é que diante várias interpretações favoráveis ao empregado, aplicar-se-á opção do trabalhador.

O princípio do *in dubio pro operario*³⁷, tem como pressuposto inicial de validade, a existência da dúvida. A dúvida deve ter origem numa única norma, com várias explicações/interpretações, justificando a proteção do empregado, diante da premissa de que a legislação trabalhista foi construída pelas lutas e conquistas laborais. Veja-se o exemplo: A lei 12.506/2011 que institui a regulamentação do aviso prévio proporcional nada informou a respeito do cumprimento do aviso proporcional do empregado quanto ao prazo máximo de 90 (noventa) dias, somente declarando ao empregador, surgindo a dúvida no sentido de que o cumprimento do aviso ao empregado que pede demissão também deveria ser cumprido no seu prazo máximo. Tem-se que até que seja regulada outra disposição, poderia ser aplicado o princípio da proteção, favorecendo o empregado, no sentido de reconhecer o aviso prévio ao empregado que pede demissão de 30(trinta) dias, por ser mais benéfico ao empregado.

O princípio *in dubio pro operario* não é absoluto. Há grande discussão a respeito de sua incidência, principalmente quando se trata de matéria probatória. Sustentam alguns autores que a posição da doutrina tradicional é que o ônus da prova incumbe a quem alega, sendo possível somente afastar-se a citada regra, quando o legislador estabelece presunções, com a decretação da inversão do ônus da prova ou por meio da distribuição probatória.

Também se tem entendido, por parte da doutrina, a aplicação do *in dubio pro operario* em matéria probatória. Os argumentos são que a debilidade econômica e jurídica do

³⁶ “o equitativo e o justo são a mesma coisa; e sendo ambos bons, a única diferença que existe entre eles é que o equitativo é melhor ainda. A dificuldade está em que o equitativo, sendo justo, não é o justo legal, mas uma ditosa retificação da justiça rigorosamente legal[...]” (Aristotéles, *Ética a Nicômano* LV., Capítulo X, ns. 4 e 6).

³⁷ ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO - Base de cálculo - Empregados de autarquia estadual. O adicional por tempo de serviço pagos a empregados de autarquia do Estado de São Paulo deve ser calculado sobre a totalidade da remuneração do trabalhador, a teor do disposto no artigo 11 da Lei Complementar nº 712/93. O uso desse critério, além de estar previsto na lei, atende o princípio *in dubio pro operario*, vigente do Direito do Trabalho. Na contratação de trabalhadores em regime trabalhista, não pode a Administração beneficiar-se de preceitos do Direito Administrativo quando estes contrariam elementos fundamentais do Direito do Trabalho, pois a relação enfocada é tratada pelo ramo especializado, que pressupõe a necessidade de proteção ao empregado. Inteligência o artigo 129 da Constituição do Estado de São Paulo (TRT15ªR - RO nº 35.012/00 - 3ª T. - Ac. 15707/01 - Rel. Carlos Eduardo Oliveira Dias -DOE 08.05.2001).

trabalhador justifica o tratamento privilegiado proporcionado pelo Direito material, sendo que no direito processual do Trabalho possui a mesma inferioridade, justificando a aplicação do princípio. E, que a superioridade patronal se revela, em juízo, pelo melhor assessoramento jurídico, pela facilidade na produção de prova e pela idoneidade econômica, para suportar as delongas e as despesas processuais (Pedreira da Silva, 1999, p. 56).

A respeito da valoração da prova e da decisão a favor do empregado, o processualista argentino José Isidoro Somaré, com clareza, salienta as possíveis soluções, também citadas por Pedreira da Silva (1999, p. 56) de que a dúvida é possível na consciência do Juiz, compreendida quanto à forma, ao modo e às características como ocorreram os fatos. E se a prova não foi suficiente para levar o ânimo do Juiz à certeza de como ocorreu uma incidência, de maneira tal, que duvida, pode, então, optar pela solução de favor e acolher o pleito do trabalhador. Sustenta o autor que não pode tratar-se de qualquer hipótese de dúvida, nem tampouco na simples dúvida, nem mesmo, existindo indícios e presunções cuja valoração harmônica de tais dados serve, para inclinar o juiz em favor de uma das soluções possíveis, quanto à existência do fato.

Quando não houver prova conclusiva sobre o fato alegado, mas com circunstâncias que tornam presumível sua existência, entende-se que possa decidir a favor da parte mais fraca: o trabalhador. Aludido princípio teria aplicação quando existir dúvida sobre ao alcances da prova, jamais sendo aplicado quando houver falta ou insuficiência de prova. Há muitos questionamentos.

Pérez³⁸ opina pela sua não aplicação em matéria probatória. Já Trueba Urbina³⁹ e Coqueijo Costa⁴⁰ e Allocati⁴¹ (apud RUPRECHT, 1995, p. 18) defendem a aplicação do princípio em matéria de prova, comungando com o mesmo entendimento, Russomano (1983, p. 876), ao informar que a solução dos impasses processuais pode ser a favor do empregador, por ser economicamente mais fraco. E, finaliza, sustentando sua aplicação em matéria probatória, que: “[...] porque ele nasce das melhores inclinações do espírito humano, da solidariedade social em face dos humildes e da índole protetora do Direito do Trabalho, que é, aliás, sua principal justificativa” (RUSSOMANO, 1983, p. 876).

³⁸ El principio in dubio pro operário es inaplicable en materia de prueba, em rev. Trabajo y Seguridad Social, Buenos Aires, 1973, t. I, p. 55 ss.

³⁹ Nuevo Derecho Procesal de Trabajo, México, 1971, p. 43-44.

⁴⁰ Princípios de Direito Processual do Trabalho, São Paulo, 1976, p. 17

⁴¹ La duda em el Derecho Laboral, em ver. Legislación del Trabajo, Buenos Aires, t. XV, p. 210-211.

Pedreira da Silva (1999, p. 56) ensina a respeito da aplicação da regra de proteção em matéria de prova, ressalta, que quando empatada, deverá ser preterida a favor do empregado.

Ensina:

Diversas vezes julgamos casos em que nos defrontamos com “prova empatada”, isto é, em que não houve negligência do empregado, pois desincumbiu-se do seu ônus, levando a juízo testemunhas no mesmo número e de credibilidade igual às apresentadas pelo empregador, que ofereciam versão inteiramente contrária à das testemunhas do trabalhador, em processos nos quais não havia possibilidade de outra espécie de prova. Pelas maiores dificuldades com que arca o empregado para a produção de provas, numa situação como esta, a dúvida gerada no espírito do julgador há de ser dirimida pro operário e foi sempre neste sentido o nosso pronunciamento.

Caberá, portanto, aplicar-se o princípio, quando houver casos de autêntica dúvida, para valorar o alcance ou significado de uma prova.

Não se pode admitir a sua aplicação, para suprimir omissões, mas para apreciar o conjunto dos elementos probatórios, considerando as diversas circunstâncias do caso. Foram as razões de desigualdade compensatória, que deram origem à aplicação deste princípio, justificando-se que se estenda à análise dos fatos, tendo, como fundamento, que o trabalhador tenha mais dificuldade que o empregador, para provar certos fatos ou trazer certas informações ou documentos (RODRIGUEZ, 1997, p. 48).

Rodriguez (1997) a respeito da problemática do ônus da prova e do limite da aplicação do princípio da proteção, sustenta que a posição tradicional reconhece que o ônus da prova incumbe a quem alega e que somente lhe cabe afastar-se desse critério básico nos casos em que o legislador estabelece presunções que suponham uma inversão do ônus da prova.

Sustenta Rodriguez (1997) que, devido ao maior conhecimento prático das realidades discutidas nas ações trabalhistas, começou a desenvolver-se, até se tornar predominante, a posição que estende a regra *in dubio pro operario*, tornando-se o sistema inquisitório do ônus da prova importante, entendendo-se que, na medida em que se aborda esse problema, o trabalhador merece uma consideração especial. Justifica o autor a aplicação do princípio, pela questão não apenas de desigualdade básica das partes nem somente pelo estado de subordinação em que se encontra, muitas vezes, o trabalhador mas também pela natural disponibilidade de meios de prova que tem o empregador e que contrasta com a dificuldade que possui o trabalhador nesse aspecto.

Ressalte-se que o princípio “*in dubio pro operario*”⁴² tem natureza exclusivamente hermenêutica, isto é, quando o aplicador se deparar com um dispositivo legal trabalhista e nele constar um sentido dúbio, adotará a interpretação mais benéfica ao empregado, considerando que a lei mais benéfica tem presunção, reconhecendo a importância tutelar do direito do trabalho. Veja-se a tabela abaixo, que demonstra a aplicação do princípio da proteção como regra de interpretação.

Quadro 3 - Princípio *in dubio pro operario*

<i>in dubio pro operario</i>	Pressuposto	Requisito	Aplicação
Trata-se de um princípio peculiar do direito do Trabalho	A existência de uma verdadeira dúvida	Uma única norma suscetível de interpretações diversas	Não pode estar em desacordo com a vontade do legislador. Aplica-se a mais favorável ao empregado, diante do princípio da proteção

Fonte: Autora

O reconhecimento do princípio *in dubio pro operario* ao Direito do Trabalho em âmbito material é pacífico, o que se discute é a sua incidência em matéria probatória e no Direito Processual do Trabalho, tendo em vista que, para a instrumentalização do processo, há princípios que ratificam o ônus processual para cada parte e, por isto, as grandes controvérsias apresentadas em âmbito formal.

Sustenta Manoel Antonio Teixeira Filho (2010, p. 109), o autor a respeito da matéria probatória, que seria mais eficiente caso fosse reconhecido o caráter supletivo da regra inscrita no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, com a ocorrência da facilitação da defesa dos direitos, com a inversão do ônus da prova, a critério do juiz, quando verossímil a alegação de uma das partes ou reconhecida a sua hipossuficiência.

Neste caso, cogita-se mais plausível reconhecer quem tem melhor aptidão para produzir determinada prova, com a distribuição dinâmica da prova pelo julgador, antes que ocorra a fase de instrução processual, mormente porque é de suma importância as partes tomarem ciência inequívoca de qual será o seu ônus processual, sob pena de ser cerceada sua

⁴² Ex: Empregados que exerçam atividades em locais de trabalho caracterizados, simultaneamente, como insalubres e perigosos devem optar por apenas um adicional, nos termos do artigo 193, § 2º, da CLT por não serem cumulativos. A insalubridade é paga de 10%(mínimo) a 40% (máximo) sobre o salário mínimo do empregado. Já a periculosidade é de 30% sobre o salário-base do empregado. Pode o aplicador, em caso de dúvida ou na ausência da opção escolhida pelo empregado, dirimir a questão em seu benefício, diante do *in dubio pro operario*.

defesa. Não se pode admitir que a parte que detinha o ônus processual figurasse inerte, sob a justificativa de que a dúvida ou a ausência de prova seria julgada a seu favor, apoiada em suposta hipossuficiência, acarretando ofensa ao princípio do dever de lealdade processual.

Portanto, o que se afigura razoável é que a aplicação do princípio *in dubio pro operario*, em matéria processual, fere o princípio do contraditório, regras do ônus processual e o próprio dever legal imposto no processo de que quem alega deverá fazer a melhor prova possível, no sentido de afirmar suas alegações. Não é legítimo, que quem deva e tenha o ônus de provar não o faça corretamente, tendo uma decisão favorável por sua inércia.

Exemplificando: Um empregado que pleiteia a condenação de cestas básicas, no montante de R\$ 100,00 (cem reais), para tanto deveria anexar aos autos a Convenção Coletiva de Trabalho, para justificar o seu direito e também o valor pretendido. Caso não prove sua alegação, a sentença deveria ser improcedente, até porque tem ele acesso ao documento para justificar o fundamento do seu pleito. Sua inércia não poderá ser apreciada a seu favor, afastando a aplicação do *princípio in dubio pro operario*.

Dessa forma, caso haja a controvérsia probatória e a dificuldade da parte para produzi-la, justa se torna a garantia de um direito básico, consubstanciado na facilitação da defesa dos direitos em juízo, sendo plausível a busca de instrumentos para que se prove a verdade dos fatos alegados, e não lhe garantir privilégios, para que tenha êxito no litígio.

A declaração da inversão ou o atendimento ao princípio de aptidão para a prova tem, como pressupostos, a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência de que deveria produzir, e não o fez. Tanto que o próprio magistrado possui livre disponibilidade para avaliar e determinar a produção da prova, evidenciando a aplicação da igualdade real diante da desigualdade econômica ou intelectual, sendo o principal destinatário da prova e, por isto, de suma importância o seu comprometimento com um pronunciamento jurisdicional.

Ademais, a jurisprudência e a doutrina estão divididas quanto à aplicação do princípio *in dubio pro operario*⁴³, quando se trata de matéria probatória processual. Uma corrente informa que, embora seja uma regra inspirada no Direito material, não há qualquer problema ser ela estendida ao Direito Processual, justificando que a desigualdade acompanha, inclusive, o empregado no crivo processual e, por isso, sua incidência. A outra corrente oposta

⁴³ ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - Contato intermitente - Pagamento integral. O inciso II do artigo 2º do Decreto nº 93.412/86 criou uma restrição não prevista pela Lei nº 7.369/85. Isto gerou polêmica acerca de sua eficácia. Tratando-se de normas integrantes do direito material do trabalho, deve ser aplicado o princípio interpretativo *in dubio pro operario*, reconhecendo-se pois, mesmo em havendo contato meramente intermitente, a obrigatoriedade do pagamento do adicional de periculosidade sobre o salário integral percebido. Decisão de 1º grau confirmada neste ponto (TRT15ªR - RO nº 31.413/95-8 - 2ª T - Ac. 011191/98 - Rel. Juiz Manoel Carlos Toledo Filho - DOE 05.05.98).

informa que não é possível proteger-se uma parte em detrimento da outra, em matéria de prova, devendo ser considerado o ônus de cada parte, conforme o critério contido no artigo 818 da CLT.

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 818 da CLT, informa que a prova das alegações incumbe à parte que as fizer. Assim, se o empregador alegar justo motivo para a demissão do empregado, deverá prová-lo. Da mesma forma, o empregado, ao pleitear equiparação deverá provar a identidade de função com o paradigma. A parte deve provar o que alega. Trata-se de um risco processual, sendo que o Juiz, para esclarecer a verdade, pode produzir as provas que entender necessárias, como ouvir testemunhas e interrogar as partes para o seu livre convencimento⁴⁴. O papel do Juiz é intervir na fase probatória, não se tratando, portanto, de benefício a uma das partes que não provou suas alegações, mas em favor do Direito e do Estado, estabelecendo o império de verdade e da Justiça (RUSSOMANO, 1983, p. 878).

O ordenamento jurídico trabalhista criou alguns casos em que há presunção a favor do empregado, como na súmula 212 do TST - presunção favorável ao empregado; súmula 338 do TST, em que a ausência dos cartões de ponto, em estabelecimentos com mais de dez empregados (74, § 2º, da CLT), gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho alegada na exordial; súmula 68 do TST, que estabelece que é do empregador o ônus da prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial, além de outras presunções criadas, que dispensam o empregado do ônus probatório.

O artigo 818 da CLT define o *ônus probandi* como sendo o dever da parte de provar, em juízo, suas alegações. Quando a previsão, na CLT, for insuficiente e de acordo com o artigo 769 da CLT, esse ônus será aplicado subsidiariamente, desde que a regra a ser incorporada não seja incompatível com as ditadas na CLT (princípio da adequação). Portanto, será possível a aplicação subsidiária do CPC, podendo o Juiz apreciar, livremente, as provas, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, bem como os motivos que formaram o seu convencimento, de acordo com os artigos 131 c.c. os artigos 333, ambos do CPC, e a regra insculpida no artigo 6º, VII, do Código de Defesa do Consumidor (lei 8078/90).

Algumas disposições trabalhistas têm-se inclinado para o instituto da inversão do ônus da prova, ao tratá-la em algumas súmulas, em especial a súmula 338 do TST, o que denota, por si só, a compatibilidade das regras dispostas no Código de Defesa do Consumidor.

⁴⁴ Verificar CPC 131 c.c. o artigo 832 da CLT.

É possível a inversão do ônus probante em determinadas situações, até porque não há como se negar que o Direito do Trabalho apresenta algumas semelhanças com o Código de Defesa do Consumidor, pois a inspiração é a defesa do hipossuficiente, com princípios que norteiam a proteção de uma das partes numa relação jurídica desfavorável. Por outro lado, não há nada, na CLT, que afaste a aplicação do CDC ou que haja vedação expressa da inversão do ônus da prova. Ao que parece, é que a regra da inversão do ônus da prova foi devidamente recepcionada pela CLT, sendo que os institutos de distribuição dinâmica da prova a quem tem aptidão para produzi-la ou a inversão do ônus da prova devem ser reconhecidas como garantias de igualdade

É mais plausível que haja inversão do ônus da prova, quando comprovado que quem tenha que produzi-la não possui condições ou aptidão para a mesma, como num contrato em que todas as testemunhas são subordinadas ao empregador ou que as testemunhas do empregado são contraditadas; ou em caso de assédio sexual, que é feito às escuras. O que se denota, diante deste contexto, é que o empregador possui maior aptidão para produzir as provas, o que, por si só, justificará a inversão.

Também é de se notar que, em casos de garantias de igualdade processual e a fim de que se possa alcançar o verdadeiro titular do direito, é preciso que se garantam amplas condições para a produção de qualquer prova. Com isto, torna-se de inquestionável importância a decretação do acesso igualitário das partes de produção de provas e que ocorra antes de iniciada a instrução processual. Importante a consciência do devido processo legal e a utilidade da prova a ser produzida, sob pena de ofensa ao ônus da prova porque assim se estará criando uma nova injustiça, o que não justificará a primeira injustiça, figurada na desigualdade dos litigantes, noticiando uma desigualdade maior⁴⁵.

O que não se pode atribuir é a dita desigualdade na esfera processual, por condições técnicas, posto que se estará criando preconceito contra os advogados do reclamante, o que não é possível e justo. Sob outro prisma, julgar a favor da parte, por ser presumível mais fraca, será cogitar do absurdo de que a dúvida no processo ensejaria um prêmio ao empregado, que poderá querer, até mesmo, criá-la, para utilizar-se dos seus benefícios. Isto não se pode admitir.

⁴⁵ Teixeira Filho (2010, p. 104) afirma que a respeito da distribuição do ônus da prova e os limites de proteção da justiça do trabalho, a fim de afastar a aplicação do in dúbio por operário em âmbito processual: “[...] Não pretendemos em momento algum, ao revelar o nosso pensamento a respeito do assunto e ao fazer convergir o de outros juristas, muito mais ilustres, proclamar a necessidade de que a Justiça do Trabalho seja protencionista; o que se deseja, sim, é a exata adequação do processo do trabalho ao direito substancial a que corresponde e em relação ao qual existe para servir. Bater-se por um órgão do Poder Judiciário parcial seria insânia, pois estar-se-ia negando a base institucional e ontológica sobre que se assenta esse Poder: a neutralidade na composição estatal das lides [...]”.

Portanto, diante da existência da dúvida, não se pode optar pela solução a favor do pleito do trabalhador, e, sim, a quem competia o *ônus probandi* e contra ele o encargo de não ter produzido o que lhe incumbe. O princípio da proteção surgiu, para garantir igualdade ficta ao empregado, todavia é preciso que aludido princípio seja aplicado para traduzir ao empregador, empregado e a toda sociedade, a eficácia de um ordenamento jurídico justo.

A decisão da inversão do ônus da prova não afasta o caráter imparcial da Justiça do trabalho, visto que há um bem maior a ser tutelado. Se provado não ter aptidão, o empregado, para produzir a prova em razão de que a mesma esteja na posse do empregador, demonstrada sua hipossuficiência cumulada com a presunção de veracidade das alegações, não terá óbice, para que haja a inversão do ônus da prova, sem que perca a necessária neutralidade. Propague-se a proteção de forma justa e sem que haja premiação da dúvida, o que não se cogita plausível, nem com ele se comunga⁴⁶.

É importante que as partes sejam previamente notificadas da inversão e seus respectivos motivos, para que há condição de produzir a prova e contraprova úteis e necessárias para a garantia da verossimilhança de suas alegações, sob pena de caracterizar eventual ofensa ao princípio do contraditório, acesso à justiça e ao devido processo legal.

3.1.2.2 O Princípio da norma mais favorável

As regras trabalhistas estão estampadas em diplomas constitucionais, desde 1934, CLT (decreto-lei 5452/43), leis esparsas, portarias do Ministério do Trabalho (art. 87, § ú, II, da CF/88), Convenções Coletivas e acordos Coletivos (art. 7º, XXVI, CF/88), normas internacionais (art. 49, I, e art. 5º, § 3º, ambos da CF/88), atos normativos do Poder executivo, sentenças, regulamentos de empresa, contratos individuais de trabalho e sentenças normativas. Como se vê, há normas promulgadas pelo Estado, poder Judiciário, pela empresa de forma unilateral, pelos Sindicatos dos empregados, Sindicatos dos empregadores e Sindicatos dos Empregados, com origens diversas.

O princípio da norma mais favorável, tem como pressuposto, a existência de mais de uma norma para um determinado fato. O princípio orienta que será estabelecida a norma mais favorável em detrimento de outra. Em casos de questionamentos ou que conduzem a

⁴⁶ Como bem menciona Bedaque (2009, p. 23): “O direito à prova é componente inafastável do princípio do contraditório e do direito de defesa. O problema não pode ser tratado pelo ângulo do ônus (art.333 do CPC). Necessário examiná-lo do ponto de vista da garantia constitucional ao instrumento adequado à solução das controvérsias, dotado de efetividade suficiente para assegurar ao titular de um interesse juridicamente protegido em sede material a tutela jurisdicional [...]”.

antinomia da norma, será aplicada a mais favorável ao empregado, afastando os critérios da hierarquia, da especialidade e cronológico. È um instrumento garantidor de melhores condições de trabalho sob todo um contexto legal, uma vez que não se cria norma mais favorável, somente se instaura pelo princípio em testilha uma hierarquia protetiva ao empregado⁴⁷.

Como se vê, a hierarquia das leis, na esfera trabalhista, se contrapõe aos demais ramos do direito, considerando que não se reconhece a pirâmide de Kelsen, que tem, como lei de superior hierarquia, a Constituição da República Federativa do Brasil, seguindo-se as leis complementares e ordinárias, finalmente, os acordos, convenções, regulamentos... ou a pirâmide invertida, que tem como base a Constituição como a principal fonte e que agrega todas as outras, seguindo a hierarquia das leis.

Para o direito do trabalho, a hierarquização das normas se dá com a extensão dos direitos ao empregado, isto é, a norma que prevalecerá hierarquicamente será aquela que mais favorecer o empregado. Desse modo, seu objetivo primordial, para se estabelecer a hierarquia, é a proteção ao trabalhador, não importando a origem ou a criação da norma. Portanto, o ápice da pirâmide kelsiana ou a sua base solidificadora pela teoria da pirâmide invertida será, sempre, a que contiver mais vantagem para o empregado.

O princípio em testilha declara que quando houver diversas normas que regem uma mesma circunstância, será preciso escolher uma delas, ou seja, a que mais beneficie o trabalhador. Todavia há questões em que um benefício atual poderá trazer prejuízos futuros ou que tenha alcance somente econômico (RUPRECHT, 1995, p. 22).

Questiona-se: Como se determina o critério de aplicação da norma a ser aplicada?

Para se determinar o real alcance da regra e se é ou não favorável ao trabalhador, informa Ruprecht (1995, p. 22), comungando das opiniões de Vasquez Vialard⁴⁸ e Durand-Jaussaud⁴⁹, algumas diretrizes:

- 1) a comparação deve ser feita aproximando as duas normas e não se tomando em consideração consequências econômicas remotas; 2) tomar em consideração a situação da coletividade operária interessada e não a de um trabalhador isoladamente; 3) não fazer uma apreciação subjetiva dos interessados, mas claramente objetiva; 4) a confrontação deve ser feita de maneira concreta; 5) a possibilidade de melhorar a posição dos trabalhadores constitui uma exceção do princípio da intangibilidade da regra imperativa,

⁴⁷ Regras protetivas também reconhecidas em outros ramos do direito, algumas regras protetivas, como em âmbito penal: “in dubio pro reo” e nas questões relacionadas aos contratos de consumo, figurando o consumidor a parte mais fraca e hipossuficiente nas relações de consumo.

⁴⁸ Régimen del contrato de trabajo, Córdoba, 1997, p. 51-52 (Vasquez Vialard).

⁴⁹ Traité de Droit du Travail, Paris, 1947, p. 281.

hierarquicamente mais elevada, razão pela qual uma disposição deve ser considerada ilícita quando se pode duvidar que seja mais favorável aos interesses dos trabalhadores. (RUPRECHT, 1995, p. 22).

As diretrizes supramencionadas devem ser apreciadas, a fim de se concluir pela norma mais favorável, atingido seu ápice em todos os seus aspectos econômicos, sociais e tendo, como principal aspecto, a proteção integral do empregado.

Uma questão que se revela importante é a da unidade de medida, para ser verificado se, verdadeiramente, uma norma é mais benéfica que a outra, mormente se houver antinomia com condições favoráveis e condições prejudiciais no mesmo dispositivo. Como resolver-se aludido conflito, sem alegação de posterior nulidade invocada pelo artigo 9º da CLT?

Seria correto aliar-se parte de uma, parte de outra, somando todas, a fim de se criar um princípio absoluto da proteção, com a soma de todas as partes favoráveis, criando se uma nova regra?

Não se figura razoável, até porque geralmente se criam regras por negociação de direitos, como nos casos de Convenções Coletivas, sob pena de se criar um super e absoluto princípio, não sendo razoável.

Há grande controvérsia a respeito da identificação e adequação da norma mais benéfica ao caso concreto. Algumas teorias foram apresentadas:

A teoria do *conglobamento*, tem como fundamento, que a norma possui um conteúdo unitário, não podendo adotar critérios de outra que não foram considerados aos serem estabelecidos. Para essa teoria, deve ser considerada a norma em seu todo e, por isto, prevalecer a mais favorável em todos os aspectos, com a observância de vantagens concretas.

A outra teoria é a da *acumulação* cuja previsão é que vai ser adotada cada parte da norma mais favorável, com a comparação feita de dispositivo regra a regra. Assim, seria estabelecido um conjunto de normas favoráveis ao empregado, com a criação de uma nova norma e nela contidas somente regras de proteção que foram separadas isoladamente.

Há grande controvérsia a respeito da teoria a ser aplicada e qual terá maior afinidade com o princípio da norma mais favorável. Sem maiores pretensões e com respeito aos doutrinadores que pensam o contrário, parece plausível a aplicação da teoria do conglobamento, com a apreciação da norma em seu todo como a mais favorável, até porque nela há características inspiradoras no direito concedido, pois do contrário, haverá remendos de direitos, permitindo ao aplicador a criação de uma nova norma, que poderá estar revestida de anomalia e de conveniências abstratas.

Isto, porque, imagina-se, o espírito embuído no princípio da norma mais favorável, tem como finalidade, a norma em seu todo, e não somente uma determinada regra específica de uma determinada norma, porque contrariamente, seria ele denominado de princípio da disposição mais favorável de várias normas. A legislação adotou o entendimento da teoria do conglobamento ao dispor no art. 3º, II, da Lei n. 7.064, de 1982 (BRASIL, 1982), que:

Art. 3 - A empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços:

I - os direitos previstos nesta lei;

II - a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, *no conjunto de normas e em relação a cada matéria.*

A aplicação do princípio da norma mais benéfica⁵⁰ é de suma importância, mormente porque ele direciona qual norma terá aplicação ao caso concreto, diante do conflito apresentado e dos diversos dispositivos elencados numa mesma norma. Há alguns exemplos conflitantes, veja-se: o artigo 165 da CLT dispõe que titulares, nas CIPAs, não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se, como, tal a que se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro; já o artigo 482 da CLT prevê a demissão por justa causa, sendo esta a pena mais severa aplicada ao empregado, considerando que, além de ser causa extintiva de estabilidade, também acarreta a perda dos direitos rescisórios do empregado; o empregado foi surpreendido por mau procedimento, uma das figuras da justa causa, sendo que o empregador optou em fazer a demissão fundada no artigo 165 da CLT, como sendo condição mais favorável ao empregado, o que seria plausível, mas pouco aceito nos pretórios da Justiça do Trabalho.

3.1.2.3 O Princípio da condição mais benéfica

É a regra que determina a prevalência da norma que contiver condições mais vantajosas a favor do empregado independente, se o ajuste é decorrente de regulamento, lei,

⁵⁰ NORMA JURÍDICA - Interpretação - Princípio da norma mais favorável. A definição da "norma mais vantajosa" depende da avaliação das normas comparadas em um todo, e não pontualmente cumulando direitos uns de certa norma e os demais de outra (TRT2ªR - RO nº 01.323.200.406.902.002 - Ac. 6ªT 20060101347 - Rel. Rafael E. Pugliese Ribeiro - DOE 10.03.2006).

acordo, convenção, ainda que tenha outra em vigor, desde que prescreva menor nível de proteção, sendo, então, incompatível⁵¹.

Portanto, a aplicação da regra em testilha tem, como pressuposto de aplicação: situação concreta mais benéfica ao empregado, afastando qualquer outra disposição que sobrevenha, independente do seu grau de imperatividade.

Opera a regra da condição mais benéfica em duas vertentes: restritiva e extensiva. A restritiva informa que devem ser mantidas a favor do empregado todas as condições mais vantajosas que as recém-estabelecidas. Extensivamente, entende-se que as partes podem estabelecer, entre si, condições superiores e favoráveis às mínimas legais existentes (RUPRECHT, 1995, p. 28).

O fundamento da prevalência da condição mais benéfica é a do direito adquirido, disposto no artigo 5º, XXXVI, da CF/88 e, no artigo 6º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB)⁵², que considera definitivamente integrado ao patrimônio de seu titular como vantagem líquida, lícita e concreta, que não seja passível de contestação nem podendo ser subtraída por mera vontade de outrem (BRUNO NETO, 1999, p. 136).

A regra da condição mais benéfica encontra respaldo no direito adquirido, isto é, não pode haver supressão de um direito conquistado. Há conflito com dois princípios de grande amplitude. De um lado, o propósito de proporcionar segurança ao cidadão, respeitando tudo o que adquiriu e patrimonializou em época em que a própria lei vigente lhe facultava o aludido direito. De outro lado, a evolução social impõe constante mutação das leis (RIBEIRO BASTOS, 1998, p. 218-220). Finaliza, a respeito da perdurabilidade do benefício e justifica o direito adquirido:

A pergunta a fazer-se é a seguinte: teria sentido esta norma sem admitirmos o caráter de perdurabilidade do benefício por ela criado? Se a resposta for negativa, estaremos diante de um direito adquirido. Figuremos como exemplo uma lei em que o Estado outorgasse uma pensão mensal para praticantes de ato de bravura em guerra. Seria uma profunda deslealdade, incongruente com o sentido de justiça próprio do direito, admitirmos que, três meses após sua instituição, esta vantagem viesse a ser cassada em virtude de uma suposta revogação da lei que a criou.

⁵¹ PRINCÍPIOS DA CONDIÇÃO MAIS BENÉFICA E DA IMODIFICABILIDADE "IN PEJUS" DO CONTRATO DE TRABALHO. O rebaixamento da função por longo tempo exercida pelo trabalhador viola o direito codificado no artigo 468 da CLT, estribado nos princípios de direito do trabalho da condição mais benéfica e da imodificabilidade "in pejus" do contrato de trabalho (TRT 22ª R - RO nº 2320/94 - Ac. nº 0322/95 - TP - Rel. Juiz Francisco Meton Marques de Lima - DJPI 19.04.95).

⁵² A LINDB considera, como direitos adquiridos, aqueles em que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, assim como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem, é de muito pouca valia para o efeito de determinação dos exatos lindes do conceito de direito adquirido (BASTOS, 1998, p. 216).

O direito adquirido, em regra geral, torna imodificável uma situação favorável conquistada pelo empregado. O artigo 468 da CLT dispõe que o contrato não poderá ser modificado, unilateralmente, pelo empregador, podendo somente de forma bilateral e desde que não resultem das alterações quaisquer prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade, por força da aplicação do princípio da inalterabilidade das condições benéficas do contrato de trabalho.

Algumas situações vivenciadas pelo empregado no contrato de trabalho são provisórias, o que afasta a aplicação da regra, podendo ocorrer alteração das condições de trabalho, retornando ao *status quo ante*, mesmo em condição prejudicial. ..muitas vezes, as condições mais favoráveis são meramente provisórias e fugazes, em conseqüência ou do desempenho interino de um cargo, ou de algum acontecimento extraordinário que origina uma sobrecarga circunstancial de trabalho (RODRIGUEZ, 1997, p. 64).

O *Ius Variandi* é uma exceção ao princípio da inalterabilidade ou imodificabilidade da condição mais benéfica, sendo que, em algumas hipóteses excepcionais, o empregador poderá alterar, unilateralmente, o contrato de trabalho, quais sejam: referentes à função, salário e ao local da prestação dos serviços. Veja-se:

- a) *Alteração quanto à função*: A alteração é lícita, independente da vontade do empregado, seguindo algumas hipóteses: cargo de confiança, com retorno ao cargo anterior (art. 468, § 4º, da CLT); cargo em comissão interino ou em substituição (art. 450 da CLT)⁵³; readaptação por motivo de deficiência física ou mental (art. 461, § 4º).
- b) *Alteração quanto ao salário*: Poderá ocorrer alteração ou redução salarial sem que caracterize ofensa ao princípio da irredutibilidade salarial, em algumas hipóteses: mediante Acordo ou Convenção Coletiva (art. 7º, VI, da Constituição Federal); adversidade na conjuntura econômica com a redução de 25%, mediante acordo coletivo com o Sindicato ou, não havendo acordo por autorização judicial (Lei 4.923/65, art. 2º)⁵⁴; Política salarial superveniente a acordo e convenção coletiva deverá ser respeitada (art.

⁵³ Verificar Súmulas 372 e 159, ambas do TST.

⁵⁴ Lei 4923, de 23 de dezembro de 1965, artigo 2º regulamenta a redução salarial prevista em instrumentos coletivos de trabalho: Art. 2º - A empresa que, em face de conjuntura econômica, devidamente comprovada, se encontrar em condições que recomendem, transitoriamente, a redução da jornada normal ou do número de dias do trabalho, poderá fazê-lo, mediante prévio acordo com a entidade sindical representativa dos seus empregados, homologado pela Delegacia Regional do Trabalho, por prazo certo, não excedente de 3 (três) meses, prorrogável, nas mesmas condições, se ainda indispensável, e sempre de modo que a redução do salário mensal resultante não seja superior a 25% (vinte e cinco por cento) do salário contratual, respeitado o salário mínimo regional e reduzidas, proporcionalmente, a remuneração e as gratificações de gerentes e diretores.

623 da CLT); supressão de adicionais quando cessados o trabalho noturno (TST 265), insalubre ou perigoso (art. 194 da CLT) e horas-extras (TST 291); transformação do contrato normal em parcial: mediante negociação coletiva, com a respectiva redução salarial (art. 58-A da CLT).

c) *Alteração do local de trabalho (transferência)*: Será lícita, sempre que houver o consentimento do empregado, sendo que, em alguns casos, há previsão legal, que, mesmo sem anuência do empregado, é lícita a transferência (art. 469, § 1º, 2º e 3º da CLT): empregado exercente de cargo de confiança, em contratos que tenham cláusula implícita ou explícita decorrente da própria natureza de sua atividade, quando ocorrer a extinção da empresa, em caso de transferência provisória (adicional de 25%)⁵⁵.

Há que se destacar que as hipóteses supramencionadas não afastam a aplicação da condição mais benéfica, mas são exceções resultantes do poder de direção do empregador, sem que haja prejuízo significativo ao contrato de trabalho.

Outra questão importante é a que envolve a ultratividade das condições mais benéficas resultantes de instrumentos normativos, quando estabelecidas por meio de convenção coletiva⁵⁶, acordo coletivo⁵⁷ ou sentença normativa⁵⁸, com prazo de vigência para o seu término.

Como solução da problemática, é mister diferenciarem-se as cláusulas obrigacionais e cláusulas normativas. Faz distinção Silva (1999, p. 109)⁵⁹ e justifica a aplicação da ultratividade, informando que

Cláusulas obrigacionais são as que criam deveres para as próprias partes (p. e. os sindicatos, na convenção), como as sanções por seu inadimplemento, a criação de comissões paritárias para dirimirem divergências quanto à sua interpretação, as que impõem o dever de paz ou de influência junto aos membros da categoria, no sentido da observância das obrigações a que os sujeite o acordo ou sentença, a instituição de processos de recurso e de mecanismos de conciliação e arbitragem, a criação de obras sociais, como

⁵⁵ O dirigente sindical não poderá ser transferido, sob pena de sustação de sua transferência (art. 659, I, da CLT).

⁵⁶ *Convenção Coletiva de Trabalho* é um instrumento normativo pactuado com os Sindicatos dos empregadores (categoria econômica) e sindicatos dos empregados (categoria profissional).

⁵⁷ *Acordo Coletivo* é o documento que formaliza negociação tratada entre a empresa e o sindicato dos empregados, vinculado apenas às partes envolvidas.

⁵⁸ *Sentença normativa* é uma decisão proferida pelos Tribunais regionais do Trabalho ou pelo Tribunal Superior do Trabalho no julgamento dos dissídios coletivos, criando norma e condições de trabalho.

⁵⁹ Se o empregador, por exemplo, em virtude de convenção coletiva, estava obrigado a fornecer transporte e uniformes, a conceder férias de 40 dias aos seus trabalhadores, etc., a extinção do convênio não o libertará dessas obrigações. Poderá, no futuro, contratar outros trabalhadores – fora da incidência temporal do contrato extinto – sem aquelas condições, mas o que foram contratados na vigência da convenção, por força dos seus contratos individuais, têm direitos adquiridos que não podem ser modificados.

colônias de férias e creches. É indubitável que as cláusulas dessa natureza não gozam de ultratividade. A sua vigência cessa com a do instrumento normativo que as encerre.

Muito diferente é o que se passa com as cláusulas normativas, aquelas que predeterminam o conteúdo dos contratos individuais do trabalho, salvo quando estes estipulam condições mais favoráveis do que as nelas consignadas. [...] continuam regidos pela norma da convenção extinta. É que elas se incorporam nos contratos individuais e as condições de

Trabalho nestas incorporadas não podem sofrer alteração, nos termos do art. 468 da Consolidação. (SILVA, 2009, p. 109).

A ultratividade de instrumentos normativos é a possibilidade de algumas garantias serem utilizadas em casos futuros, apesar do seu caráter de vigência temporária e a respectiva substituição por novo instrumento normativo, regras específicas para determinada categoria. Há grande divergência a respeito da ultratividade.

A súmula 277⁶⁰ do TST informa que o Instrumento normativo integra o contrato de trabalho, até que outro o revogue, em consonância com o disposto na Lei 8.542/92, revogada por medida provisória 1.053/95, que se transformou na Lei 10.192/01. A vigência dos instrumentos normativos possui caráter temporário, geralmente com data predeterminada para vigência das cláusulas e disposições. Soma-se a isso que as regras insertas, principalmente em convenção coletiva, são resultantes de negociação entre sindicatos dos empregados e empregadores, que deliberam com transação de direitos e garantias, isto é, geralmente se conquista uma condição em detrimento de outra negociada pelo sindicato.

A ultratividade se estende somente às garantias? As negociações poderiam ser prejudicadas, sob o reconhecimento da teoria do conglobamento?

Negociar em categorias em que empregados possuem direitos e garantias distintas, embora exerçam a mesma função, em razão da vigência de uma determinada convenção em curto lapso temporal, seria ofensa ao artigo 461 da CLT?

Portanto, torna-se complicado aplicar-se, de forma geral, a ultratividade das cláusulas de instrumentos, ainda que envolvendo as cláusulas normativas. Correria o risco de perder a força das negociações a favor de uma determinada categoria, até porque teria uma mesma categoria de empregados com direitos distintos, embora figurando o mesmo empregador, com o que certamente estaria caracterizado prejuízo por diferenças de interesses, o que prejudicaria, diretamente, a negociação por novos ganhos ou novas garantias.

⁶⁰ TST Enunciado nº 277 - Res. 10/1988, DJ 01.03.1988 - **Mantida** - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. **Condições de Trabalho Alcançadas por Força de Sentença Normativa - Prazo de Vigência** - As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos.

Não se cogita plausível a ultratividade dos Instrumentos Normativos, salvo em casos em que a alteração tenha afetado, diretamente, o núcleo do patrimônio do empregado conquistado na época em que a norma estava em vigor, isto é, na época de sua vigência, atendeu a todos os requisitos, caracterizando o ato jurídico perfeito e, como consequência, o direito adquirido. Decorrido o prazo de vigência da Convenção Coletiva de Trabalho não extingue o direito adquirido, se atendida a condição disposta na época de sua vigência.

Tem-se, que se preenchidos os pressupostos estabelecidos na época da vigência, caracteriza situação jurídica perfeita e acabada, tendo, então, de ser reconhecida a ultratividade. Como exemplo: reconhecimento da estabilidade por auxílio-doença, não podendo, após a vigência de aludida cláusula, afastar um direito reconhecido na época da vigência e preenchida a condição específica, qual seja, o acometimento do infortúnio.

3.2 O Princípio da Primazia da Realidade

A essência do princípio da primazia da realidade é dar privilégio a verdade, isto é, ao contrato-realidade, os fatos e as testemunhas são reveladores da realidade, prova que deverá ser perquirida pelo empregado ou empregador, a fim de afastar aparências ou instrumentos fraudulentos⁶¹.

É do empregador o ônus de elaborar e produzir documentos no contrato de trabalho. É ele quem tem o ônus de provar os pagamentos, por meio de emissão de recibos, cartões de ponto e elaborar os demais documentos para comprovação de pagamento. Ademais, não se pode negar que há situações em que no intento de fraudar ou omitir direitos trabalhistas, do se poder de direção e da vinculação que une empregador e empregado, aquele fabrica documentos inverídicos ou muitas vezes obriga o empregado a assiná-lo de forma genérica, sem que receba o nominado valor.⁶²

É certo que dependendo do grau de hipossuficiência do empregado, se submete a conduta lesiva dos seus direitos, diante do temor de perder seu emprego, devendo ser declarada

⁶¹ HORAS EXTRAS - Prova documental X Prova testemunhal. A prestação de trabalho extraordinário, em princípio, deve ser apurada via prova escrita, pré-constituída. Demonstrando a prova oral que é inverossímil a jornada constante nos registros de ponto, inclusive porque era vedado ao empregado registrar todo o tempo de efetivo trabalho, malferido o princípio da primazia da realidade, é possível ao órgão julgador deixar de considerar a prova escrita, que se constitui em mero instrumento de fraude trabalhista (artigo 9º da CLT), para deferir, com base nas assertivas das testemunhas, a remuneração sonogada quando ao trabalho prestado em sobrejornada. (Juiz Márcio Vaques Thibau de Almeida) (TRT24ªR - RO nº 03121/93 - AC.TP. nº 00528/94 - Rel. Juiz Amaury Rodrigues Pinto Júnior - DJ-MS 29.03.94).

⁶² Enunciado n. 91 – Salário Complessivo: Nula é a Cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador.

nula a conduta do empregador, para que seja substituída pela realidade e o conseqüente pagamento dos direitos supridos. Vigora a verdade estabelecida nos autos pela prova⁶³ produzida.

Como no processo penal que a perquirição da verdade material, assume indubitavelmente relevante fundamento, a verdade, de modo absoluto, objetivamente considerada. Tem o processo penal a perquirição, percuciente e minuciosa, da verdade material, “como se a própria verdade fosse pelo juiz pesquisada e, afinal, descoberta” (TUCCI, 1986, p. 142)⁶⁴, constitui esta, precipuamente, o objeto da prova nele realizada.

Finaliza o autor que:

As instituições ou evidências lógicas criam a certeza metafísica, mas a certeza judicial se forma através das sensações e do mundo externo. Daí a forma de certeza, física e moral (eventual, mista ou histórica), que é obra de pensamento reflexivo ou raciocínio[...]; e a certeza judicial tem por sujeito, não o homem em geral, mas o juiz; por objeto, o fato jurídico; por conteúdo, a certeza moral, apresentando-se, precipuamente, as atestações externas e as investigações indutivas como a fonte de certeza do fato jurídico. (TUCCI, 1986, p. 144).

A verdade tem mais importância do que qualquer outra prova produzida, sendo esta a real vocação do princípio da primazia da realidade.

3.2.1 Cabimento

O princípio da primazia da realidade dá importância ao que ocorre na prática, mais do que aquilo que as partes hajam pactuado de forma mais ou menos solene, ou expressa, ou aquilo que contenha em documento. O aludido desajuste entre os fatos e a forma tem diferentes aspectos, como ensina Rodriguez (1997, p. 227-228):

- 1) resultar de uma intenção deliberada de fingir ou simular uma situação jurídica distinta da real. É o que se costuma chamar de simulação...;
- 2) provir de um erro. Esse erro geralmente recai na qualificação do trabalhador e pode estar mais ou menos contaminado de elementos intencionais derivados da falta de consulta adequada ou oportuna...;
- 3) derivar de uma falta de atualização dos dados. O contrato de trabalho é um contrato dinâmico no qual vão constantemente mudando as condições da prestação dos serviços. Para que os documentos reflitam fielmente todas as modificações produzidas, devem ser

⁶³ O que é prova: é a demonstração da verdade dos fatos relevantes, pertinentes e controvertidos, em que se funda a ação ou a resposta.

⁶⁴ É a busca da verdade, como instrumento necessário para atingir o fim essencial da justiça. “À Justiça interessa a verdade real para punir os culpados e absolver os inocentes [...]” (LYRA, 1955, p. 46).

permanentemente atualizadas. Qualquer omissão ou atraso determina um desajuste entre o que surge dos elementos formais e o que resulta da realidade;

- 4) Originar-se da falta de cumprimento de requisitos formais. Algumas vezes, para ingressar ou ter acesso a um estabelecimento, requer-se a formalidade de nomeação por parte de determinado órgão da empresa ou o cumprimento de qualquer outro requisito que se haja omitido.

Em qualquer das hipóteses que mencionamos, os fatos primam sobre as formas. [...]. O que interessa é determinar o que ocorra no terreno dos fatos, o que poderia ser provado na forma e pelos meios de que se disponham em cada caso. Porém demonstrados os fatos, eles não podem ser contrapesados ou neutralizados por documentos ou formalidades. (RODRIGUEZ, 1997, p. 227-228)

Enquanto não haja prova em contrário, prevalece a presunção emanada do contrato de trabalho, como verdadeira vontade verdadeira das partes. Para derrubar a citada presunção, deve fazer prova, para comprovar conduta diferente. Não produzida prova convincente, permanece, como válida a presunção emergente do contrato de trabalho (RODRIGUEZ, 1997, p. 232).

Com efeito, a fundamentação deste princípio tem como base diferentes motivações, como ensina Rodriguez (1997, p. 232-236), a seguir:

- a) A boa-fé - A realidade expressa a verdade. Os documentos podem refletir a verdade, podem, também, refletir a ficção destinada a dissimular ou esconder a verdade, com o objetivo de impedir o cumprimento de obrigações legais ou de obter um proveito ilícito. Deve-se afirmar, invariavelmente, o império da realidade, que será o mesmo que afirmar o império da verdade, com alcance do princípio da boa-fé⁶⁵;
- b) A Dignidade da Atividade Humana - Derivada do próprio conteúdo do contrato, que pressupõe atividade humana prolongada no tempo. O direito do Trabalho regula o trabalho, que se formaliza por um contrato sucessivo e dinâmico, devido a grandes modificações que se refletem ou não na documentação. Este deve reproduzir, fielmente, a realidade e as alterações ocorridas no contrato de trabalho. Ocorrendo divergência entre ambos os planos, isto é, documento e realidade, o que interessa é o real, e não o formal;
- c) A desigualdade das partes – A situação de desigualdade econômica acompanhou, efetivamente, o empregado, e, diante do poder de direção do empregador, não se possui aptidão para discutir, de igual para igual, com o seu empregador, ainda mais se tratando na

⁶⁵ É a boa-fé que inspira e sustenta toda a ordem jurídica, como uma exigência indispensável da própria ideia de Justiça (RODRIGUEZ, 1997, p. 232).

esfera documental. A forma de corrigir toda possível anomalia é dar-se prioridade ao que ocorre na prática;

- d) Interpretação racional da vontade das partes – Os contratos são consensuais e as modificações ocorridas na prática, durante o cumprimento do contrato de trabalho, revelam uma forma de expressão de consentimento tácito, modificando o pacto primitivo. Os fatos demonstram a vontade real das partes, e se, cumprido de determinada maneira, é porque as duas partes consentiram. O aludido consentimento tácito deve primar sobre o texto escrito primitivo, por ser posterior e bilateral⁶⁶.

O ônus de provar que os documentos estão com máculas ou vícios é do empregado, mormente em razão da presunção da boa-fé que deve nortear os contratos. Tem-se que a prova testemunhal ou outras provas que não sejam documentais são meios idôneos e suficientes para afastar a presunção “jūris tantum”. Há casos em que se revela de suma importância a prova testemunhal, sendo o meio hábil, para que se apreciem fatos controvertidos e que os outros meios de prova não foram suficientes para se alcançar a verdade.

Ad cautelam, a verdade deve ser perseguida pela prova que constar melhor afinidade com o contexto material do processo, considerando-se que, muitas vezes, se denota a natureza da condição de uma determinada prova testemunhal e que pode induzir a uma decisão inverídica. O meio de prova testemunhal terá de ser escoreito e idôneo, sendo justos os ofícios ao órgão competente pela caracterização de falso testemunho, pois não se pode admitir que um cidadão vá até o Judiciário para prestar depoimento inverídico, porque isto atenta a todos os trabalhadores que necessitam e se socorrem a este meio de prova.

O princípio da primazia prevê a superioridade da realidade em detrimento das demais provas. É um princípio de todos, e não somente favorável ao empregado. Ele tem como finalidade fazer prevalecer a verdade diante de um conflito apresentado pela divergência entre os documentos e os fatos. A verdade deve ser perseguida pelo magistrado, tendo ela assimetria com a justiça⁶⁷.

⁶⁶ Não se podem perder de vista as questões tipificadas no artigo 468 da CLT.

⁶⁷ CONTRATO DE TRABALHO - Prevalência da realidade sobre o pactuado formalmente.

Vigora, no direito do trabalho o princípio do contrato-realidade, conforme o qual o que ocorre na prática tem primazia sobre os termos ajustados previamente entre tomador e prestador de serviços. Ou seja, o que determina a natureza da relação de trabalho é o que acontece no terreno dos fatos, não o que foi pactuado formalmente. Segundo Mario de La Cueva, resulta errôneo pretender julgar a natureza de uma relação de acordo com o que as partes tiverem pactuado, uma vez que, se as estipulações consignadas no contrato não correspondem à realidade, carecerão de qualquer valor. Em razão do exposto é que o contrato de trabalho foi

Caso haja concordância com a prova documental apresentada não se cogita a produção de prova testemunhal, pelas conseqüências advindas da pena de confissão. Como exemplo: empregado que reconhece o horário como verdadeiro o disposto nos cartões-de-ponto sem anotação de labor extraordinário, e posteriormente, pretende produzir prova testemunhal para comprovar horas-extras. Não houve conflito que justificasse a primazia da realidade.

3.3 O Princípio da Irrenunciabilidade

O princípio em epígrafe tem como finalidade resguardar direitos trabalhistas indisponíveis, isto é, mesmo que ocorra a renúncia do empregado, não terá validade, por invocação ao princípio da irrenunciabilidade.

3.3.1 Características da Indisponibilidade

É salutar que não se pode considerar uma declaração de renúncia de direitos indisponíveis pelo empregado, por estar caracterizada a ausência de igualdade e maculada sua liberdade⁶⁸, mormente em razão das circunstâncias que norteiam o contrato de trabalho, como o poder de direção do empregador e a sua respectiva superioridade econômica, restando ao empregado renunciar ou perder o emprego.

A renúncia é um ato jurídico unilateral pelo qual o titular de um direito dele se despoja. Há dois tipos de renúncia: a expressa, que é manifestada de forma clara e objetiva, seja por escrito ou verbal. E a Tácita, caracterizada quando o titular do direito pratica atos que induzem à vontade de renunciar (LEVENHAGEN, 1981, p. 219).

O princípio da irrenunciabilidade foi reconhecido, explicitamente, pela Consolidação das Leis trabalhistas em seu artigo 468, ao prescrever que em caso de alteração contratual, o empregado não poderá sofrer prejuízo, direta e indiretamente, mesmo com o seu consentimento, sob pena de nulidade. O artigo 9º da CLT também declara nulos os atos tendentes a desvirtuar, impedir ou fraudar direitos trabalhistas.

denominado contrato-realidade, posto que existe não no acordo abstrato de vontades, mas na realidade da prestação do serviço, e que é esta e não aquele acordo o que determina sua existência (TRT10ªR - RO nº 2.843/2001 - 2ª T. - Relª Juíza Flávia Simões Falcão - DJU 25.01.2002).

⁶⁸ “[...] No estado natural, os homens nascem bem na igualdade; mas não poderiam permanecer assim: A sociedade os faz perdê-la, e eles não se tornam de novo iguais senão através das leis [...]” (MONTESQUIEU, (2010, p.147).

Ademais, qualquer tipo de conduta patronal ou obreira, que procure obstar a aplicação das regras trabalhistas ou usufruir direitos trabalhistas, será inócua. A renúncia trabalhista gera raciocínio lógico de que há erro e coação, por ser contrária aos próprios interesses do empregado. Aponta Russomano (1983, p. 486) os motivos da aplicação da regra da irrenunciabilidade:

a) porque a situação econômica instável do trabalhador é convite a que lhe imponham condições novas, nem sempre justas; b) porque, no fundo, o comum é que ninguém vá concordar, livremente, com algo que lhe trará prejuízos.

É um princípio que garante condições mínimas de trabalho ao empregado e que, embora esteja sob o crivo e ordens do empregador, não será válido qualquer tipo de renúncia de direitos pelo empregado, pela total ausência de condição de fazê-la, por seu consentimento, por ora viciado⁶⁹.

Diferentemente do que ocorre no direito comum, onde as partes podem renunciar eventuais a direitos, embora, atualmente, haja uma tendência de publicização nos demais ramos do direito, considerando que a ofensa, há garantias, notadamente, fundamentais dispostas, constitucionalmente, ao cidadão, não são passíveis de renúncia. Trata-se de uma tendência humanitária, o caminho e reconhecimento da boa-fé e o respeito ao próximo, a fim de tentar amenizar e vangloriar atitudes em que se prestigia o sujeito “esperto”, como aquele que tira o maior proveito possível do outro. Seja atitude revelada no trabalho ou na sociedade.

Há um clamor, para que a educação tenha, como pauta, o respeito ao ser humano para com o outro, essência que germinou o direito do trabalho, reconhecendo o próximo como necessário para o complemento de si mesmo.

No Direito do Trabalho, vige o princípio da irrenunciabilidade, compreendido como, que não se cogita plausível a ninguém a privação de condições mínimas estabelecidas em seu proveito próprio (RODRIGUEZ, 1997, p. 68).

Rodriguez (1997, p. 69-82) determina os fundamentos do princípio da irrenunciabilidade e faz algumas divisões:

⁶⁹ PROGRAMA DE INCENTIVO AO DESLIGAMENTO VOLUNTÁRIO - Adesão - Quitação das verbas trabalhistas. Adesão do empregado a plano de incentivo à demissão não confere quitação plena (genérica) das parcelas advindas do extinto contrato de trabalho, por ser princípio de Direito do Trabalho a irrenunciabilidade de direitos, mormente quando dispõe o art. 477 da CLT que, para a validade da rescisão do contrato, necessária a assistência sindical - Recurso de Revista a que se nega provimento (TST - RR nº 692.370 - 5ª T - Rel. Min. João Batista Brito Pereira - DJU 19.04.2002).

- *É o princípio da indisponibilidade* – A lei estabelece a invalidade das renúncias e transações, independentemente se os negócios foram constituídos no ato da constituição da relação de trabalho ou durante a mesma;
- *Tem caráter de ordem pública* – É o intento de levar mais justiça ao status do trabalhador. É a defesa de ordem pública trabalhista com caráter geral a todas as investidas de fraude trabalhista, em múltiplas ocasiões.
- *Limitação à autonomia da vontade* - A autonomia da vontade encontra limites na lei trabalhista, para se evitarem abusos.
- *Vício de consentimento presumido* – É a situação das partes no plano psicológico. Tem, como fundamento, a irrenunciabilidade nos vícios de consentimento presumidos ou reais, que justificam a invalidade da renúncia do trabalhador. Quando as renúncias tratam de direitos inderrogáveis, não há necessidade da demonstração do vício do consentimento, bastando apenas a natureza inderrogável do direito abstraído.

A aplicação do princípio da irrenunciabilidade poderia caracterizar supressão da vontade das partes? Poderia ocorrer um cerceamento à autonomia jurídica do empregado?

Não. A intervenção nos contratos individuais de trabalho pelo princípio em questão denota-se útil e necessária, considerando que tem como missão equilibrar a relação de emprego. É ele que confere ao empregado a garantia de que diante de eventual dissimulação, não abdique de direitos mínimos, conquistados pela árdua luta, em busca de melhores condições de trabalho e na manutenção da dignidade nas relações laborais⁷⁰.

A renúncia⁷¹, durante a vigência do contrato, de trabalho é nula de pleno direito, sendo unânime a aplicação do princípio da irrenunciabilidade na relação de emprego, figurada no artigo 3º da CLT.⁷² No término do contrato de trabalho, aumenta, de forma considerável o rol de renúncias trabalhistas.

⁷⁰ A respeito da incapacidade do empregado negociar e a importância do princípio da irrenunciabilidade. “[...] Esses operários compelidos a venderem-se a retalho, são uma mercadoria como qualquer outro artigo do comércio e, portanto, estão igualmente sujeitos a todas as vicissitudes da concorrência, a todas as flutuações do mercado [...]” (MARX; ENGELS, 2010, p. 35).

⁷¹ RENÚNCIA DE DIREITOS - Regra geral - Impossibilidade. Somente em casos excepcionalíssimos admite-se, na Justiça do Trabalho, a renúncia pura e simples de direitos pelo empregado. Aplicável ao presente caso o princípio da indisponibilidade ou irrenunciabilidade de direitos, com intuito de limitar a validade e a eficácia de atos do empregado no estado de "subordinação" pós-contratual, visto que não há nenhuma justificativa plausível que leve a homologação do pedido de renúncia de direitos (TRT12ªR - RO-V nº 00.644-2005-017-12-00-7 - 2ª T. - Rel. Juíza Teresa Regina Cotosky - J. 02.05.2006 - DJ/SC 19.06.2006 - v.u).

⁷² Art. 3º da CLT - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Deve-se reconhecer que há direitos que não podem ser jamais renunciados, mesmo sob o manto do Judiciário. Já há outros, que possuem eficácia de quitação por ocasião de acordo judicial. Por fim, há alguns direitos que são passíveis de eventual transação, justificando melhor adequação nas relações laborais específicas. Veja-se: As espécies de conteúdo imperativo (1) são irrenunciáveis e intransigíveis, não podendo ser objeto de acordo entre empregador e empregado ou em juízo. As de natureza imperativa (2) são indisponíveis, porém, em nível de ação judicial, podem ser transigidas por força da conciliação. A terceira (3) e última espécie, que são as dispositivas ou supletivas, são livremente transacionadas, com observância das exigências legais (LIMA, 1997, p. 94).

Portanto, torna-se de suma importância considerar que o princípio da irrenunciabilidade comporta exceção com base em direitos que podem ser transacionados, ou em juízo, ou pelo sindicato, ou pelo empregador, com a concessão mútua das partes de direitos e obrigações.

Informa que somente poderá ocorrer a renúncia, quando se tratar de um direito certo e existente, ou futuro, desde que seja certo e que não suporte contestação, não caracterizando renúncia a uma coisa em que sua propriedade não seja reconhecida amplamente.

Não é o caso da transação que diz respeito a duas prestações opostas que se reduzem, por mútuo acordo, a uma só, por cessão mútua, respectivamente de direitos incertos ou direitos que se chocam e têm, como pressuposto, o litígio. É a *res dubia* elemento essencial, para que ocorra a transação (SUSSEKIND, 2005, p. 218). Finaliza, que, se um dos contratantes está certo da obrigação que deve ser solvida, age, de má-fé, transacionando com a outra parte, com o benefício de mútuas concessões.

Há outros entendimentos, no sentido de que a conciliação é um acordo efetuado entre as partes, com a interveniência de um conciliador, que pode ser um árbitro, juiz ou outra pessoa escolhida em comum acordo. Em toda conciliação, há uma transação com a renúncia de direitos em favor de uma solução pacífica e rápida da contenda (RUPRECHT, 1995, p. 44).

O que não se cogita plausível é a renúncia de direitos inderrogáveis e indisponíveis, sendo que, mesmo sob o manto do judiciário, não se afigura possível renunciá-los, pois fere o princípio da irrenunciabilidade⁷³. Não se pode aceitar uma conciliação em que leve em conta a morosidade do judiciário e a demora, para receber direitos indisponíveis e, por isto, o

⁷³ “[...] um homem, ao transferir um direito ou renunciar a ele, o faz, levando em consideração o direito que lhe foi reciprocamente transferido, ou com a presença de ser beneficiado. É um ato voluntário e todo homem pratica um ato voluntário esperando alcançar algum benefício. Portanto, sobre alguns direitos, é impossível admitir que algum homem, por quaisquer palavras ou outros sinais, possa abandoná-los ou transferi-los [...]” (HOBBES, 2010, p. 99).

empregado se submeta a “transacionar” direitos inderrogáveis, como 13º salário, férias, FGTS e salário mínimo. São direitos que não comportam conciliação e renúncia, inclusive passíveis de concessão de tutela antecipada diante de sua natureza alimentar, sob pena de acarretar danos e prejuízos irreparáveis.

Outra questão intrigante é se a prescrição trabalhista pode ser nominada como renúncia de direitos. O artigo 11 da CLT dispõe a respeito da prescrição bienal, que é a prescrição extintiva de direitos, que é de dois anos após a extinção do contrato. A quinquenal, que é o direito garantido ao empregado dos últimos cinco anos de trabalho, contados desde a data da propositura da ação.

A prescrição é um instituto que tem, como fundamento, a certeza e a estabilidade nas relações jurídicas, visando à harmonia social e ao equilíbrio das relações jurídicas tuteladas pela ordem pública. A prescrição representa o fenômeno extintivo de uma ação ajuizável, tendo em vista a inércia do seu titular. A decadência⁷⁴, também chamada de caducidade ou de prazo extintivo, é caracterizada pela perda do direito pelo decurso do prazo, mas não a perda do direito de ação (MARTINS, 2008a, p. 41).

Alguns doutrinadores sustentam que a prescrição⁷⁵ é um instituto que vai contra o Direito do Trabalho, ao permitir uma suposta “renúncia” de todos os direitos trabalhistas, com a extinção total de direitos irrenunciáveis. O que há em questão, são dois princípios que se chocam, quais sejam: o da irrenunciabilidade e o da segurança jurídica. Tem imperado o princípio da segurança jurídica, sob o fundamento de que o trabalhador tem prazo suficiente para reclamar os seus direitos, que são geralmente dilatados por casos de suspensão e interrupção no próprio contrato de trabalho. A ofensa ao princípio da segurança jurídica é indispensável a todo o estado de direito (RUPRECHT, 1995, p. 48-49).

Invoca-se a segurança jurídica, como limitadora, em caso de ocorrência efetiva da prescrição, uma vez que, embora tenha o empregado um direito pleno e acabado, há renúncia, mesmo que imprópria, por não estar escrita expressamente, devido a sua inércia.

No caso de conciliação, é possível entender-se que seria uma transação, quando presente a *res dúbia*, com concessões mútuas, e não caso de renúncia de direitos trabalhistas. Não há disposição que proíba as transações. A presença de boa-fé é pressuposto essencial para a validade da transação, sem que configure ofensa ao princípio da irrenunciabilidade.

⁷⁴ Decadência: trinta dias para proposição de inquérito judicial e para promover ação rescisórias de dois anos.

⁷⁵ Não corre prescrição contra os absolutamente incapazes e contra os menores de 18 anos, respectivamente, 198, I, do CC e 440 da CLT

O que não se pode admitir é que, após efetivada a transação legítima, devidamente assistida por melhores condições e mais adequadas ao empregado, tenha a seu favor a declaração do restabelecimento de direitos antes transacionados, sob pena de engessamento das relações laborais e de se reconhecer a presunção de má-fé, o que se repudia.

3.4 O Princípio da Continuidade

O princípio da continuidade nos contratos de emprego tem, como finalidade precípua, a manutenção do empregado, por isto, faz-se necessária a intervenção estatal, afastando a dispensa imotivada, mesmo contra a vontade do empregador.

3.4.1 Fundamento da manutenção do contrato de trabalho

Tem o princípio da continuidade, como fundamento, a necessidade que o trabalhador tem de arrumar um emprego que lhe assegure o sustento próprio e de sua família. Outro fundamento, de ordem moral, é o direito que todo ser humano tem ao trabalho. Todos necessitam de uma ocupação, que faz bem para o corpo e para a alma, sendo o ócio o pai de todos os vícios (LIMA, 1997, p. 101).

- a) Podem ser mencionadas algumas características do princípio da continuidade, quais sejam;
- b) perdurabilidade - significa que dura por muito tempo. O contrato de trabalho não é eterno, mas há continuidade na prestação de serviços (contrato de execução não instantânea);
- c) permanência - tem o significado de estada, demora, constância. A permanência no emprego não é indefinida, mas contínua;
- d) estabilidade – é a proteção dada ao trabalhador contra a dispensa abusiva (MARTINS, 2000, p. 132).

Várias são as disposições que demonstram a aplicação e a importância do princípio da continuidade das relações de emprego. Segundo Pedreira da Silva (1999, p. 148-155), são considerados corolários do princípio da continuidade:

- a) presunção, em caso de dúvida, da continuação do emprego – na dúvida sobre a existência do vínculo empregatício, há presunção (súmula 212) pela continuidade do trabalho, sendo ônus do empregador provar o seu término;
- b) a preferência pelos contratos de trabalho de duração indeterminada Os contratos por prazo determinado devem atender e se enquadrar nas exigências dispostas no art. 443, § 2º, da CLT, devido à presunção da continuidade do contrato;
- c) a nulidade parcial do contrato de trabalho – a nulidade de uma ou outra cláusula não implica nulidade do seu todo, por invocação ao princípio da continuidade.

O princípio da continuidade tem, como objetivo, a manutenção dos contratos por prazo indeterminado. Portanto, para que tenham validade, os contratos por prazo determinado devem atender a vários requisitos, sendo que, no silêncio das partes, não pode ser prorrogado mais de uma vez e, decorrido o prazo para o seu término, passará a vigorar por prazo indeterminado.

O artigo 7º, I, da Constituição Federal/1988 (BRASIL, 1988) protege o empregado da despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que deverá fixar indenização compensatória. Não houve, ainda, promulgação de lei complementar para regular a despedida imotivada.

Em razão da estabilidade decenal e do sistema indenizatório da CLT (art. 492 da CLT) (MARTINS, 2011b), que previa que o empregado, há mais de dez anos no emprego, não podia ser dispensado, estabeleceu-se o sistema de vigência da estabilidade absoluta. Após a sua revogação, a Constituição Federal de 1988 instituiu o regime único do FGTS, em consonância com as disposições previstas na Lei 8036/90. A aludida disposição tem, como regra, a obrigatoriedade de depósito, na Caixa Econômica Federal, a favor do empregado, no valor de 8% (oito por cento) do seu salário, em todo dia 7 (sete) de cada mês, além da incidência do pagamento de uma multa de 40%, revertida a favor do empregado, pela dispensa arbitrária.

Atualmente não existe estabilidade absoluta, mas garantias ao empregado, diante de determinadas condições que caracterizam a sua permanência no emprego, mesmo sem a vontade do empregador.

A primeira norma da OIT a versar sobre a terminação da relação de emprego foi a recomendação n.º 119, de 1963, estabelecendo que não poderia ocorrer a terminação do emprego, a menos que houvesse uma causa justificada. A recomendação 143 da OIT, de 1971, estabelece que o empregador deverá indicar os motivos da dispensa dos representantes

dos trabalhadores. É a essencialidade da intervenção estatal, para proteger os trabalhadores contra as dispensas injustificadas.

Finalmente, na Conferência Internacional da OIT, de 1981, foi incluído o tema terminação da relação de emprego por iniciativa do empregador, ocasião em que foi aprovada, em 1982, a Convenção de n.º 158 em substituição à recomendação n. 119, adotando várias medidas, para evitar a dispensa arbitrária. Algumas disposições da Convenção n.º 158 estão sendo aplicadas e outras podem ser implementadas por acordo ou convenções coletivas, atendendo às peculiaridades de cada categoria (MARTINS, 2000, p. 48-50).

A Convenção n. 158 da OIT foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 68, de 16 de setembro de 1992, sendo promulgada pelo Decreto n.º 1.855, de 10 de abril de 1996. Posteriormente, foi denunciada em 20 de novembro de 1966, conforme se verifica do Decreto n.º 2.100, de 20 de dezembro de 1996.

A Constituição Federal, a lei, regulamentos, convenções e acordos coletivos dispõem a respeito da garantia de emprego. Segundo Francisco Meton de Lima (1997, p. 119-128), são várias as garantias:

- a) representante sindical – o art. 8º da CF, VIII, proíbe a dispensa do empregado eleito para cargo de direção ou representação sindical, estendendo a garantia aos suplentes a partir do registro da sua candidatura, até um ano após o término do mandato;
- b) gestante – o art. 10, II, do ato das Disposições Constitucionais Transitórias prevê a estabilidade da gestante desde a confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto⁷⁶;
- c) dirigente da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes e o suplente – (art. 10, II, da a, do. ADCT da CF/88 e art. 165 da CLT). Possuem estabilidade o dirigente e os suplentes desde a data do registro da candidatura, até um ano após o seu término do mandato;
- d) acidentado – o art. 118 da Lei n. 8.213, de 24. 7. 91 estabelece manutenção do contrato pelo prazo mínimo de doze meses após a cessação do benefício;
- e) diretor de cooperativa – o art. 55, da Lei n. 5.764/71 assegura a estabilidade da data da nomeação até doze meses após o término do mandato, não se estendendo aos suplentes e ao conselho fiscal;
- f) estabilidade contratual – é obtida por convenção das partes, convenção coletiva ou acordo coletivo.

⁷⁶ (PEC 114/2007). Proposta de alteração da redação do inciso XIX, do art. 7º da Constituição Federal. O projeto acrescenta a estabilidade para o pai empregado, até 4 meses após o parto, desde que seja dele a única fonte de renda da família.

Quando houver controvérsia acerca do término do contrato de trabalho, compete ao empregador a prova de que a iniciativa da extinção se deu pelo empregado, devido à presunção de manutenção do contrato por força da súmula 212 do TST⁷⁷.

O princípio da continuidade prevê a manutenção do contrato de trabalho, tem ele como presunção de continuidade, no sentido de assegurar em casos a manutenção das relações laborais, mesmo contra a vontade do empregador⁷⁸. É certo que não há no sistema trabalhista atual a estabilidade absoluta, salvo em casos de empregados contratados antes da edição da Constituição Federal/88 e que já possuíam 10(anos) de trabalho, bem como somente aqueles em não fizeram a opção pelo regime do FGTS, caso de renúncia de estabilidade, sendo cogitado por alguns autores, como um dos maiores casos de história do direito do trabalho, de renúncia trabalhista.

A essência do princípio da continuidade, é no sentido de que, em algumas situações durante a execução do contrato de trabalho, seja reconhecida uma presunção favorável ao empregado, como sendo o contrato de emprego a sua principal fonte de subsistência. A própria legislação trabalhista criou mecanismos econômicos para que impossibilite a dispensa do empregado, como a imputação do aviso prévio proporcional ao tempo de trabalho, multa do FGTS e, finalmente, para resguardar o empregado, tem ele o recebimento do seguro-desemprego, a fim de garantir sua sobrevivência, até que arrume outro emprego.

Além disso, há também o reconhecimento da estabilidade em casos em que o empregado estiver acometido de infortúnio laboral, como uma garantia de continuidade laboral, salvo em casos de demissão por justa causa, cujo ônus é do empregado de provar a sua ocorrência, sob pena de reintegração ou indenização compensatória do período respectivo.

⁷⁷ ABANDONO DE EMPREGO - Justa causa - Ônus da prova. O ônus da prova do abandono de emprego é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado. Incidência do Enunciado 212 do Tribunal Superior do Trabalho (TRT13ªR - RO nº 1.258/97 - Rel. Juiz Carlos Coelho de Miranda Freire - DJPB 14.12.97).

⁷⁸ PODER DISCIPLINAR – Princípio da continuidade da relação de emprego. O poder disciplinar denota a desigualdade jurídica entre as partes no contrato de trabalho. Contudo, possibilita que o vínculo empregatício se prolongue por tempo indeterminado, sendo preservado por meio da adoção de punições de cunho pedagógico e proporcionais à falta do trabalhador; diferentemente das relações obrigacionais civis, de natureza efêmera ou transitória (TRT2ªR - RS nº 0.591.200.701.702.000 - Ac. 12ªT 20070642618 - Rel. Adalberto Martins - DOE 24.08.2007). Tribunal Regional do Trabalho - TRT13ªR.

Importante a proclamação do princípio da continuidade, tendo ele a finalidade de afastar dispensas motivadas por discriminação ou condutas que possam acarretar ofensas na manutenção no pacto laboral, que tem como presunção sua vigência indeterminada⁷⁹.

⁷⁹ UNICIDADE CONTRATUAL.O princípio basilar nesta Justiça Especializada é sempre pela continuidade do vínculo laboral, as provas da ruptura do pacto laboral devem estar sobejamente provadas, caso contrário, tem-se como inválido o pedido de demissão do autor, reconhecendo-se a unicidade contratual.(TRT9ªR - Ac. nº 14.368/96 - 1ª T - Rel. Juiz Wilson Pereira - DJPR 19.07.96).

CAPÍTULO 4 - O RECONHECIMENTO DOS PRINCÍPIOS COMO DIRETRIZES PARA UMA DECISÃO JUSTA E DINÂMICA

Os princípios sustentam toda a estrutura trabalhista. São eles que formam conceitos e afastam a supressão de direitos garantidos ao longo da trajetória de conquistas laborais. Não há como negar-se que afastam eventuais renúncias de direitos, tais como declarações fraudulentas e que estabelecem limites, para que não ocorra uma flexibilização insensata, sem ofensa ao princípio da autonomia da vontade. São premissas de que a sociedade tenha a certeza da efetividade da prestação jurisdicional.

4.1 Concepções

Não há como se reconhecer a importância dos valores morais e éticos para a conquista de uma decisão, sem que se perceba a sistemática principiológica como premissa de um ideal de justiça, tornando-se de suma importância o questionamento a respeito das técnicas de hermenêutica apresentada por alguns pesquisadores.

Dworkin (2005) apresenta um salutar questionamento a respeito das técnicas de hermenêutica jurídica, a fim de esclarecer o que seria um Estado ideal de direito e qual concepção teórica estaria relacionada a ele. Para tanto, cita duas concepções do Estado de Direito, sendo uma centrada no texto Jurídico e a outra concepção centrada nos direitos:

A concepção centrada no texto jurídico é, ao meu ver, muito restrita porque não estipula nada a respeito do conteúdo das regras que podem ser colocadas no texto jurídico. Enfatiza que, sejam quais forem as regras colocadas no “livro de regras”, elas devem ser seguidas até serem modificadas. Os que têm essa concepção do Estado de Direito realmente se importam com o conteúdo das normas jurídicas, mas dizem que isso é uma questão de justiça substantiva e que a justiça substantiva é um ideal diverso que não é, em nenhum sentido, parte do ideal do Estado de Direito. (DWORKIN, 2005, p. 7).

A segunda concepção de Estado de Direito adotada por Dworkin (2005, p. 7) diz respeito à concepção “centrada nos direitos”, informando que ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais por meio de Tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável.

Para Dworkin (2005, p. 8), o Estado de Direito concebido na concepção centrada nos direitos é o ideal de governo representado por uma concepção pública, precisa dos direitos individuais, não distinguindo o Estado de Direito e a Justiça substantiva, mas, ao contrário, exigindo, como parte ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique.

Sustenta o autor que o estado de Direito centrado no texto legal possui apenas uma dimensão: a comunidade política poderá mostrar-se deficiente, podendo utilizar seu poder de polícia sobre cidadãos individuais, de maneiras diversas, e não da maneira especificada no livro de regras. Por outro lado, a concepção centrada nos direitos possui várias dimensões, expressas da seguinte forma: um Estado pode fracassar no âmbito dos direitos individuais que alega impor, declinar de impor direitos contra si, fracassar na exatidão de direitos que reconhece, podendo deixar de reconhecer direitos importantes e fracassar na equidade de sua imposição.

Como se vê, a concepção centrada nos direitos garante mais possibilidades, para que se proteja o cidadão, considerando que possui várias dimensões e questionamentos, que, mesmo deficiente, terá ainda mais chances de resguardar direitos, tendo em vista que terá que fracassar em todas as dimensões, para que haja sua supressão.

Após apresentar a definição das concepções acima, o mesmo autor afirma que, embora elas se rivalizem entre si, como ideais de processo jurídico, são interdependentes, enquanto ideais mais gerais para uma sociedade justa. Fundamenta e prescreve a importância das regras, no sentido de que qualquer comunidade política será melhor, se suas decisões não conduzirem a qualquer atitude a não ser a especificada em regras públicas devidamente aprovadas e cuja aquiescência à concepção centrada no texto jurídico parece ser, também, necessária a uma sociedade justa.

Qualquer governo que atue contrariamente ao seu próprio repertório legal muitas vezes - pelo menos em questões importantes para cidadãos particulares - pode não ser justo, não importa quão sábias ou justas suas instituições possam ser em outros sentidos. (DWORKIN, 2005, p. 8).

O simples assentimento às leis não é suficiente para o alcance da Justiça e, considerando-se a possibilidade da existência de regras injustas, deduz que qualquer comunidade política será melhor, se não tomar decisões contrárias às regras públicas, mas é salutar considerar-se, também, o cumprimento dos direitos individuais do cidadão, denotando a importância das regras e inclusive dos princípios no processo de construção do estado de direito⁸⁰.

⁸⁰ A respeito do campo de incidência dos princípios: “[...] A força normativa dos princípios é muito maior que a das simples regras de direito, porque estas vigem na exata medida em que não colidem com aqueles. A função própria dos princípios consiste, justamente, em dar unidade ao sistema jurídico, direcionando a interpretação e a aplicação de suas normas e gerando novas regras em caso de lacunas [...]” (COMPARATO, 2010, p. 58).

O presente estudo enfoca a inquietação, para determinar o ideal de Direito, sendo esse Direito ideal almejado como garantia da efetividade da prestação jurisdicional. Ademais demonstra a deficiência da aplicação isolada de um ou outro sistema, seja pela concepção com base no positivismo, seja com base nos direitos individuais.

Dworkin (2005) esclarece que as concepções devem harmonizar-se entre si, destacando que a questão final a ser considerada, isto é, se o queixoso tem o direito moral de receber aquilo que exige, o texto jurídico é relevante para essa questão final. Reconhece que a concepção do Estado de Direito deve estar em consonância com o conjunto de normas jurídicas e que seja compatível com o repertório legal da jurisdição.

Neste sentido, Dworkin (2005, p. 15-16) apresenta um exemplo que enfatiza a sua proposta, no sentido de unificar o ordenamento jurídico, reconhecendo a aplicação dos princípios, desde que atenta ao conjunto de normas jurídicas:

Um juiz que segue a concepção do Estado de Direito centrada nos direitos tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas pelo caso. Mas ele não pode aplicar tal princípio a menos que este, como princípio, seja compatível com a legislação, no seguinte sentido: o princípio não deve estar em conflito com os outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras. Suponha que um juiz aprove o que se poderia chamar de um princípio cristão radical: de que cada cidadão possui o direito moral de ter para si o excedente dos que possuem mais riquezas que ele. Ele pode querer aplicar esse princípio a casos civis e contratuais difíceis, recusando o reparo de danos exigido de um réu pobre com base no fundamento de que o direito ao reparo de danos do queixoso mais rico deve ser contraposto ao direito do réu à caridade. Mas ele não pode fazer isso porque (para melhor ou pior) esse princípio é incompatível com o conjunto de normas jurídicas. Isto é, não se poderia dar nenhuma justificação adequada do que está na lei sem pressupor que o princípio cristão radical foi rejeitado. A concepção centrada nos direitos supõe que o livro de regras representa as tentativas da comunidade para captar direitos morais e requer que qualquer princípio rejeitado nessas tentativas não tenham papel na prestação jurisdicional.

Importante reconhecer-se que as premissas básicas da concepção do texto jurídico e da concepção centrada nos direitos são distintas. Fundamenta Dworkin (2005) que, no modelo centrado na concepção de direito, na medida em que é praticável, o cidadão tem acesso aos direitos morais que possui em sua defesa. Já no outro caso, ou seja, na concepção centrada no texto jurídico, há somente especulação, no sentido de que o que faria o legislador, se houvesse feito alguma coisa, tendo em vista que o aplicador teria que se socorrer da premissa hipotética como base no direito positivado.

Portanto, numa análise das duas teorias supramencionadas, verifica-se que a concepção centrada nos direitos autoriza o julgamento pela aplicação dos princípios e o reconhecimento de valores morais ao caso concreto, ao passo que a concepção centrada no livro de regras (centrada no texto) garante que a lei seja aplicada da forma como foi escrita, o que também poderá gerar eventuais injustiças.

O estado de direito será aquele em que a lei posta seja cumprida, reconhecendo a principiologia como pressuposto essencial para uma decisão concreta e mais justa, fundamento de um ordenamento jurídico ideal. A busca por uma decisão justa não tem motivos egoísticos, mas um ideal ético a ser cumprido, por que a justiça deve ser moralmente assegurada como a mais pública das virtudes.

4.2 Pretensão à Correção

Há uma conceituação importante da validade do direito, incluindo a questão da pretensão à correção e à importância da conexão entre direito e moral, para o alcance de uma decisão justa, considerando valores e a lei em si.

A teoria de Alexy (2009, p. 14) a respeito do conceito de direito aponta uma tripartição com a presença de três elementos, quais sejam: o da legalidade, o da eficácia social e o da correção material. Cita, como os mais importantes representantes do positivismo, Herbert Hart e Hans Kelsen, este nomina o direito como um ordenamento normativo coativo cuja validade tem, como base, a existência de uma norma fundamental pressuposta. Para Hart, o direito é um sistema de regras que pode ser identificado por meio de uma regra de reconhecimento ou de reconhecimento correspondente à da norma fundamental de Kelsen, informando que sua existência é um fato social.

A tese da incorporação sustenta que todo sistema jurídico minimamente desenvolvido contém, necessariamente, princípios e afirma, a respeito da construção da moral racional, ensinando Alexy que

Um critério para averiguar se o juiz apoia-se em princípios é saber se ele procede a uma ponderação. Aplica-se o seguinte teorema: quando uma pessoa procede a uma ponderação, ela se apoia necessariamente em princípios. Isso porque uma ponderação é necessária justamente quando existem razões opostas que, tomadas individualmente, constituem boas razões para uma decisão e só não levam de imediato a uma decisão definitiva porque existe outra razão que exige outra decisão. Tais razões ou são princípios ou se apóiam em princípios. A isso se pode objetar que, para um participante, o sistema jurídico é não apenas um sistema normativo, no

sentido de resultados, mas também um sistema de procedimentos e que, partindo-se do ponto de vista do participante, as razões que ele considera no procedimento de decisão e de fundamentação fazem parte do procedimento e, por conseguinte, do sistema. (ALEXY, 2009, p. 86).

De acordo com a tese da incorporação, os princípios são componentes necessários do sistema jurídico, integram e estão inclusos na tese da moral, sendo que essa dupla propriedade – pertencente a moral e ao direito – tem, como pressuposto, que a decisão deverá ser interpretada diferentemente do que acontece nas teorias positivistas, pois os princípios morais podem ser incorporados ao direito, o juiz neles se apoia e decide com critérios jurídicos.

A questão da ponderação na aplicação de um princípio ou outro apoia-se numa resposta, sem se socorrer, diretamente, da decisão de uma autoridade e adota, como premissa, a apropriação dos princípios, como pretensão à correção para a solução do caso concreto.

A pretensão à correção significa questionar: A minha decisão está correta? Tenho argumentos suficientes para fundamentar a melhor decisão? Nesse diapasão, torna-se relevante o estudo a respeito da pretensão à correção e a evidência de uma norma fundamental como pressuposto de combinação de justiça e segurança jurídica.

A sentença se fundamenta com uma relação moral, sendo que a pretensão à correção tem, como desígnio a pretensão à fundamentalidade, não se restringindo à sentença, no sentido de ser adequada a uma moral qualquer, mas no sentido de uma moral fundamentável e, portanto, correta. A conexão necessária entre o direito e a moral correta é estabelecida pelo fato de a pretensão à correção incluir uma pretensão à correção moral, que se estende aos princípios que são tomados como base. Continua o autor afirmando que não há como afastar-se o desenvolvimento do direito e sua influência na moral, sendo certo que o sistema jurídico deve mostrar conformidade com o Direito e a justiça, sendo eles interdependentes como normas morais e jurídicas que são e ao mesmo tempo.

Para que uma norma tenha validade no direito natural ou racional, não se afigura essencial que tenha eficácia social ou legalidade conforme o ordenamento, mas que tenha, como propósito, a correção material, que deve, por sua vez, justificar-se moralmente e ser eficazmente social.

Sabe-se que uma norma fundamental, sob o enfoque positivista, estará limitada ao direito posto, com inserção de cláusulas e critérios de reconhecimento identificados no direito positivo, impondo o status da norma fundamental como pressuposto para a validade do sistema jurídico, sem que tenha elementos morais que considere alguma injustiça. Segundo

Kelsen (1960 apud ALEXY, 2009, p. 125), não há necessidade de se saber o conteúdo da norma, evidenciando o positivismo kelseniano:

Não vem ao caso aqui saber qual o conteúdo dessa constituição e do ordenamento jurídico estatal erigido em sua base, nem se esse ordenamento é justo ou injusto; tampouco importa que esse ordenamento jurídico garanta efetivamente uma relativa situação de paz dentro da comunidade por ele constituída. No pressuposto da norma fundamental, não se afirma um valor transcendente ao direito positivo”. “Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser direito”.

Há críticas a respeito da concepção apresentada sob o prisma de que a norma fundamental pode identificar-se com o direito estabelecido e estar de acordo com a eficácia social, ou apenas como condição, porque também integra a totalidade do direito, o argumento dos princípios. Assim, não se elimina a possibilidade de uma norma fundamental ser necessária, para realizar-se a passagem dos fatos empiricamente constatáveis para a validade jurídica, mas não é só isto.

Neste sentido, Alexy (2009, p. 123) apresenta dois enunciados, fundamentais:

- (1) Ao direito pertence tudo e **apenas** aquilo que é estabelecido conforme o ordenamento e socialmente eficaz [...]
- (2) Ao direito pertence tudo o que é estabelecido conforme o ordenamento e socialmente eficaz. [...]

O primeiro enunciado tem base positivista, e não é válido. Já o segundo enunciado aponta que a norma fundamental deve considerar a questão dos princípios, quando indica a pretensão à correção, sendo que sua fundamentação não se encontra no próprio ordenamento, mas remete a medidas morais, sem nomeá-las.

A referência à pretensão à correção⁸¹ é a melhor maneira de combinar-se justiça e segurança jurídica, sendo que a submissão à injustiça carregará, consigo, extrema insegurança jurídica, como diz Alexy (2009, p. 124): “Essas regras impedem, sobretudo, que as normas estabelecidas e eficazes possam ser arbitrariamente refreadas com referência à pretensão à correção. Elas precisam fazê-lo pelo próprio fato de a segurança jurídica ser um elemento essencial da correção jurídica.”

⁸¹ Pretensão à correção significa dizer que tenho argumentos suficientes, para fundamentar a melhor e mais coerente decisão.

Embora existam muitos questionamentos a respeito da importância do reconhecimento dos princípios para o sistema jurídico, não há como afastar-se a conexão qualificadora do direito e da moral.

Se a justiça tem, como pressuposto essencial, a proposição principiológica, sendo balizadora da pretensão à correção, para que haja coerência quanto ao objeto de decisão, uma decisão pode ser injusta e jurídica, insustentável para um ideal de justiça, mormente porque o que é justo é o que detém essencialmente o melhor argumento, compreendido na associação de direito e moral.

4.3 Positivismo Ético

O positivismo jurídico reconhece que não há outro direito senão o escrito, o que conduz a grandes discussões acerca da eficácia dos princípios e da sua normatividade.

Bobbio (1995, p. 27) apresenta grandes questionamentos, inicialmente, quanto ao contexto histórico do positivismo jurídico e as transformações decorrentes da passagem da concepção jusnaturalista à positivista. Essas transformações ocorrem no contexto histórico da formação do Estado moderno, que passa a concentrar, em si, todos os poderes, inclusive o da criação do direito. O Estado que se instala naquele momento não se contenta com concorrer para a criação do direito, mas pretende ter o monopólio da produção jurídica.

Sob o enfoque do positivismo jurídico, ressalte-se a importância do contexto evolutivo do direito positivo, com reconhecimento tão somente do direito posto e aprovado pelo Estado, tendo ele conquistado o *status* de direito diante da evolução histórica⁸² e do clamor público por uma legislação, a fim de pacificar a coexistência social, figurando como a codificação para o positivismo, a única fonte do direito a ser seguida.

Neste sentido, Beccaria (1764 apud BOBBIO, 1995, p. 40), em sua obra *Do delito e das penas*, questiona a legitimidade de se julgar além do direito positivo e afirma que “Nenhum magistrado, que é parte da sociedade, pode, com justiça, infligir penas contra um outro membro da mesma sociedade”.

Bobbio (1995) aponta, em sua obra, as principais características do positivismo jurídico, que admite o direito como um fato, e não como um valor. Isto significa que o direito é avalorativo, não tem conotação de valor ou ressonância emotiva. Para que tenha validade

⁸² “[...] Em síntese, o impulso para a legislação nasce da dupla exigência de pôr ordem no caos do direito primitivo e de fornecer ao Estado um instrumento eficaz para intervenção na vida social [...]” (BOBBIO, 1995, p. 120).

são analisados critérios formais (aspecto exterior), sem que seja considerada a afirmação ou a negação do seu valor.

1. A coação é o principal elemento da definição do direito: as normas são validadas por meio da força coativa.
2. Fontes do direito: vigora a teoria da legislação como fonte preeminente do direito.
3. Teoria da norma jurídica: considera a norma jurídica como um comando imperativo.
4. Teoria do ordenamento jurídico: considera a estrutura do ordenamento jurídico pelo conjunto de normas jurídicas vigentes numa sociedade, não a considerando de forma isolada.
5. Teoria da interpretação mecanicista: prevalece o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito⁸³.
6. Teoria da obediência: fala-se do positivismo ético, cuja afirmação não se estende à esfera científica, mas à esfera moral ou ideológica.

Sob o prisma da importância da valoração do direito, questiona-se: Uma norma jurídica pode ser injusta? A consagração de uma injustiça poderá afastar a segurança jurídica do direito posto?

Considere-se que o direito não pode resumir-se num “apanhado” de regramentos com imperatividade e coação. Se isso ocorresse, ele seria, por si só, arbitrário. Há de admitir-se que se está numa época em que prospera o declínio da cultura dos legisladores, eleitos pelo povo, em razão de fama artística ou devido a algum tipo de aberração cultural, sendo muitas vezes questionada a postura do legislativo, com a codificação de leis de forma mecânica, sem que seja considerada a questão axiológica como investigativa, afastando-se de um ideal de justiça. Certamente esse direito seria danoso à raça humana, já que suporia a perpetuação de um direito decadente.

O valor da norma jurídica deve ser pressuposto para o reconhecimento de um positivismo ético, considerado em sua totalidade, com regras e princípios valorativos e que tenham a finalidade de limitar a aplicação de injustiças em razão da decadência ético-cultural-contemporânea.

⁸³ “[...] empregando uma imagem moderna, poderíamos dizer que o juspositivismo considera o jurista **uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica** [...]” (BOBBIO, 1995, p. 133, grifos nossos).

O ser humano vive em constante evolução pessoal e cultural, sendo que sua dimensão histórica retrata uma discussão antiga quanto aos fundamentos do direito e questões conflitantes a respeito da importância do que está escrito na norma, o que a inspirou, o que não está escrito e o que deveria ter sido escrito. Essas indagações são pertinentes, quando a norma se desprende da abstração na emergência de sua aplicação ao caso concreto.

Neste contexto, não há como afastar-se a importância do direito natural, inato ao próprio homem e ligado à ideia do que é bom, justo e imutável, sendo inquestionável a importância da natureza humana, para atingir seus próprios fins. Os imperativos éticos devem caminhar em consonância com a lei, revelando o seu sentido valorativo-transcendental, considerando o caso concreto e sua adequação.

Não há como negar-se a tentativa de humanizar o direito desde os primórdios da evolução histórica, por meio de um humanismo surgido como filosofia de vida e que recolocava o homem do Renascimento em sua posição central.

O Iluminismo baseado na razão e na liberdade de pensamento contribui para solidificar a aplicação da moral e da ética, em consonância com a razão imutável do homem. O Iluminismo surgiu, com a finalidade de combater a tradição e como um convite intelectual para que os homens seguissem sua própria razão⁸⁴.

Foi inspirado pelo iluminismo que Savigny, considerado um dos maiores juristas alemães, afirmou que a Alemanha não estava preparada para a codificação de suas leis, por se encontrar em época de decadência cultural, não sendo plausível, numa época de declínio cultural, codificar e perpetuar um direito decadente que poderia tornar-se danoso para a sociedade (BOBBIO, 1995).

Neste sentido, os iluministas estavam convencidos de que o direito histórico, constituído por diversas normas complicadas e arbitrárias, se caracterizava apenas como um direito fenomênico e que, além dele, existia o direito fundado na natureza das coisas cognoscíveis pela razão humana, compreendido como o verdadeiro direito. A natureza profunda e a essência verdadeira da realidade não possuem tantas interferências legais, considerando que elas são simples, harmônicas e unitariamente coligadas. O direito, o verdadeiro direito fundado na natureza, poderia, também, ser simples e unitário.

⁸⁴Como bem externou Immanuel Kant: *O iluminismo é a saída do homem do estado de minoridade que deve imputar a si mesmo. Minoridade é a incapacidade de se valer do próprio intelecto sem a orientação de um outro. Imputável a si mesma é essa minoridade, se a sua causa não depende da deficiência de inteligência, mas da falta de decisão e de coragem de fazer uso do próprio intelecto sem ser guiado por um outro. Sapere aude! Tenha a coragem para servir-te da tua própria inteligência! É este o mote do iluminismo (KANT, Escritos Políticos, UTET, 1956, p.141).*

A aludida concepção teve, como um dos maiores representantes, Jean Jacques Rousseau que defendeu a liberdade e o retorno do homem à sua própria natureza. Inspirados por Rousseau e iluministas em geral, os juristas da Revolução Francesa se propuseram a eliminar o acúmulo de normas jurídicas e a estabelecer um direito fundado na natureza e nas exigências universais humanas, tendo eles, como fundamento, a certeza de que

[...]

A multiplicidade das leis é fruto da corrupção.

[...]

As longas leis são calamidades públicas. A monarquia se afogava nas leis; e visto que todas as paixões e as vontades dos senhores se tornavam leis, não havia mais entendimento.

São necessárias poucas leis. Onde elas são muitas, o povo é escravo... Aquele que dá ao povo demasiadas leis é um tirano. (SAINT JUST apud BOBBIO, 1995, p. 66)

A respeito dessa questão axiológica, Miguel Reale (2003, p.137), em sua teoria da tridimensionalidade (fato, valor e norma), sustenta, em síntese, que o direito não pode ser analisado como mera abstração. Recomenda que se analisem os fatos e sua natureza inseridos no processo histórico-cultural do ser humano, “[...] mormente porque o jus-filósofo não vê o homem tão-somente no processo histórico-cultural, tendo em vista que "o homem é, também, a história por fazer-se” (REALE, 2003, p. 137).

É necessário aprofundar-se na experiência normativa, a fim de que não se confundam cogitações abstratas com julgamentos abstratos e que a vida possa ser reduzida, simplesmente, à aplicação da lógica formal, como um silogismo. Destaca, ainda, Miguel Reale (2003, p.138) que, podendo algumas premissas resultar em injustiças, se torna ilusório reduzir o direito a postulados normativos, como uma geometria de axiomas isolados e somente posicionados, isto é, positivados.

É certo que a tridimensionalidade traduz a aplicação harmônica do direito positivo e do direito natural, tendo em vista que a experiência jurídica, aliada aos traços dos valores, como motivadores e inspiradores da norma, gerando o dever, estaria realizando o dever-ser com a associação direito e justiça!

Bem verdade que a própria Constituição Federal, que positivou os direitos fundamentais, também reconheceu, em seu preâmbulo, o princípio da dignidade humana, sendo uma constituição com inspiração principiológico. Garantir uma visão meramente

positivista⁸⁵ aos princípios, não seria suficiente, mormente porque positivizar um princípio e negar sua motivação seria o mesmo que reconhecer o direito de igualdade ao ser humano, e não assegurar a liberdade essencial.

Portanto, embora alguns autores sustentem que a dicotomia dogmática direito positivo e direito natural tenha sido superada pela Constituição Federal, não é bem assim. Há ainda, muito que se fazer. Há um longo caminho a ser percorrido, porque, trata-se de instrumento de construção social.

Deve ser considerado que a humanidade ainda anda na contramão da garantia de um imperativo universal, isto é, não reconhece o outro como um fim em si mesmo, o que se vê é que muitas vezes se aproveita da situação de hipossuficiência do outro, para tirar vantagem indevida, perdendo-se de si mesmo.

Por isto há a necessidade de se buscar um direito com critério justo, e não um direito representado por políticas muitas vezes questionáveis, com regras contaminadas pelo totalitarismo, e não comprometidas com a essência da ética, o que caracteriza premissa de insegurança jurídica.

Torna-se, assim, de relevância singular o imperativo categórico de se fazer o bem, para que não seja afastada ou relativizada a ética social, quando o ser humano, em sociedade, pode impor o seu próprio interesse, sem atender ou observar o direito do seu semelhante, em função de projetos e de uma busca social de riquezas, atualmente reforçada por uma sociedade que prestigia o capital, esquecendo-se, muitas vezes, do que é realmente importante, perdendo sua dignidade.

A boa vontade é boa, não pelo que efetua ou consegue obter, não por sua aptidão para alcançar qualquer fim que nos tenhamos proposto, mas tão-somente pelo querer; isto é, em si, considerada por si mesma, deve ser tida numa estima incomparavelmente mais alta do que tudo o que jamais poderia ser levado a cabo por ela em favor de qualquer inclinação e até mesmo, se quiser, da soma de todas as inclinações. (KANT, 2009, p. 105).

Desse modo, o que se registra é que há um rol de inúmeras regras de direitos humanos, com declarações universais e, no caso do Brasil, na própria Constituição Federal, inclusive com tentativas governamentais, no sentido de instrumentar uma cartilha de Direitos Humanos para a sociedade. Todavia são inoperantes.

⁸⁵ “O cientista do direito deve-se ocupar exclusivamente da norma posta. Os fatores interferentes na produção da norma, bem como os valores que nela se encerram são rigorosamente estranhos ao objeto da ciência jurídica” (COELHO, 1999, p. 22).

Basta uma análise superficial nas avenidas, hospitais, escolas, praças, creches e delegacias, para se comprovar que o que se tem é a ausência da efetividade dos direitos proclamados e positivados. Há ausência de conexão entre a lei e sua efetividade. Essa cisão decorre do reconhecimento de sua motivação: não adianta apenas determinar o que deve ser feito, mas atribuir a esse dever o valor axiológico de um sentimento humano universal, capaz de conduzir, por si só, à rejeição de conduta diversa, agindo a aludida denegação como retidão de justiça.

4.4 Imperativos Universais

O dizer não para situações de injustiças conduz à superação do positivismo jurídico exacerbado, a fim de que se ambicione e se atente, de forma ética, para a perspectiva axiológica pressuposta para a validade de uma norma codificada.

A respeito do direito numa perspectiva axiológica, Herkenhoff (2004, p. 45) apresenta as seguintes constatações:

- a) o juiz é portador de valores de que sempre impregna suas sentenças;
- b) os critérios axiológicos acompanham o ofício do Juiz;
- c) a sentença do juiz, em qualquer situação, tem conteúdo axiológico, subjetivo e político;
- d) o aprofundamento na inteligência da norma também é um julgamento ideológico e político, nitidamente conservador;
- e) o juiz, aprisionado à lei, serve às forças da conservação, da mesma forma que serve às forças do progresso e da renovação, quando assume, com honestidade, um compromisso com o povo, e não com os privilégios.

Herkenhoff (2004, p. 45) pretende o reconhecimento do valor ao direito, para alcançar uma visão suprema, que é a intuição da justiça. Sustenta o autor que o respaldo para a questão valorativa se encontra positivado no artigo 5º da LINDB, quando este enfatiza que o Juiz, na aplicação da lei, deve atender às exigências últimas e gerais do bem-comum, constatando-se que a própria exigência do bem comum não é outra senão a percepção axiológica da norma.

Ademais não defende o autor que a aplicação axiológica conduz o Juiz a afastar-se do sistema jurídico, instaurando-se um regime de arbitrariedade legal. O que se pretende é o

reconhecimento do valor dentro do próprio sistema legal, figurando a norma como uma linha de referência, sendo que, dentro do núcleo central do ordenamento jurídico, serão consideradas as hipóteses valorativas, com o exercício do poder jurisdicional, fundado na primazia dos valores humanos, que têm como missão preservá-los.

Indaga-se: torna-se plausível afastar-se a aplicação de uma lei ao caso concreto, quando há o reconhecimento de uma injustiça?

Considera-se a premissa proposta por Herkenhoff (2004, p. 59):

A missão de humanizar e atualizar a lei, de negar sua aplicação ao caso que foge da abstração do comando genérico, cabe, especialmente, ao juiz da primeira instância, vizinho e testemunha da angústia e da dor que os processos refletem apenas palidamente. Se o juiz que vive o fato abdica desse papel, esvazia-se, em muito, sua função humana e social.

Dentro desse contexto, não há como negar-se que a lei geral e abstrata deve ser adaptada a cada caso concreto, mormente porque a premissa do direito, considerada a visão humanística, é garantir uma existência pacífica entre os cidadãos e, quando, ao se reconhecer uma lei injusta, estará ela afastada do valor supremo do ordenamento jurídico, restará evidenciada sua falibilidade, devido ao desacordo com toda a base solidificadora do direito, compreendida nos valores morais e éticos.

Não há como valer-se de situações em que se afaste o reconhecimento da premissa da lei universal, sob pena de prejudicar todo o ordenamento jurídico, que ficará em conflito com sua própria inspiração. Aceitar-se uma injustiça proclamada pelo direito, tal premissa será contraditória consigo mesma.

De acordo com Kant (2009, p. 243), a justiça deve ser reconhecida como uma premissa essencial do dever incondicional a ser cumprido como uma lei universal, a fim de valer para todos os seres racionais, sob pena do seu afastamento acarretar prejuízo para o gênero humano, não sendo um fim para todos, considerando-se que uma injustiça reconhecida ao outro representa uma contradição da justiça por si mesma, que vale para todos. “[...] Age de tal maneira que tomes a humanidade, tanto em tua pessoa, quanto na pessoa de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como fim, nunca meramente como meio [...]” (KANT, 2009, p. 243-244).

Os imperativos éticos obrigam o indivíduo a agir, porque é assim que deve ser a ação. Ela é necessária e boa por si mesma, não havendo outra forma a ser seguida, a fim de repudiar ofensas a outrem, pois caso contrário, será uma ofensa para toda a humanidade. Quando isso ocorre, há aproximação concreta do direito com a Justiça, considerando que,

embora haja a promulgação diária de leis e regras positivadas, com o intento de garantir a coordenação e a coexistência pacífica da sociedade, o direito inato ao ser humano, deve ser o farol, para que não se afaste a dignidade do seu semelhante.

A visão monista positivista, com o reconhecimento do direito daquilo que está escrito, como direito posto e o imperativo a ser cumprido, independentemente da questão moral e ética, muitas vezes suprida na regra, afasta a verdade e a sua origem motivadora do dever a ser cumprido, com o reconhecimento somente do dever, não se tornando ético, embora jurídico (Ex.: testemunha que mente em juízo, e não reconhecida como inverídica em suas assertivas).

A aplicação do direito torna-se um desafio para o mundo novo, seja ele com o respaldo do positivismo, seja com fundamento nos valores da sociedade. Na verdade, o ideal de Justiça está muito distante da codificação cultural de um povo ou de um sentimento ideológico de justiça.

Há a necessidade de se agir segundo o dever, não por motivos egoísticos ou inclinações pessoais, mas pelo reconhecimento do outro como a si mesmo. Deve-se considerar que todos os membros da sociedade estão submetidos às suas próprias leis e uns aos outros da mesma forma, não podendo ser arbitrado um valor para cada um, como se faz com os objetos. É necessário que haja uma máxima universal, sendo um valor coletivo e indispensável à raça humana, com a validade cognitiva da dignidade.

Neste sentido, sustenta Habermas (2007, p. 46):

A pessoa moralmente livre tem de poder compreender-se, simultaneamente, como autora dos mandamentos éticos aos quais está submetida como destinatário. Por outro lado, isso é possível apenas se essa mesma pessoa exerce a competência legislativa da qual meramente “participa” não de forma arbitrária (no sentido de uma visão positivista do direito), mas em consonância com a constituição de uma comunidade, cujos cidadãos se governam a si mesmos. E lá só podem reger tais leis que poderiam ter sido decididas por “cada um para todos e por todos para cada um”.

O Estado social surgiu por uma inspiração de justiça e pelo clamor de direitos fundamentais, a fim de que se tornasse possível a humanização dos valores nominados na sociedade, como: liberdade, igualdade, solidariedade e fraternidade.

Não é possível ignorar-se a evolução histórica e a decadência pela ausência de harmonia entre o jusnaturalismo e o positivismo, exigindo-se um novo ideal de justiça, para concretizar um compromisso fundamental com a ética social, com uma junção consistente por

meio da incorporação legítima dos princípios no direito imposto (escrito), porque se faça o maior bem, ao não preterir um ou o outro ao seu próprio benefício⁸⁶.

Não se trata, aqui, apenas de um discurso ideológico acerca dos princípios, mas o que se pretende é demonstrar a importância da inserção principiológica no direito, sendo os princípios vértices fundamentais para trazer, de volta, uma consciência ética e o reconhecimento do bem pelo bem, não pelo remorso ou como um prêmio, mas como uma atitude legítima de reconhecimento do outro como um complemento de aprendizagem de si mesmo pela alteridade.

O reconhecimento dos princípios torna-se de suma importância, para afastar a simples aparência da norma abstrata e geral, conduzindo-a a um caminho valorativo para sua perfeita adequação ao caso concreto, tendo os princípios conquistado o *status* de norma jurídica, denotando sua inquestionável importância como diretriz de uma decisão justa e dinâmica.

⁸⁶ Se eu soubesse de algo que fosse útil a mim, mas prejudicial à minha família, eu o rejeitaria de meu espírito. Se soubesse de algo útil à minha família, mas não à minha pátria, procuraria esquecê-lo. Se soubesse de algo útil à minha pátria, mas prejudicial à Europa, ou então útil à minha pátria, mas prejudicial à Europa, ou então útil à Europa, mas prejudicial ao Gênero humano, consideraria isto como um crime. (COMPARATO, 2003, p. 39).

CONCLUSÕES

Os princípios estão para o ordenamento jurídico assim como a justiça está para o direito, mormente porque não há como se desvencilhar da aplicação principiológica, sendo ela a inspiradora de segurança jurídica em tempos de liberalismo econômico, revolução tecnológica e crise ética.

Os princípios foram devidamente contemplados na Constituição Federal de 1988, como disposto no artigo 7º, IX, X, XIII, XIV, XXII, XXVII onde estão arrolados inúmeros direitos trabalhistas com enfoque no princípio da proteção, além de dispositivo contemplando a relação de emprego em casos de dispensas arbitrárias, no artigo 7º, I, da Constituição Federal, com preocupação ao princípio da continuidade. Da mesma forma, em seu artigo 7º, VI, também aponta o questionamento a respeito da irredutibilidade salarial, que tem como pressuposto o princípio da irrenunciabilidade, além de outras previsões constitucionais que evidenciam de forma explícita ou implícita o alcance dos demais princípios.

São os princípios garantidores da prestação jurisdicional, considerando que jamais são considerados inválidos, não reconhecendo a regra do tudo ou nada, mas utilizados com ponderação e adequação ao caso concreto, com a missão de refletir essencialmente a eficácia social da regra, mesmo que injusta, tornando-a justa, e em total consonância com o ordenamento jurídico. Eles exercem a função hermenêutica para dimensionarem o real sentido da regra, garantindo a harmonia necessária ao ordenamento jurídico trabalhista.

O contexto histórico do direito do trabalho justifica a premissa principiológica, sendo o passado, um suporte para que não haja reincidência das situações precárias enfrentadas e vividas por milhares de trabalhadores no manto da sociedade. Ao contrário, se caminhará em sentido contrário ao progresso mundial dos direitos fundamentais, dentre eles a fraternidade e solidariedade nas relações entre pessoas, independentemente da forma contratual estatuída.

Há que se harmonizar as relações de emprego junto ao desenvolvimento econômico, garantindo a viabilidade e atualidade dos princípios ao direito do trabalho contemporâneo, com adequações pertinentes ao contexto atual laboral, a fim de que seja preservada a essência das conquistas trabalhistas em consonância com o alcance do princípios.

Por isto, não se perde e não há sentimento de retrocesso das conquistas trabalhistas, tão importantes para a compreensão da Justiça do Trabalho, que deve assentir a evolução do ser humano e das relações que o envolve, a fim de que reequilibrar as relações de emprego, reconhecendo os princípios como diretrizes fundamentais para garantir o dinamismo e

impedir o retrocesso da própria justiça, que tanto pretendeu proteger o hipossuficiente, podendo acabar por desprotegê-lo, ao afastar categoricamente situações em que haja previsão de variações diante do caso concreto.

Há dispositivo no Direito Laboral que sustenta a aplicação de determinada norma em detrimento de outra, figurando, como requisito para sua pertinência, a mais favorável ao empregado, com invocação do princípio da proteção, em consonância com a regra de inalterabilidade e proibição das alterações contratuais que acarretem prejuízo, direta ou indiretamente, ao empregado.

Além da proibição *in pejus*, pela efetividade do princípio da proteção, deve-se considerar que não é permitido o empregado renunciar a direito inderrogável, mesmo sob o manto do Judiciário, não sendo reconhecida a precarização do contrato de trabalho, mas admitindo-se o “*jus variandi*”.

A intervenção estatal direta foi necessária diante dos abusos e iniquidades presentes nos contratos de trabalho em que as partes possuíam autonomia e podiam dispor, livremente, de direitos trabalhistas. Todavia o resultado dessa liberdade foi catastrófico, posto que houve a exploração do ser humano como mercadoria, sem que o empregado tivesse garantias mínimas de trabalho, o que, por si só, é causa justificadora da intervenção estatal.

O princípio da dignidade humana, sendo que nele se inspiram todas as regras, que diretamente, dão garantia à saúde física, mental e moral do empregado, como fundamento da República. É princípio essencial e que dá suporte e limitação à aplicação dos demais princípios.

O princípio da proteção surgiu com a finalidade de garantir a isonomia entre as partes, ainda que de forma ficta.

Foi observada, com dimensão de igual importância, a prevalência da verdade, sob a aplicação do princípio da primazia da realidade, quando haja indício de que os documentos elaborados pelo empregador não estejam pautados pela boa-fé, garantido ao empregado, provar a verdade, sendo ela que se sobrepõe às demais provas, seja a favor ou contra o empregado.

A característica primordial do princípio da continuidade é a manutenção do empregado no emprego, o que lhe dá roupagem de princípio social, considerado o desemprego como causa de diversos distúrbios sociais. Portanto, inquestionável sua importância diante da precarização do contrato de trabalho..

Ademais, estar-se-ia subestimando a importância dos princípios, ao pretender adequá-los em algum patamar da pirâmide de Kelsen. São eles que dão concretude à preservação da dignidade do ser humano, em seu sentido mais amplo. A conquista da

dignidade é uma preocupação universal estendida a todos os povos. Trata-se do bem mais valioso da pessoa, não podendo o contrato de trabalho ser meio para abstrair a sua dignidade em razão de suas peculiaridades, como a presença da subordinação e do exercício do poder de direção do empregador. Deve o contrato ser instrumento idôneo, para preservar a dignidade do empregado, por meio do trabalho efetivamente realizado.

O que se prega não é a utilização da principiologia de forma indiscriminada, sem fundamento teórico e filosófico. Mas, a contrario sensu, será a aplicação dos princípios ao caso concreto, como limitadores hermenêuticos do texto da lei, quando nela não se traduzir a essência do direito ou dever proclamado. Serão eles garantidores da resposta jurisdicional, sem mácula e vícios.

São os princípios reconhecidos em todo o conjunto de relações trabalhistas, sendo dotados de normatividade e possuem a capacidade essencial para reconhecer que, embora se tenham situações novas, permeadas por grandes revoluções, eles permanecem atuais e necessários ao reconhecimento essencial da justiça, sem que se perceba eventual decadência ou crise ética na sociedade. A justiça não se torna deficiente, não se abate e não prejudica a quem a dela se socorre, diante da incidência e inspiração dos princípios.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF; Martins Fontes, 2009.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALONSO OLEA, Manuel. **Da escravidão ao contrato de trabalho**. Curitiba: Juruá, 1990.

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes. **Princípios de direito do trabalho: fundamentos Teóricos-Filosóficos**. São Paulo: LTR, 2008.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito, teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11. ed. São Paulo: Malheiro, 2011.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTR, 2008.

BARROSO, Tércio Sampaio. **O direito constitucional e efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Sociedade e estado na filosofia política moderna**. São Paulo: Brasiliense, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Humanismo Latino e Estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boitex, 2003.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 12 nov. 2011.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 18 out. 2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 out. 2011.

_____. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 7064 de 6 de dezembro de 1982. Dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7064.htm>. Acesso em 22 out. 2011.

BRUGGER, Walter. **Dicionário de Filosofia**. 2. ed. São Paulo: Herder, 1969.

BRUNO NETO, Francisco. **1º cartilha acadêmica de direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Led, 1999.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 1997.

COELHO. Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Rumo a Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2005.

_____. **O poder empregatício**. São Paulo: LTR, 1996.

DIAS, Fábio Muller Dutra; LIBERATI, Wilson Donizeti. **Trabalho Infantil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FELIPE, Márcio Sotello. **Razão jurídica e dignidade humana**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Antonio Teixeira. **A prova no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTR, 1984.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Cláudia Giglio Veltri. **Direito processual do trabalho**. 16. ed. adaptada à reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Estudos de teoria política. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HAYEK, Friedrich A. von. **O caminho da servidão**. 4. ed. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura; Instituto Liberal, 1987.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de Rosina d'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2010.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2008.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009. (Coleção philosophia).

LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. **Código Civil: comentários didáticos**. São Paulo: Atlas, 1981.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 7. ed. rev. e ampl., de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406/2002). São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

LIMA FILHO, Alceu Amoroso; POZZOLI, Lafayette. **Ética no novo milênio: busca do sentido da vida**. São Paulo: LTR, 2005. (Coleção Instituto Jacques Maritain).

LIMA, Francisco Meton Marques. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTR, 1997.

LITHOLDO, Augusto. *A Lógica da investigação científica*. São Paulo: s.n.1981.

LITHOLDO, Viviane P. Scucuglia Litholdo. Assédio moral: afronta à dignidade do empregado. In: POZZOLI, Lafayette; SPLICIDO, Christiane. (Org.). *Teoria Geral do Direito: ensaios sobre a dignidade humana e fraternidade*. 1 ed. Birigui: Boreal, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOWENTHAL, Ana Maria Valiengo. Exame da Expressão “A dignidade da pessoa humana” sob o ângulo de uma semiótica jurídica. **Ensaio em homenagem a Franco Montoro, Humanismo e Política**. São Paulo: Loyola, 2001.

LYRA, Roberto. **Passado, presente e futuro da prova penal**. Rio de Janeiro: Instituto de criminologia da Universidade do Distrito Federal, 1955.

MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho**. 10. ed. atual. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1982.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Sergio Pinto. **A continuidade do contrato de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Comentários à CLT**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2011a.

_____. **Direito do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011b.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista (1848)**. Tradução de Sueli Tomazini Barros Cassal. Porto Alegre: L&M, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. rev., atual. e amp. até a Emenda Constitucional 24, de 9.12.1999. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva: 2010.

MONTORO, André Franco. **A cultura dos Direitos Humanos: importância da Declaração dos Direitos do Homem no século XX**. São Paulo: Themis, 2003.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 16. ed. Atualizada até a EC nº44/04. São Paulo: Atlas, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002

OLIVA, José Roberto Dantas. **O princípio da proteção integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil**. São Paulo: LTR, 2006.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/apresenta%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 11 ago. 2011.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. **Principiologia do Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTR, 1999.

POZZOLI, Lafayette; Viviane Patrícia Scucuglia Litholdo. **Dignidade da pessoa humana e ética social a função promocional do direito. Direitos Sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos a Constituição de 1988 e suas previsões sociais**. 1 ed. Birigui: Boreal, 2011.

PRATA, Marcelo Rodrigues. **Anatomia do assédio moral no trabalho: uma abordagem transdisciplinar**. São Paulo: LTR, 2008.

REDE, Marcelo. Escravidão em antropologia. In: CARDOSO, C. F. et al. Escravidão antiga e moderna. **Tempo**, v. 3, n. 6, dezembro de 1998. Disponível em: <http://www.historia.uff.br/tempo/artigos_dossie/artg6-1.pdf>. Acesso em: 07 out. 2011.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 1997.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Coleção RT Textos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: RT. 2000..

RUPRECHT, Alfredo J. **Os Princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 1995.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à CLT**. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SANTOS, Enoque Ribeiro. **O direito do trabalho e o desemprego**. São Paulo: LTR, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011.

SCHELER, Max. **O personalismo ético**. São Paulo: Moderna, 1996. (Coleção Logos).

SÉGUIN, Cinthia Robert Elida. **Direitos humanos: acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. **Principiologia do direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTR, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22. ed. São Paulo: LTR, 2005. v. 1.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 4. ed. ampl. e atual. até 10.09.2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A prova no processo do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. **Princípio e Regras Orientadoras do Novo Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VÁLIO, Marcelo Roberto Bruno. **Os Direitos de Personalidade nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.