

**FERNANDO HOFFMANN**

**O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR  
E A ATUALIDADE BRASILEIRA**

**CURITIBA**

**2001**

**FERNANDO HOFFMANN**

**O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR  
E A ATUALIDADE BRASILEIRA**

**Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Curso de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.**

**Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dra. Aldacy Rachid Coutinho.**

**CURITIBA**

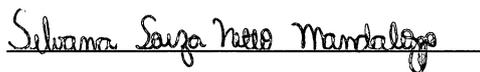
**2001**

**FERNANDO HOFFMANN**

**O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR  
E A ATUALIDADE BRASILEIRA**

**Dissertação aprovada como requisito parcial à  
obtenção do grau de Mestre em Direito das  
Relações Sociais no Curso Pós-Graduação em  
Direito das Relações Sociais da Faculdade de  
Direito da Universidade Federal do Paraná,  
pela Comissão formada pelos Professores:**

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dra. Aldacy Rachid Coutinho



Curitiba, em 06 de setembro de 2001.

*À Maria Julia, esposa e companheira, por  
incentivar o desafio, personificar o amor e  
reinventar a ternura.*

*Aos meus pais, Dulce e Carlos, por indicarem,  
desbravarem e iluminarem o caminho a ser  
trilhado, sempre com muito amor e fé.*

*Manifesto infinita gratidão à minha orientadora  
Prof.<sup>a</sup> Dra. Aldacy Rachid Coutinho, pelo  
incentivo à pesquisa científica, pelas valorosas  
contribuições ao trabalho e pela generosidade na  
partilha do conhecimento.*

*“Age de tal sorte que consideres a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.*

*(Emanuel Kant, *Fundazione Della Metafisica dei Costumi*).*

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	vii
<b>ABSTRACT</b> .....	viii
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>1 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO</b> .....	4
1.1 ASPECTOS GERAIS .....	4
1.1.1 Considerações preliminares .....	4
1.1.1.1 A origem do Direito do Trabalho: a relação com a Economia .....	4
1.1.1.2 O desenvolvimento do Direito do Trabalho: a relação com o Direito Civil e o princípio da igualdade .....	12
1.1.1.3 A posição dos sujeitos da relação de emprego: a questão da subordinação .....	19
1.1.2 Fundamentação .....	21
1.1.3 Conceito .....	32
1.1.4 Relevância .....	40
1.1.5 Extensão .....	47
<b>2 FORMAS DE APLICAÇÃO</b> .....	57
2.1 A regra <i>in dubio pro operario</i> .....	59
2.1.1 Significação .....	59
2.1.2 Requisitos .....	62
2.1.3 Limitações .....	64
2.1.4 Aplicação .....	66
2.2 A regra da norma mais favorável .....	68
2.2.1 Significação .....	68
2.2.2 Requisitos .....	74
2.2.3 Limitações .....	76
2.2.4 Aplicação .....	79
2.3 A regra da condição mais benéfica .....	85
2.3.1 Significação .....	85

2.3.2	Requisitos .....	88
2.3.3	Limitações .....	90
2.3.4	Aplicação .....	92
2.4	Críticas e novas perspectivas .....	98
<b>3</b>	<b>A REALIDADE BRASILEIRA .....</b>	<b>104</b>
3.1	A Revolução Tecnológica .....	104
3.1.1	As Revoluções Industriais .....	106
3.1.2	A Reestruturação Produtiva .....	110
3.1.2.1	O Taylorismo .....	111
3.1.2.2	O Fordismo .....	115
3.1.2.3	O Toyotismo .....	120
3.2	Brasil: destruição e precarização do trabalho .....	127
3.2.1	O Desemprego e o subemprego .....	130
3.2.2	A flexibilização .....	135
3.2.3	A desregulamentação .....	143
<b>4</b>	<b>O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NA ATUALIDADE BRASILEIRA .....</b>	<b>147</b>
4.1	Novas modalidades de prestação de trabalho .....	147
4.1.1	A terceirização .....	150
4.1.2	O cooperativismo .....	152
4.1.3	O trabalho voluntário .....	153
4.1.4	O trabalho em domicílio .....	154
4.1.5	A partilha do emprego .....	156
4.2	Novos tipos contratuais .....	158
4.2.1	O contrato de trabalho provisório .....	160
4.2.2	O contrato de trabalho em tempo parcial .....	162
4.2.3	O contrato de trabalho intermitente .....	164
4.3	Conteúdo do contrato de trabalho .....	165
4.3.1	O “banco de horas” .....	166
4.3.2	A suspensão contratual .....	168

4.3.3 O negociado sobre o legislado .....	169
<b>CONCLUSÕES</b> .....	172
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	177

## RESUMO

Esta investigação científica examina o princípio da proteção do trabalhador hipossuficiente a partir da abordagem do Direito do Trabalho desde a sua origem, quando foi travada intensa relação com a Economia, até a atualidade, na qual se discute seriamente a sua subsistência como disciplina jurídica autônoma e independente do Direito Civil. Pretende-se, também, analisar incidentalmente as questões relacionadas ao princípio da igualdade e à subordinação que, aliadas àquelas relativas às relações do Direito do Trabalho com a Economia e o Direito Civil, propiciam não só o enfrentamento dos fundamentos, da conceituação, da importância, do alcance e das fórmulas de aplicação do princípio protetivo, como também a elaboração de algumas críticas construtivas à tradicional interpretação em realização pelos juslaboralistas a respeito dessa diretriz principiológica. Na seqüência e com base no estudo dos reflexos causados pela Revolução Tecnológica e pela Reestruturação Produtiva no sistema capitalista de produção e no modo de organização do trabalho, analisa-se a dura realidade de destruição e degradação do trabalho humano no Brasil, país que se vê assolado pelos espectros do desemprego, do subemprego, da terceirização e da desregulamentação. No final da dissertação, são abordadas algumas das recentes questões que envolvem a interpretação do Direito do Trabalho e do princípio protetor e que também se referem ao conteúdo do contrato de trabalho e às novas modalidades de prestação de serviços e de contratação. Enfim, a conclusão aponta para uma nova perspectiva do princípio da proteção, apresentado como forma de proporcionar o desenvolvimento do Direito do Trabalho como ciência e dignificar as relações de trabalho no Brasil.

## ABSTRACT

The present scientific work intends to study the principle of protection towards the hipo-able workers, based on the Labor Law approaches since its beginning - when this Law was linkened to Economics - up to modern times - when Labor Law is on teh top of debates, with issues such as: is this branch of the Law autonomous and independent of the Civil Law as a forensic discipline?

Also, an incidental analyses of issues due to equal principles as well as to subordination is intended. In fact, those issues that debates whether the Labor Law is concerned to the Economics and to the Civil Law, foment not only the confrontation of the principles, but the classification, the importance, the persuit, and the adaptation of rules due to the principle of protection. Yet, this work also intendes to develop some positive criticisms on those traditional interpretations made by scholars on that rule of principles. It will be also analysed the rough reality of deposition and devastation of man's work in Brazil, which are caused either by the Technologic Revolution or by the Productive Reframe in this capitalist system of production and in the Brazilian work organization.

In fact, most of Brazilian workers are being forced to unemployment, or to apply for under-employments, and other ways of minor employments as a way of living, and mostly, as a way of surviving.

By the end of this investigation, some of the recent approaches involving the Labor Law and de principle of protection concerned with the labor contrat and works will be issued. And the last part of this study will offer a new perspective for the principle of protection, as a means of providing the development of the Labor Law as a science and, thus, as a means of dignifying work relations in Brazil.

## INTRODUÇÃO

A presente investigação científica é fruto de um estudo sobre a interpretação e a aplicação do princípio da proteção ao trabalhador hipossuficiente na atualidade, considerando-se o estágio de desenvolvimento do Direito do Trabalho e das relações de trabalho no Brasil.

Inicialmente, tratar-se-á das relações travadas entre o Direito do Trabalho e a Economia, de modo que se possa precisar o conteúdo predominante daquela disciplina jurídica, proceder à sua contextualização no sistema capitalista de produção e evidenciar o princípio protetivo como elo de ligação entre as ciências econômica e jurídica no que diz respeito ao mundo do trabalho. Em seguida, será analisada a relação de interdependência entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil, com breves abordagens ao princípio da igualdade e ao contrato de trabalho. Tal análise permitirá a constatação da autonomia da ciência laboral, do fortalecimento do princípio protetor como seu princípio nuclear e da impossibilidade de absorção desta disciplina pelo Direito Comum.

A subordinação, nota típica da relação de emprego, será abordada como última consideração preliminar, com o único objetivo de demonstrar que, além da desigualdade econômica, também a jurídica justifica a existência do tratamento diferenciado e protetivo conferido pelo Direito do Trabalho ao trabalhador hipossuficiente.

Na seqüência, a investigação enveredará para a abordagem da fundamentação, do conceito, da relevância e da extensão do princípio da proteção. Buscar-se-á, primeiramente, demonstrar que não cessaram as causas propiciadoras da idealização do Direito do Trabalho como um ramo da ciência jurídica destinado à regulação dos interesses contrapostos do capital e do trabalho e à proteção do trabalhador. Então, as noções e as funções dos princípios serão estudadas a fim de que seja possível a formulação do conceito do princípio protetivo. No centro do exame desta diretriz, a relevância também será alvo das atenções e nela as questões relacionadas à distinção de normas, regras jurídicas e princípios e à efetividade do princípio protetor serão tratadas com o objetivo de acenar aos juslaboralistas com uma nova perspectiva. Enfim, a pesquisa sobre o alcance será de fundamental importância para a seqüência do trabalho, na exata medida em que diversos obstáculos - de ordem jurídica ou não - vêm sendo postos à frente dos juslaboralistas e, portanto, vêm mitigando o raio de atuação do princípio da proteção.

A primeira parte da investigação será encerrada com o exame da clássica teoria das fórmulas de aplicação do princípio protetivo. Assim, os significados, os requisitos, as

limitações e a aplicação das regras *in dubio pro operario*, da norma mais favorável e da condição mais benéfica, que necessariamente serão enfrentados e possibilitarão a percepção de como o princípio protetor vem sendo interpretado e aplicado. Ao final, críticas que se pretendem construtivas serão apresentadas como contributo à hermenêutica do princípio da proteção e ao desenvolvimento do Direito do Trabalho.

Inicia-se a segunda parte do trabalho com a abordagem da Revolução Tecnológica, produtora de forte impacto no “mercado de trabalho” brasileiro. Em um primeiro momento, as três Revoluções Industriais serão analisadas quanto aos reflexos causados no sistema capitalista de produção de bens e serviços, sendo que a Reestruturação Produtiva também será dissecada por meio do enfrentamento dos modelos produtivos e das gestões de trabalho ínsitas ao taylorismo, ao fordismo e ao toyotismo (acumulação flexível).

Intentar-se-á, em seguida, verticalizar o exame para a realidade de destruição e degradação do trabalho humano no Brasil. Isso será feito por meio do exame dos reflexos causados pela Revolução Tecnológica e pela Reestruturação Produtiva nas relações de trabalho e por meio das soluções propostas para os problemas do desemprego e do subemprego. Demonstrar-se-á, então, que o Direito do Trabalho e o princípio protetivo, que justifica o seu tratamento tutelar, vêm sendo injustamente culpados como se fossem os únicos responsáveis pelo alto nível de desocupação da mão-de-obra no Brasil. Também se apontará que a ameaça de desregulamentação e os ataques contra eles dirigidos objetivam apenas piorar o quadro de exclusão social e precarização do trabalho, esta incentivada pela flexibilização desenfreada.

Por fim, algumas das principais questões relacionadas à aplicação do princípio protetor na atualidade brasileira deverão ser abordadas e demonstrarão que a “lógica do mercado” pretende sobrepor-se à “razão humana”, e que a Economia não mais se presta a servir ao homem, mas a esse mercado. Novas modalidades de contratação (contratos de trabalho provisório, em tempo parcial e intermitente) e de prestação de trabalho (terceirização, cooperativismo, trabalho voluntário, em domicílio e partilha de emprego) vêm sendo criativamente inventadas ou reinventadas com o objetivo de afastar o Direito do Trabalho e desvirtuar a sua finalidade protetora. O conteúdo do próprio contrato de trabalho é afetado em nome do bem da coletividade, em benefício do capital e em prejuízo do trabalho. Pretender-se-á demonstrar que, ao invés de privilegiar o ser humano trabalhador, tais inovações cada vez mais contribuem para a prevalência do capital sobre o trabalho, este considerado como mero elemento material na ordem capitalista de produção.

À guisa de conclusão, uma nova concepção do princípio protetivo será apresentada em detrimento do lugar-comum que se tornou dizer que o Direito do Trabalho protetivo não deu conta de sua missão original. Partindo da premissa segundo a qual o Direito do Trabalho jamais protegeu a pessoa do trabalhador, mas apenas mascarou uma relação de poder na qual predominou o capital, será proposta a reconstrução dessa disciplina jurídica com base em uma nova idéia do princípio protetor: deverá ser afastado o conteúdo patrimonialista (que teima preponderar nas relações de trabalho) em função da dignidade humana. Tal princípio informa não só a ordem jurídica, como também a econômica, e dessa maneira, o princípio da proteção, independentemente de qualquer fórmula de aplicação, não comportará interpretações que acarretem a precarização do trabalho humano e a diminuição do patrimônio do trabalhador.

# 1 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

## 1.1 ASPECTOS GERAIS

### 1.1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Antes de abordar especificamente a aplicação do princípio da proteção na atualidade <sup>1</sup>, impõe-se o traçamento dos contornos do Direito do Trabalho no quadro da ciência jurídica; a análise das relações desta disciplina com a Economia e o Direito Civil e, enfim, o exame das posições dos sujeitos da relação de emprego à luz do tradicional requisito utilizado para sua diferenciação das demais relações de trabalho: a subordinação.

#### 1.1.1.1 A ORIGEM DO DIREITO DO TRABALHO: A RELAÇÃO COM A ECONOMIA

Analisando-se a origem do Direito do Trabalho, é possível constatar, antes de tudo, o seu manifesto conteúdo sócioeconômico, seja por reger parcial e juridicamente a ordem capitalista em um de seus principais aspectos, o trabalho humano, seja por regular o conflito entre os dois principais atores sociais: empregados e empregadores.

Tal noção, ainda que superficial e até mesmo óbvia, foi ignorada por grande parte dos estudiosos desse ramo da ciência jurídica. Eles insistem em considerar a histórica pressão do proletariado sobre a burguesia como a única fonte material de uma ciência que sempre esteve - e ainda se encontra - em processo de constante formação <sup>2</sup>. Ora, há vários mananciais que não se resumem apenas àquela variante histórica.

---

<sup>1</sup> Várias são as denominações utilizadas pela doutrina para se referir a este princípio: tutelar, de favor, *in dubio pro misero*, dentre outros. Optou-se pelas denominações princípio “da proteção”, “protetivo” ou “protetor” por melhor retratarem a natureza e a finalidade deste princípio, nascido da necessidade de se equiparar uma desigualdade de fato e para conferir amparo e resguardo a uma das partes da relação de trabalho. Não se trata de tutela, pois, não obstante este termo também assuma a conotação de proteção, pode encerrar dúvidas quanto aos outros significados possíveis: encargo e dependência, os quais não demonstram a real natureza do princípio em comento. Também não é um princípio de favor, porque a proteção não decorre de ato benevolente dos criadores do direito, mas de um dado concreto e vinculante, qual seja, a desigualdade de fato em uma sociedade que se pretende igualitária. Enfim, com a parêmia latina *in dubio pro operario* também não se confunde o princípio da proteção, partilhando-se, neste particular, do entendimento de que aquela máxima é apenas uma das formas de aplicação desta diretriz principiológica, assim como as regras da condição mais benéfica e da norma mais favorável.

<sup>2</sup> Segundo Tarso Fernando GENRO, o Direito do Trabalho “*desenvolve-se com o processo de formação da sociedade burguesa, mesmo antes da burguesia apossar-se do Estado, pois esta tornou-se classe dominante (do*

Com efeito, e no dizer de Américo Plá RODRIGUEZ <sup>3</sup>, o Direito do Trabalho “*surge como consequência de uma desigualdade: a decorrente da inferioridade econômica do trabalhador. Essa é a origem da questão social e do Direito do Trabalho*”.

José Augusto Rodrigues PINTO <sup>4</sup> também considera equivocada a teoria da origem puramente social do Direito do Trabalho, pois, em verdade, a real origem desta disciplina jurídica é predominantemente econômica, como econômicos foram os pressupostos fáticos que culminaram na Revolução Industrial. O mesmo se pode dizer do surgimento e do desenvolvimento do Direito do Trabalho advindo daquele momento histórico:

*“De todo modo, o que se comprova é que o Direito do Trabalho não veio de fatos sociais, que foram consequência natural de uma revolução econômica. É certo que sua preocupação se voltou, preferentemente, para essa consequência, mas nunca se deverá esquecer que o móvel de todas essas transformações é econômico, e por isso as transformações econômicas impostas pela nova tecnologia da informática, estão determinando e vão determinar as profundas alterações estruturais que o Direito do Trabalho deverá promover-se para o confronto útil com as necessidades sociais do século que chega.*

*Portanto, para compreendê-lo e fazê-lo desenvolver-se de acordo com a missão que sempre se esperou dele, é impositivo sintonizá-lo com a evolução econômica do processo de produção e circulação de riquezas, articulando-a com os efeitos sócio-jurídicos que ocasiona”.*

No mesmo sentido, Miguel Hernainz MARQUEZ <sup>5</sup> leciona que “*he aqui, pues, la causa primera que origina la moderna existencia de un Derecho del Trabajo: la aparición histórica de una clase numerosa y económicamente desamparada, que, entregada com sus valores espirituales y humanos al juego de la oferta y la demanda, precisa una decidida protección*”.

Em um primeiro momento, os trabalhadores passaram a aspirar, ainda que isoladamente, ao regramento jurídico da duração e da contraprestação do trabalho, institutos estes manifestamente econômicos naquela época, mormente na fase primitiva da Revolução Industrial, em que prevalecia a lei da oferta e da procura e a atividade humana era tratada como mercadoria a ser adquirida por determinado preço.

Os primórdios do Direito do Trabalho apontam para o surgimento dessa disciplina jurídica com base no regramento jurídico de fatos eminentemente econômicos. Eles foram regulados, inicialmente, pelo Direito Individual e, na seqüência da Revolução Industrial, pelo

---

ponto de vista econômico), antes da tomada do poder de Estado”. *Direito individual do trabalho: uma abordagem crítica*, p. 74-75.

<sup>3</sup> *Princípios de Direito do Trabalho*. p. 66.

<sup>4</sup> *O direito do trabalho no limiar do século XXI*, p. 1030.

recém-nascido Direito Coletivo, resultado da criação da consciência coletiva dos trabalhadores, reunidos ao redor das máquinas, e da concentração urbana da sociedade.

No Brasil e no início da era Vargas, a “questão social”, resultante da “questão econômica”, tornou-se tema de acalorados debates no seio da sociedade civil brasileira. Passa o Estado a incorporar tais preocupações em seu aparelhamento e a regulamentar as relações entre capital e trabalho, com a criação do Ministério do Trabalho, da Indústria e do Comércio e a promulgação das legislações social, trabalhista e sindical. Tais relações podem ser consideradas como a base de sustentação do Direito do Trabalho pátrio contemporâneo, muito embora terem existido várias regras jurídicas no Brasil antes da Revolução de 1930. Não mais tratada como mero “caso de polícia”, a “questão social” passou a ser encarada como uma realidade inerente às sociedades modernas, realidade esta revelada pela organização de associações representativas dos interesses profissionais, pela administração pública equidistante do capital e do trabalho, pelo discurso de colaboração (não mais luta) entre classes, pela diversificação das atividades econômicas (notadamente o modo de produção industrial) e pelo fomento da indústria nacional <sup>6</sup>.

Desde a criação do referido Ministério, seu primeiro titular já falava na desigualdade econômica entre o proletariado e o empresariado; na necessidade de sua nivelção por meio da criação de outra desigualdade, agora de caráter jurídico, e na impossibilidade de resolução da “questão social” tão-somente pela aplicação dos institutos da Economia:

*“Porque, na verdade, o aspecto econômico por forma alguma pode ser considerado o exclusivo na solução de tais problemas. Pelo contrário, ao fator econômico sobreleva em importância a necessidade de justiça social. Examinemos com olhos humanos as condições do trabalho no Brasil e concluiremos que o operariado brasileiro merece e requer a nossa assistência e proteção em vários e vários capítulos. Onde, por muitas regiões, a garantia de salários dignos e remuneradores? Onde a proteção indispensável a todo esforço humano? Onde a regularização do trabalho de mulheres, de adultos e menores? Onde os seguros*

---

<sup>5</sup> *Tratado elemental de derecho del trabajo*, p. 11.

<sup>6</sup> Neste sentido, veja-se um trecho do discurso proferido por Lindolfo Collor, primeiro Ministro do Trabalho, da Indústria e do Comércio da era Vargas, dirigido aos representantes das Associações Operárias do Rio de Janeiro: “A revolução foi feita, antes de tudo, para garantir a liberdade de consciência do povo brasileiro. No que se refere às classes trabalhadoras, não basta, porém, que se lhes reconheça essa liberdade, não como favor, mas como direito. A consciência econômica dos direitos do proletariado brasileiro não se poderá afirmar nem exprimir dentro da dolorosa desordem em que a revolução encontrou as relações entre os que dão e os que recebem trabalho. Neste particular, é a do Brasil, na verdade uma situação de completa desordem. A mentalidade da revolução brasileira não limita o conceito da ordem às aparências exteriores do fenômeno social, nem tão-somente às suas características materiais e ao seu alcance imediato de falta de luta”. *A revolução de 30: textos e documentos*, p. 298.

*sociais, as aposentadorias, as casas higiênicas e baratas, as escolas, os recreios, para não falar senão naquilo que todo homem deve ter direito como tem direito ao sol?”.*<sup>7</sup>

Contudo, a intensidade dos efeitos da Economia sobre o Direito em geral - e o Direito do Trabalho em especial - não significa que a ciência jurídica deva se curvar à econômica em regime de total subserviência. Para Amauri Mascaro NASCIMENTO<sup>8</sup> existe, além das estreitas relações, uma interação entre o Direito do Trabalho e a Economia:

*“Transposta a discussão para o âmbito do direito do trabalho, a mesma controvérsia pode surgir e a posição que nos parece melhor é a daqueles que reconhecem que economia e direito implicam-se de tal modo que tanto os fatos econômicos podem influir no direito do trabalho, e a demonstração está na própria história do direito do trabalho a partir da Revolução Industrial do século XVIII, como o direito do trabalho influencia a ação destinada à produção de bens e distribuição de riquezas, bastando exemplificar com as leis trabalhistas sobre salários, participação do trabalhador nos lucros da empresa, etc. (omissis). O direito do trabalho não é ramo do direito econômico, da mesma maneira que o direito civil. O estudo da propriedade privada pertence ao direito civil e ao direito econômico. Do mesmo modo, diversos institutos são comuns ao direito do trabalho e ao direito econômico. Diferentes são os ângulos de apreciação. O direito do trabalho dispensa proteção jurídica ao trabalhador contra a sua absorção pelo processo econômico. O direito econômico estuda em primeiro lugar exatamente esse processo, no qual se encontra o trabalhador. Nota-se, portanto, que não coincidem os fins das duas disciplinas”.*

Interação esta, aliás, que já havia sido destacada por Miguel REALE<sup>9</sup>, como dialética e impossível de ser reduzida a nexos causais ou a uma relação entre forma e conteúdo, pois, para o autor, não se pode afirmar que a Economia cause o Direito ou que este seja mera roupagem ideológica de uma determinada forma de produção.

E, na doutrina estrangeira, a relação entre as ordens jurídica e econômica é afirmada por Vital MOREIRA<sup>10</sup>, que destaca que a aderência entre as estruturas jurídica e econômica não é irrestrita e total:

*“Na realidade, se algo pode ser afirmado desde já é que as formas econômicas e as formas jurídicas não se recobrem totalmente. A ordem jurídica não reflecte ponto por ponto a estrutura econômica. A estrutura econômica é <traduzida> em ordem jurídica, mas é-o em termos jurídicos (: juridicamente). Uma mesma ordem jurídica pode traduzir diversas formas de economia: isso depende da própria realidade econômica; certas transformações da ordem*

<sup>7</sup> Discurso de posse do Ministro Lindolfo Collor, proferido em dezembro de 1930. *A segunda república (1930-1937)*, de Edgard CARONE, p. 223.

<sup>8</sup> *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*. p. 96-97.

<sup>9</sup> *Lições preliminares ...*, p. 21.

<sup>10</sup> *A ordem econômica do capitalismo*, p. 13-14.

*jurídica não implicam transformações correspondentes na economia: existe uma certa <insensibilidade> econômica a certas transformações jurídicas. Ignorar que não existe uma aderência total entre a estrutura econômica e a respectiva estrutura jurídica (: que a adequação de uma a outra permite uma margem de variação) pode ter os mais funestos resultados na análise da própria estrutura econômica”.*

Em proveito desse posicionamento acerca da influência que a Economia exerce sobre o Direito, deve-se registrar também a posição de Jean-Claude JAVILLIER <sup>11</sup>. Para esse estudioso, as preocupações de ordem econômica explicam a origem de muitos textos jurídicos, e os fatores macroeconômicos refletem em problemas, procedimentos e disposições técnicas em matéria de condições de emprego e de relações de trabalho, o que rechaça, necessariamente, os objetivos sociais e humanitários do Direito do Trabalho.

Também Luiz Carlos Amorim ROBORTELLA <sup>12</sup> defende que não há como ignorar o impacto dos fenômenos econômicos na formulação das regras de direito. Deste entendimento partilha ainda Miguel Angel SARDEGNA <sup>13</sup>, muito embora afirme que é parcialmente correta a conclusão de que o Direito do Trabalho depende e é condicionado pela Economia, pois aquele ramo da ciência jurídica não se encontra abaixo da conjuntura e da infra-estrutura econômica, muito embora, às vezes, como no caso das greves, atua como verdadeiro fator de desenvolvimento econômico.

Aliás, na esteira do pensamento do jurista argentino, cabe registrar que não se pretende negar, aqui, o aspecto social que permeia o Direito do Trabalho, pois seria impossível imaginar que o conflito capital x trabalho resumir-se-ia à análise pura e exclusiva da questão econômica <sup>14</sup>.

Fora de dúvida que o Direito do Trabalho prestou-se, também e principalmente no seu desenvolvimento, à socialização da Economia, tal como afirmou Boaventura de Sousa

---

<sup>11</sup> *Pragmatismo e innovación en el derecho internacional del trabajo – Reflexiones de un especialista en derecho del trabajo*, p. 34.

<sup>12</sup> *O moderno direito do trabalho*, p. 23.

<sup>13</sup> *Considerações sobre a teoria do “Direito do trabalho mínimo”*, p. 10-11.

<sup>14</sup> Pertinente a citação de Alfredo Montoya MELGAR que, analisando o direito do trabalho como um fenômeno sócio-cultural, consigna que “*En los antípodas ideológicos de estas concepciones idealistas del Derecho se encuentran las explicaciones que ven en todo Derecho, y por tanto en el Derecho del Trabajo, una pura segregación emanada por los intersticios del sistema económico. Pero tal explicación del Derecho del Trabajo como un puro reflejo de las condiciones económicas no pue acogerse desde el momento en que incluso los más autorizados filósofos marxistas contemporáneos denuncian la superficialidad con que se vienen utilizando las nociones de estructura y superestructura, aplicadas respectivamente a la realidad económica y a las formas jurídicas, políticas e ideológicas. El propio ENGELS, en un manuscrito de 1890, alarmado ante la actitud de los jóvenes economistas marxistas, calificab de <vacuo, abstracto y absurdo> el intento de explicar la Historia a través del puro factor económico”.* *Derecho y trabajo*, p. 40.

SANTOS<sup>15</sup>, ao investigar o contrato social da modernidade e o momento histórico entre o pré e o pós-contratualismo:

*“A socialização da economia deu-se por via do reconhecimento progressivo da luta de classes enquanto instrumento, não de superação do capitalismo, mas de transformação do capitalismo. A regulação do tempo e trabalho, das condições de trabalho e do salário, a criação de seguros sociais obrigatórios e de segurança social, o reconhecimento da greve, dos sindicatos e da negociação e contratação coletiva são momentos decisivos do longo percurso histórico da socialização da economia. Por ele se foi reconhecendo que a economia capitalista não era apenas constituída por capital, fatores de produção e mercado, mas também por trabalhadores, pessoas de classes com necessidades básicas, interesses próprios e legítimos e, em suma, direitos de cidadania”.*

Contudo, o que se tem esquecido, voluntariamente ou não, é que a Economia, mais do que quaisquer outros ramos da ciência - o que obviamente não significa a exclusão desses ramos - sempre ditou e continua ditando o curso da ciência jurídica, notadamente no que diz respeito ao Direito do Trabalho pátrio.

Atualmente, diversos institutos do Direito do Trabalho vêm sendo criados e outros tantos substancialmente modificados ou simplesmente abolidos, com a única finalidade de incrementar o processo produtivo e, conseqüentemente, desprezam a condição social e o patrimônio jurídico dos trabalhadores. Se é certo que em um dado momento da história do capitalismo mundial anunciou-se a existência de justos motivos para erradicar a desigualdade entre os sujeitos da relação de emprego decorrente da concepção individualista liberal, hodiernamente eles raramente são lembrados, quanto mais defendidos. De fato, eles são até mesmo refutados em nome da sobrevivência daquele sistema econômico de produção. A questão é colocada com precisão por Jean-Claude JAVILLIER<sup>16</sup>:

*“Mientras unos acusan apasionadamente a los otros de querer destruir una protección social duramente conquistada desde el siglo XIX por los trabajadores (a juicio de algunos, a raíz de una lucha de clases sin piedad ni flaqueza), otros señalan que la protección social está perjudicando a quienes deberían beneficiar-se de ella porque provoca una pérdida de competitividad y la consiguiente desaparición de empleos”.*

Arautos do neoliberalismo e da globalização sem medidas defendem veementemente - e mesmo no Brasil - não só o amadurecimento da classe trabalhadora e dos sindicatos quanto a desnecessidade da intervenção estatal nas relações entre capital e trabalho. O declínio do

---

<sup>15</sup> *Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo*, p. 89.

<sup>16</sup> *Pragmatismo e inovación* ..., p. 30.

Direito do Trabalho é tido como fato consumado, sob a falsa premissa de que falhou tanto na função de regular o conflito entre o capital e o trabalho, como na de harmonizar os interesses dos empregados e dos empregadores, já que fortaleceu o capital, enfraqueceu o trabalho e principalmente não é capaz de pôr fim à desigualdade entre os sujeitos da relação de emprego. Segundo Aldacy Rachid COUTINHO *“aquele direito novo, moderno, que dava conta das questões sociais e ideológicas, que se dizia protetor do trabalhador, entra na pós-modernidade tendo que enfrentar uma interna e profunda crise de identidade - senão o prognóstico do seu próprio desaparecimento”*<sup>17</sup>.

E, ao comentar a rarefação da ciência laboral, Maria Regina Gomes REDINHA afirma que *“como a contundência das modificações que forjaram uma nova organização do trabalho deixa adivinhar, o Direito do Trabalho vive também ele a sua época de indeterminância, aquele momento agônico em que o presente é <apenas passado de um futuro a chegar> e o espaço se abre ao niilismo conformado ou à nostalgia da segurança perdida”*. Prossegue a autora sustentando que *“a primeira crença que se abateu foi a do carácter progressivo do Direito do Trabalho ou da irreversibilidade da sua dimensão tuitiva, como se demonstra pela profusão de estatutos secundarizados, pela contestação ao princípio do tratamento mais favorável, pela aleatória conservação do vínculo contratual e pelo cerceamento de certos direitos colectivos. Depois, vem a aversão da uniformidade e a permeação inexorável ao problema do emprego”*<sup>18</sup>.

Não são poucas as vozes que se erguem para dizer que o Direito do Trabalho não só obsta o processo produtivo, pelo alto custo da geração e manutenção dos empregos, como também incentiva o trabalho informal, o denominado subemprego; o emprego, sempre conhecido como trabalho juridicamente subordinado, cede espaço ao trabalho autônomo<sup>19</sup>. Segundo tal linha de raciocínio, ao invés de somente regular as relações de trabalho, o Direito do Trabalho pulveriza-as, encontrando-se em graves crises de existência e identidade<sup>20</sup>. De

---

<sup>17</sup> *Direito do trabalho de emergência*, p. 101.

<sup>18</sup> *A relação laboral fragmentada*, p. 73 e 76.

<sup>19</sup> José PASTORE aponta que *“o nascente mundo do trabalho contrasta com o cadente mundo do emprego. O trabalho espalha-se por todo o planeta e, ao mesmo tempo, diferencia-se. As leis nacionais ficam irrealistas. As convenções internacionais, mais ainda. Afinal, elas foram feitas para o mundo do emprego onde existiam, claramente, o empregado, o empregador e o Estado”*. *Obsolescência das instituições do trabalho. Como proteger as novas formas de trabalhar que não têm nada que ver com o emprego?* Jornal O Estado de São Paulo. São Paulo. Caderno de Economia, 04.04.2000, p. B-1.

<sup>20</sup> Atente-se para as considerações de André Ricardo FRANCO: *“O princípio protetor, que é basilar no Direito do Trabalho tradicional, não necessita ser afastado em toda a sua essência, mas sim amoldado e sopesado, de acordo com a situação que se apresente e com as condições sociais que se imponham. Ele pode e até deve perder força para outros princípios, numa análise direta de proporcionalidade. (omissis). O princípio protetor deve ser aplicado em alguns casos, mas com moderações decorrentes de verificações impetradas pelo intérprete*

fato, há até quem defenda a completa inviabilidade de sua aplicação no atual estágio de desenvolvimento do Direito do Trabalho, e chegam a negar, conseqüentemente, a condição de ciência autônoma à esta disciplina jurídica, em face da abolição de seu princípio reitor. Tarso GENRO <sup>21</sup> chegou a vaticinar que o princípio protetor, profundamente importante para os trabalhadores no mundo capitalista, perderia a sua pujança em razão proporcional ao avanço do processo histórico destrutivo da sociedade de classes.

Entretanto, se é certo que as crises econômicas vivenciadas no Brasil passaram a ser a regra, não mais a exceção, isto não significa que a ordem jurídica, em especial a trabalhista, deva relegar seus princípios norteadores ao completo esquecimento. São nos momentos de crise da Economia que o Direito do Trabalho vem afirmado-se ao longo do tempo <sup>22</sup>. Verdadeiro, também, é que no Brasil prevalece o sistema de economia capitalista, mas não se pode olvidar que a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da justiça social como norte da ordem econômica e social (artigo 170). Isso que evidencia a pertinência da abordagem ao princípio protetor, à luz do modelo sócioeconômico brasileiro da atualidade, vez que informa o Direito do Trabalho, um dos mais eficazes instrumentos promotores da justiça social no Brasil <sup>23</sup>. Pois, qualquer que seja a relação estabelecida entre o Direito do Trabalho e a Economia, quer de subserviência ou interdependência, quer no Brasil ou no exterior, certo é que ela é travada a partir do conteúdo tutelar daquela ciência jurídica, conferido pelo princípio da proteção do trabalhador hipossuficiente. Este busca afastar as conotações puramente civilista e patrimonial do contrato de trabalho, como se fosse mais uma espécie dos contratos de compra e venda, e atenuar, de certa forma, os efeitos da aplicação radical dos institutos econômicos da livre concorrência e da propriedade privada, que reduziria o trabalho a reles mercadoria.

---

*do Direito, cedendo espaço para estas outras situações apresentadas, em atendimento à realidade e à necessidade social. Tais verificações, após investigadas, devem supesar [sic] ou eliminar os benefícios do princípio protetivo. Neste plano, pode ser até a falar em princípio protetor dos empregadores, da manutenção de empregos; da família; das condições de trabalho, variando o prisma, de acordo com a necessidade e a realidade social". Princípios de direito do trabalho – uma nova visão, p. 11.*

<sup>21</sup> *Direito individual ...*, p. 74-75.

<sup>22</sup> Miguel Angel SARDEGNA observa que as crises econômicas contemporâneas têm tido impacto destrutivo no emprego mas não no Direito do Trabalho: *"O Direito do Trabalho na Argentina foi afirmado e fortalecido em cada crise econômica. Esta declaração transcende nossas fronteiras, e é como também é notada, depois do fim da primeira Grande Guerra, a crise econômica mundial que a ela sobreviveu, onde aparecem as primeiras leis fundamentais da disciplina e o reconhecimento de seus princípios, a criação da Organização internacional do Trabalho e a subscrição do Tratado de Versalles e da Convenção de Washington, que tanto influenciaram os institutos fundamentais do Direito do Trabalho."* *Considerações sobre ...*, p. 273.

<sup>23</sup> Neste sentido, destaca-se o posicionamento de Francisco Meton Marques de LIMA, *Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência*, p. 17.

Ora, se é verdade, como disse Américo Plá RODRIGUEZ <sup>24</sup>, que o Direito do Trabalho surgiu em função da liberdade contratual de pessoas com poder e capacidade econômica desiguais, produzindo diferentes maneiras de exploração, não se pode negar que o princípio protetor e, conseqüentemente, o Direito do Trabalho nasceram principalmente, de fatos econômicos, verdadeiros fundamentos não só da criação, como também do desenvolvimento da ciência laboral, que se encontra em permanente expansão.

Joaquim Augusto Domingos DAMAS com particular lucidez sintetiza perfeitamente a comunicação entre as ordens social e econômica, agora através do caráter protetivo do Direito do Trabalho:

*“O desenvolvimento da protecção dos trabalhadores melhorando as suas condições de trabalho, tem levado à consideração do direito do trabalho como o ramo “progressista” do direito, vocacionado para a transformação da ordem social e ainda como um ramo do direito que se desenvolveu contra o capitalismo liberal para compensar a desigualdade econômica entre empregador e trabalhadores, orientado na defesa da dignidade humana da pessoa do trabalhador que por carência dos meios de subsistência se vê colocado numa relação de dependência pessoal perante o empregador”* <sup>25</sup>.

Enfim, a preocupação com o tema em exposição acentua-se na exata medida em que se propaga - não só no meio jurídico - a idéia de que o princípio da proteção perdeu sua razão de existir. Isso ainda significa grave violação ao princípio da igualdade e não mais encontrará espaço no mundo globalizado. Assim sendo, esta investigação científica tem como pretensão analisar a diretriz cardeal do Direito do Trabalho, o princípio da proteção, na atualidade brasileira. Assim, superar-se-á as idéias difundidas de que o Direito do Trabalho presta-se tão-somente à sobrevivência do modelo econômico brasileiro e à conseqüente necessidade de acompanhamento do processo globalizante.

#### 1.1.1.2 O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO: A RELAÇÃO COM O DIREITO CIVIL E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Os objetivos aqui propostos são os de perquirir o motivo por que o Direito do Trabalho rompeu com o Direito Civil e, assim, adquiriu vida própria, e também cogitar-se sobre a reincorporação daquele a este ramo do Direito comum.

---

<sup>24</sup> *Princípios ...*, p. 85.

<sup>25</sup> *O princípio da igualdade na relação jurídica do trabalho*, p. 112.

Ora, no plano jurídico e por inspiração dos ideais da Revolução Francesa, as relações de trabalho eram, num primeiro momento, reguladas pelo Direito Civil e, ao menos formalmente, em nome dos princípios da igualdade e da liberdade contratuais, sob a rígida égide da teoria da autonomia da vontade, fruto do individualismo liberal filosófico e econômico. Tidos como livres e iguais perante a natureza e o Direito, os homens contraíam direitos e obrigações segundo as suas próprias vontades, desde que manifestadas livremente, ou seja, sem vícios formais de consentimento. A liberdade contratual, fruto da autonomia da vontade, tornava qualquer contrato justo, independentemente de seu conteúdo.

Contudo, não obstante a nobreza dessas diretrizes principiológicas (igualdade e liberdade contratuais) e a respectiva cristalização no mundo jurídico, o que se observou no mundo fático foi um quadro de ampla miséria e desordem nas relações de trabalho. Tais relações foram marcadas pela exploração maciça do homem pelo próprio homem e pela busca da maior margem de lucro possível, à custa do massacre do trabalho pelo capital<sup>26</sup>. Até como uma forma de manutenção do *status quo* do capitalismo, tornou-se inevitável e irreversível o processo de desmembramento do Direito do Trabalho do Direito Civil, passando aquele a ser caracterizado como o ramo progressista do Direito, o “novo direito” destinado a transformar a ordem social e eliminar a “ditadura contratual”<sup>27</sup>.

Não só o Direito comum revelava-se imprestável para resolver os conflitos entre o capital e o trabalho, por não considerar a situação *sui generis* do empregado em face do empregador, como também o próprio trabalho não era considerado como um valor a ser resguardado de forma digna e especial pelo ordenamento jurídico. Efetivamente, o trabalho era tratado como qualquer outra prestação e, o contrato de trabalho, como mais uma espécie comercial dentre as várias existentes em codificações inspiradas na concepção individualista do liberalismo econômico. Pôde-se concluir, assim como o fez José Affonso DALLEGRAVE NETO<sup>28</sup>, que “o grande pecado dos códigos civis foi fazer tábula rasa dos sujeitos de direito, considerando-os como seres indiferenciados e iguais, quando na realidade não há esta

---

<sup>26</sup> Segundo Héctor-Hugo BARBAGELATA, “a convicção de que os códigos civis não continham uma resposta adequada às questões levantadas pelo trabalho humano e pelas relações que gerava já vinha se processando desde o final do século passado e, sob o amparo de inovações legislativas, pouco ou nada ortodoxas, encorajou os esforços com vista à construção de uma doutrina jurídica substitutiva da tradicional”. *O particularismo do direito do trabalho*, p. 13.

<sup>27</sup> Eliana Pedroso VITELLI afirma que “o Direito do Trabalho rompe, desta forma, o cordão umbilical que o unia ao Direito Civil, mediante a compreensão profunda de que a igualdade jurídica em que se funda o Direito Comum na lida com questões de direitos disponíveis entre particulares, não servia aos propósitos de um direito que se ocupa das relações de trabalho entre grupos distintos: empregadores e empregados, entre os detentores do capital, autônomos, e os detentores única e exclusivamente de sua força de trabalho subordinada”. *O princípio da proteção em face da flexibilização dos direitos trabalhistas*, p. 1351.

*igualdade*". A tradicional teoria do negócio jurídico destinava-se a manter o Estado afastado das relações entre os particulares e presumia a igualdade das partes, mas esta igualdade existia somente no plano formal e traduzia-se apenas numa igualdade de oportunidades no momento da celebração do contrato. O princípio da igualdade buscava assegurar o efetivo equilíbrio entre os direitos e as obrigações das partes, somente alcançável quando uma delas recebesse benefícios juridicamente protegidos na exata medida da contrapartida dos sacrifícios assumidos. Daí porque:

*“O liame que mais se aproxima do que aqui estamos a falar é justamente o do contrato individual de trabalho, que teve sua gênese no Direito Civil e posteriormente se tornou independente, ao assumir a necessidade de existência de leis protetivas ao empregado. Sendo o Contrato de Trabalho comutativo e um dos seus sujeitos axiomáticamente mais fraco, não há como falar em justiça comutativa sem a interferência protetiva do Estado em prol da parte frágil. O equilíbrio do liame empregatício somente passou a existir quando a debilidade econômica do trabalhador foi compensada pela tutela jurídica da legislação trabalhista”*<sup>29</sup>.

Examinando a codificação civil brasileira, Jussara MEIRELLES<sup>30</sup> demonstra que foi estabelecida uma categoria jurídica abstrata, designada como pessoa natural, a fim de que o ser humano pudesse ser considerado sujeito de direito, o qual, para integrar as relações jurídicas em seus pólos ativo ou passivo, necessariamente precisaria identificar-se com um nome e um registro e possuir a idade legalmente prevista, além das condições para emissão da vontade, não bastando “ser”, mas sim, “apresentar-se”. Esta ficção criada pelo Direito - o conceito de pessoa - impôs o reconhecimento desta em função de atribuições e obrigações que a lei lhe atribui, e não em face da natureza humana e da dignidade. Daí se poder falar em sujeitos “real” e “virtual”, ambos diferenciados pelo direito: o primeiro correspondente à pessoa humana, em razão de sua natureza e dignidade; o segundo, à pessoa codificada, reconhecido pelo nome de família e pelo registro. Por tal motivo, a concepção clássica civilista contribuiu para aprofundar o distanciamento entre o indivíduo homem e o que a lei entende por pessoa, pois, para ser sujeito de direito, não basta ser humano, mas ter patrimônio. E, nas relações contratuais, a conceituação tradicional de pessoa contribuiu para a expressão de poder de um sujeito de direito sobre outro, pois *“a igualdade formal entre as partes contratantes passou a se constituir em arma de exploração do mais fraco pelo*

---

<sup>28</sup> *Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural*, p. 26.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>30</sup> *O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*, p. 87-89, 91-93 e 99-100.

*economicamente mais forte, e disso emergiu a necessidade de uma política legislativa que restaurasse o equilíbrio contratual, profundamente alterado ante a nova realidade econômica”.*

E, no que concerne ao Direito do Trabalho, entende-se pertinente a passagem do pensamento crítico de Michel MIAILLE <sup>31</sup>:

*“Ora, precisamente, a oferta dessa mercadoria particular (a força do trabalho) num mercado não pode realizar-se senão em condições históricas particulares; são precisas, pelo menos, duas condições: que os proprietários dessa força de trabalho não sejam proprietários dos meios de produção, designadamente de capital, e que eles não possam vir a sê-lo. É preciso, portanto, que eles tenham sido completamente arrancados às antigas condições de produção e que estejam ao mesmo tempo separados dos meios de produção capitalistas. É preciso de algum modo <isolá-los> de tal maneira que sejam economicamente obrigados a vender a sua força de trabalho sem, no entanto, a isso serem obrigados juridicamente. Esta situação precisa e original assume juridicamente a forma de personalidade jurídica.”*

Também se destaca no âmbito das relações de trabalho a análise acurada de Vital MOREIRA <sup>32</sup>, que trata do contrato de trabalho na ordem jurídica privada clássica, moldada pela economia capitalista de livre mercado:

*“Um dos exemplos típicos dessa dissociação entre o modelo e a realidade subjacente é o contrato de trabalho. Na representação do modelo, ele está integrado no domínio da autonomia da vontade, isto é, está sujeito às regras do contrato civil e aos seus pressupostos: duas pessoas, em igualdade de condições, regulam as suas relações segundo a sua vontade esclarecida e livre, permutando duas coisas de valor equivalente: o salário e o trabalho. Na consideração jurídico-privatística não se vê aí nem os trabalhadores nem o empresário, nem a solidariedade real que existe entre os primeiros. Apenas se vê dois indivíduos, <sujeitos jurídicos>, que celebram um contrato livremente assumido. Simplesmente, no plano econômico faltam esses pressupostos: <le proletaire devait bien travailler pour vivre>. A liberdade do contrato transmuda-se na necessidade de aceitar as condições de um poder econômico mais forte. O trabalhador é certamente livre, mas é-o num duplo sentido: livre de dispor da sua força de trabalho, como e onde quiser, sem qualquer limitação; mas livre também de tudo, desprovido de qualquer outra coisa, de meios de produção e de subsistência. E é esta última <liberdade> que transforma aquela em servidão”.*

O mesmo autor, ao tratar da ordem econômica liberal, pontifica que:

*“... no modelo liberal, o direito não é verdadeiramente o regulador da vida econômica. Direito de propriedade, contrato, não são institutos econômicos, mas sim institutos da ordem jurídica geral da sociedade. As categorias econômicas, empresa, empresário, mercado,*

---

<sup>31</sup> *Introdução crítica ao direito*, p. 116.

<sup>32</sup> *A ordem ...*, p. 79-80.

*concorrência, trabalho, são desconhecidas do direito. Não existe ordem jurídica do mercado, do trabalho, da empresa. O direito ignora a fábrica, pára aos seus portões; dentro desta é ainda o direito geral de propriedade que dá ao empresário o poder regulamentar do processo do trabalho (jus utendi, fruendi). A propriedade da empresa não se distingue da propriedade de que qualquer outro bem. O contrato de compra de força de trabalho é apenas mais um contrato de pessoas livres”* <sup>33</sup>.

Corroborando o exposto, afirma BARBAGELATA <sup>34</sup> que a principal particularidade do Direito do Trabalho esteve e está diretamente relacionada com o objeto de sua proteção e pressupõe uma nova atitude diante da realidade do mundo do trabalho, consistente na transformação da forma de conceber a igualdade dos sujeitos envolvidos na relação de trabalho. A aplicação equivocada do princípio da igualdade no âmbito das relações de trabalho também foi examinada por Carlos Alberto da Mota PINTO <sup>35</sup>, que considera o Direito Civil como direito privado comum e, o Direito do Trabalho, como direito privado especial. Para o civilista, a concepção do contrato de trabalho como um contrato livremente celebrado por partes igualmente livres mostrou-se profundamente divorciada da realidade, uma vez que a entidade patronal encontrar-se-ia em posição de impor condições inaceitáveis ao trabalhador que se veria obrigado a aceitar em face da sua sobrevivência a dependência obrigatória da alienação da sua força de trabalho. Outro não é o posicionamento de Alfredo Montoya MELGAR, que entende que as normas protecionistas referentes à segurança, aos acidentes de trabalho e à limitação da jornada, dentre outras, seriam incorporadas pelo Direito Administrativo, sendo as demais questões reguladas pelo Direito Civil, caso não tivesse surgido o Direito do Trabalho <sup>36</sup>.

Assim sendo, o abandono da conotação puramente formal de exigência de igualdade na aplicação do Direito (igualdade perante a lei) e a assimilação do conteúdo material do princípio da igualdade, no sentido de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais (igualdade perante o Direito), revelaram-se fundamentais para o rompimento do Direito do Trabalho com o Direito Civil, para a superação do trauma deste desmembramento e para a

---

<sup>33</sup> *A ordem ...*, p. 74-75.

<sup>34</sup> As outras particularidades seriam: a subjacência do conflito nas relações trabalhistas; a dimensão coletiva do conflito trabalhista; o papel central da negociação; repercussões no âmbito das fontes do direito; a significação do tempo social no sistema normativo-trabalhista; e a variedade e os poderes dos operadores jurídicos. *O particularismo ...*, p. 20-21.

<sup>35</sup> *Teoria geral do direito civil*, p. 38

<sup>36</sup> Diz o autor que “*la aparición del contrato de trabajo, como contrato normado o socializado que impone grandes limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes, hace viable nacimiento de un nuevo Derecho, impidiendo la disolución de las primeras normas proteccionistas del trabajo en un magma ético-jurídico en el que convivían promiscuamente las medidas de policía, los propósitos filantrópicos y las instituciones de beneficencia*”. *Derecho ...*, p. 31.

confirmação de sua autonomia científica e de sua finalidade protetora. Sim, porque na qualidade de viga mestra do regime geral de direitos fundamentais, não se pode limitar a interpretação do princípio da igualdade ao sentido formal, pois, de acordo com José Joaquim Gomes CANOTILHO <sup>37</sup>, tal diretriz “*acabaria por se traduzir num simples princípio de prevalência da lei em face da jurisdição e da administração*”, porque é necessário e imperativo não somente tratar “*desigualmente o que é desigual*”, como também estabelecer um critério de valoração para determinar se uma lei trata dois indivíduos de “*forma igualmente justa*”<sup>38</sup>.

Segundo outro jurista português, Joaquim Augusto Domingos DAMAS <sup>39</sup>, que estudou profundamente a aplicação do princípio da igualdade na relação de trabalho, tem-se que entender que:

*“O segundo dos sentidos atribuído à igualdade jurídica, igualdade material ou igualdade perante o Direito, não se limita a uma forma subsunção de todos os homens às mesmas categorias abstractas. Pelo contrário, o princípio da igualdade é agora invocado a fim de obter tratamentos diferenciados para situações fácticas desiguais, concebida a igualdade jurídica como um imperativo de tratamento igual das situações substancialmente iguais e tratamento desigual das situações desiguais. Com efeito, o tratamento igual de situações desiguais implicaria o aprofundamento das desigualdades. A fim de diminuir a disparidade entre os cidadãos recorre-se hoje, cada vez mais, a um tratamento desigual, privilegiando a situação daqueles que por razões de natureza económica, social ou cultural se encontram em posição desfavorecida. Igualdade jurídica material significa, pois, proporcionalidade no tratamento das relações humanas juridicamente relevantes, exigindo do legislador, da administração e dos tribunais, um tratamento igual daquilo que é substancialmente igual e tratamento desigual de situações substancialmente desiguais”.*

À toda evidência, esta noção do princípio da igualdade interessa sobremaneira ao Direito do Trabalho e ao princípio cardeal que o informa. Ora, pois o principal instituto desta disciplina jurídica - o contrato individual de emprego - desvela uma relação de poder e retrata uma desigualdade de fato inolvidável, seja em função da diferença de poderio econômico,

---

<sup>37</sup> Daí conclui o jurista lusitano que as necessidades de sistematizar os critérios de valoração e de determinar os elementos de comparação da dimensão relacional do princípio da igualdade resultam: na insuficiência do arbítrio como fundamento adequado de valoração e comparação; na imprescindibilidade da análise da natureza, do peso, dos fundamentos ou dos motivos justificadores das soluções diferenciadas; e na insuficiência da consideração do princípio da igualdade como um direito de natureza apenas defensiva ou negativa. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 399-400.

<sup>38</sup> Também José Afonso da SILVA partilha do entendimento segundo o qual é preciso apreender o significado da expressão “igualdade perante a lei” para que seja possível a tutela de pessoas que se encontrem em posição econômica inferior, realizando o “princípio de igualização”. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 211-212.

<sup>39</sup> *O princípio da igualdade ...*, p. 105-106.

social e cultural em proveito do empregador, seja em função da supremacia patronal ditada pela potencial recusa da oferta de emprego; pela possibilidade de imposição de sua vontade quanto ao conteúdo do contrato e pelo efetivo exercício legalmente legitimado do poder de comando.

Certo é que há quem defenda a revalorização de institutos de Direito Civil outrora desprezados (tais como a responsabilidade civil sindical, a autonomia da vontade e o trabalho autônomo) como categorias jurídicas plenamente funcionais no Direito do Trabalho. Há alguns, ainda, que argumentam que o processo de convergência entre tais disciplinas tomou fôlego no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Lei 8.048/90 - o Código de Defesa do Consumidor <sup>40</sup>.

Vê-se, sim, que alguns ramos do Direito Civil vêm sofrendo transformações semelhantes às quais passou o Direito do Trabalho. São os casos, por exemplo, do Direito Ambiental e do Direito do Consumidor <sup>41</sup>, nos quais a racionalidade jurídica de proteção e de defesa do meio ambiente e das relações de consumo se sobrepôs à racionalidade meramente econômica <sup>42</sup>. Entretanto, não se partilha do entendimento segundo o qual o Direito do Trabalho estaria enfrentando um fenômeno de retorno à origem civilista, não obstante esta seja a tônica do discurso neoliberal. Muito menos se entende que este retorno significaria progresso científico. É verdade que o Direito Civil contemporâneo vem sofrendo alterações substanciais em alguns de seus dogmas, mas isto não quer dizer que o Direito do Trabalho esteja sofrendo - ou deva sofrer - o processo contrário, qual seja, o de restaurar vetustas instituições civilistas. Não é possível traçar uma relação sequer um nexos de causalidade entre tais fenômenos.

À guisa de conclusão, pode-se afirmar que a causa do rompimento do Direito do Trabalho com o Direito Civil ainda não cessou, pois os sujeitos da relação de emprego

---

<sup>40</sup> É caso de Luiz Carlos Amorim ROBORTELLA: *“Há uma reaproximação das duas disciplinas, embora com movimentos contrários e distintos. A maior “sociabilização do Direito civil” significa um caminhar à frente; a “civilização” do Direito do trabalho constitui um retorno renovado à matriz ideológica, fruto do amadurecimento doutrinário e da experiência jurídica. Em ambos os casos, esses novos caminhos marcam um efetivo progresso científico”*. *O moderno ...*, p. 46.

<sup>41</sup> Cláudia Lima MARQUES, por exemplo, defende que o Código de Defesa do Consumidor é uma consequência da nova teoria contratual pois *“segundo a nova visão do direito, o contrato não pode mais ser considerado somente como um campo livre e exclusivo para a vontade criadora dos indivíduos. Hoje, a função social do contrato, como instrumento basilar para o movimento das riquezas e para a realização dos legítimos interesses dos indivíduos, exige que o contrato siga um regramento legal rigoroso. A nova teoria contratual fornecerá o embasamento teórico para a edição de normas cogentes, que traçarão o novo conceito e os novos limites da autonomia da vontade, com o fim de assegurar que o contrato cumpra a sua nova função social”*. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 90.

<sup>42</sup> Vide posicionamento de Jorge Pinheiro CASTELO neste sentido. *O direito do trabalho no século novo*, p. 19.

permanecem em posições desiguais, seja pela consideração do fator econômico, seja pela atribuição de poderes a apenas uma das partes, seja, ainda, pela posição na qual os sujeitos se encontram na relação de emprego, que será analisada na seqüência.

### 1.1.1.3 A POSIÇÃO DOS SUJEITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO: A QUESTÃO DA SUBORDINAÇÃO

Não bastasse a desigualdade econômica verificada entre os sujeitos da relação de emprego, fato que, *de per si*, já seria suficiente à justificação do princípio protetor do trabalhador, outro deve ser adicionado e analisado nesta investigação científica: a subordinação.

O objetivo da abordagem da nota típica da relação de emprego neste empreendimento não se presta ao exame da sistematização do requisito tradicionalmente lembrado pela doutrina e pela jurisprudência. Não interessa aqui saber se é a subordinação jurídica, econômica, técnica ou social que caracteriza o contrato de emprego e o distingue dos demais contratos de atividade e ainda se ela deve continuar prevalecendo como elemento diferenciador dos demais contratos de atividade.

Interessa, sim, perquirir as causas e os efeitos da subordinação numa relação jurídica de direito material estabelecida entre particulares, na qual uma das partes exerce poder sobre a outra. Note-se: no contrato de emprego, porque legitimado pelo ordenamento jurídico, o empregador exercita domínio sobre o empregado. Em nenhuma outra relação contratual isto se verifica.

Ao tratar da essência do elemento da subordinação e sem pretender a sua desconsideração - é bom que se registre -, vem Mario de la CUEVA <sup>43</sup> afirmar que o que caracteriza o regime capitalista não é apenas a existência do capital, mas o fato de que tanto o capital como o trabalho encontrarem-se juridicamente submetidos ao empregador, por meio do exercício do direito de propriedade. A produção de bens e serviços somente se dá pelo concurso de ambos os fatores e, como não é possível a prevalência do trabalho sobre o capital em função do direito de propriedade, o que se verifica é o procedimento contrário, qual seja, o de subordinação do trabalho ao capital. Ora, se o sistema capitalista pressupõe a livre disposição dos meios de produção pelos seus possuidores e a existência de não possuidores, dispostos (quando não obrigados pela necessidade de sobrevivência) a venderem a sua força

---

<sup>43</sup> *Derecho Mexicano del Trabajo*, p. 512.

de trabalho, forçoso convir que a relação de emprego é composta por dois sujeitos diferenciados pelo direito de propriedade. E este será o elemento determinante da potencialidade do exercício do poder: o empregador, legalmente legitimado ao exercício do poder; e o empregado, carente desta faculdade.

Segundo Joaquim Augusto Domingos DAMAS<sup>44</sup>, o ineditismo da relação de trabalho no contexto das relações jurídicas contratuais consiste no fato de que, em contrapartida à desigualdade de fato existente entre os sujeitos daquela relação, o direito acrescenta a desigualdade jurídica, pois, enquanto as demais relações jurídicas contratuais são orientadas pautadas por critérios formais de liberdade e igualdade dos contratantes, a relação de trabalho é caracterizada por um critério jurídico essencial e específico: a subordinação.

As teorias contratualista e institucionalista não seriam suficientes a fundamentar a questão da legitimação do poder patronal, uma vez que o poder patronal é anterior ao contrato de trabalho e retira fundamento da propriedade dos meios de produção. E, quando o exercente deste poder patrimonial recorre à disponibilidade da força de trabalho de outras pessoas, seu poder estende-se sobre estas. De tal sorte, o poder diretivo exercido pelo detentor do capital decorre diretamente do direito de propriedade sobre a empresa e integra o poder de organização desta unidade econômica.

E, no que interessa à pavimentação de nosso caminho rumo à abordagem do princípio da proteção, deve-se registrar que esta diretriz não visa apenas atenuar ou extinguir os efeitos da desigualdade de fato existente entre as partes do contrato de emprego, como anunciam vários autores, mas mitigar os efeitos da ação deletéria do abuso do exercício do poder de comando ínsito à figura do empregador. Explica-se: se é inegável o conteúdo econômico manifestado no Direito do Trabalho, também não se pode fechar os olhos para a ímpar desigualdade jurídica vislumbrada no contrato de emprego, nota típica que o difere dos demais contratos de trabalho e do Direito Comum. Este, no geral, tem suas relações contratuais regidas por critérios jurídicos formais de igualdade e liberdade entre os contratantes.

Evidentemente, a subordinação jurídica efetiva-se por meio do exercício de uma gama de poderes<sup>45</sup> conferida pelo ordenamento jurídico a uma das partes da relação jurídica de direito material – o empregador – o que, por si só e à semelhança do que é exposto quanto à

---

<sup>44</sup> *O princípio da igualdade ...*, p. 114.

<sup>45</sup> Hierárquico, diretivo, disciplinar, de direção, de controle, de fiscalização, de comando e de punição são algumas das espécies mais lembradas.

desigualdade econômica, também já seria suficiente a fundamentar o tratamento protecionista do empregado <sup>46</sup>.

Não basta dizer, então, que somente a desigualdade econômica justificará a necessidade da existência de um Direito do Trabalho protetor, tuitivo, preocupado em reduzir ou, para os mais otimistas, eliminar os efeitos decorrentes desses desnivelamentos, por meio da criação de outros de natureza jurídica. Também não se pode negar o processo de intensificação dos ataques que a subordinação jurídica, como nota típica da relação de emprego, vem sofrendo. Não são poucos aqueles que pintam um quadro de grave crise deste instituto, o que comprometeria, logicamente, o próprio princípio protetor, uma vez que, reduzindo-se o número de juridicamente subordinados, conseqüentemente a proteção seria assegurada a uma gama restrita de trabalhadores.

### 1.1.2 FUNDAMENTAÇÃO

As considerações preliminares lançadas na seção anterior visaram retratar a criação e o desenvolvimento do Direito do Trabalho e do princípio da proteção do trabalhador hipossuficiente. Da relação entre o Direito do Trabalho e a Economia, pôde-se precisar a origem daquela ciência, verificar o forte condicionamento da ordem jurídica pela ordem econômica e revelar as primeiras características do princípio protetivo. Da relação entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil, observou-se a confirmação da autonomia daquela disciplina jurídica a partir do desmembramento desta, além da evolução dos critérios orientadores da interpretação do princípio da igualdade e da consolidação do princípio da proteção. Enfim, o que se apurou da relação entre capital e trabalho é que, além da desigualdade econômica, deve-se atentar também para a desigualdade jurídica, decorrente da atribuição legal do exercício do poder a apenas um de seus sujeitos.

Num primeiro momento, tem-se então que o fundamento do princípio protetor assumiu conteúdo manifestamente econômico. A partir da constatação da desigualdade econômica entre trabalhadores e empregadores, é que o Direito do Trabalho tratou de criar outra

---

<sup>46</sup> Partilha deste entendimento Hugo Gueiros BERNARDES: *“no plano das relações de emprego, a supremacia econômica e hierárquica do empregador coloca-o em condição extremamente vantajosa para obter o consentimento do empregado. Em princípio, essa supremacia é uma realidade a que o legislador não pode fugir, bem assim o intérprete e aplicador da lei. Nem por isso se lhe nega o direito de estipular condições, às quais se venha a submeter o empregado. Veda-se-lhe o exercício abusivo desse direito, o desvirtuamento de seus fins, a construção fraudulenta do ajuste contratual. Veda-se-lhe, por igual, o ajuste prejudicial ao empregado, ainda que isento de vícios”*. *Direito do Trabalho*, p. 312.

desigualdade, de caráter jurídico, de forma a compor o conflito entre o capital e o trabalho de acordo com uma nova concepção de justiça. Para Francisco Rossal de ARAÚJO <sup>47</sup> o Direito do Trabalho surgiu como uma forma de justiça distributiva, segundo a concepção aristotélica de “tratar desigualmente os desiguais” e também como uma reação às iniquidades do liberalismo, notadamente a desigualdade econômica existente entre empregado e empregador. Esta se encontrava em níveis sócioeconômicos diversos por possuírem poderes e capacidades de resistência econômica diferentes, o que acarretou em exploração e aproveitamento.

Também Francisco Meton Marques de LIMA defende que o princípio da proteção ao trabalhador trata de uma compensação jurídica pela presumida desvantagem econômica do empregado perante o empregador e que se revela como uma forma de manifestação de justiça social, e não da justiça liberal que pretendia assegurar a igualdade de tratamento aos particulares, independentemente de suas situações econômicas ou sociais, com base no princípio da liberdade contratual <sup>48</sup>.

Novamente afigura-se lúcida e pertinente a constatação de Joaquim Augusto Domingues DAMAS <sup>49</sup>:

*“A este entendimento “unilateral e de favor” há, no entanto, que acrescentar que o direito do trabalho veio legitimar os poderes da entidade patronal (direção, regulamentar e disciplinar) consubstanciando a sua qualidade de detentor dos meios de produção. Apesar de todas as correções introduzidas pelo direito do trabalho há a considerar que este não só não consegue eliminar a desigualdade originária entre trabalhadores e empregadores, como pode ser considerado a expressão normativa mais consciente dessa desigualdade. A existência de normas de protecção significa, pois, que a ordem jurídica reconhece uma desigualdade econômica das partes no contrato de trabalho, e que não sendo suficientes para a superação dessa desigualdade, implicarão pelo menos parcialmente a sua atenuação. Nesta perspectiva se situam hoje vários autores, que reconhecendo no direito do trabalho um instrumento de correção parcial da desigualdade dos sujeitos da relação de trabalho, o consideram como o meio mais adequado à legitimação jurídica onde domina o modo de produção capitalista e adequado a esta dominação”.*

---

<sup>47</sup> Diz, ainda, que “esta concepção formal de justiça comutativa prevaleceu nos dois últimos dois séculos, fulcrada na teoria da autonomia da vontade e no consagrado dito de Fouillée de “quem diz contratual, diz justo”. Nessa época a preocupação limitava-se a garantir o consentimento livre e isento de vício”. A boa-fé no contrato de emprego, p. 45 e 77.

<sup>48</sup> Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência, p. 16. O autor chega a dizer que “nunca, durante a história do homem, o trabalhador terá sido mais escravizado, porque o patrão, aproveitando o estado de necessidade e miserabilidade do operário, submetia-o a condições as mais desumanas”. Aqui se vê que a desigualdade econômica não esteve presente somente no discurso jurídico protecionista; ela também se verificou no mundo fático do trabalho, através de condições que para sempre envergonharão a humanidade.

<sup>49</sup> O princípio da igualdade ... , p. 112.

De acordo com o autor, muito embora a desigualdade econômica estivesse perfeitamente delineada por um critério social - o abismo existente entre duas categorias de sujeitos -, isto não significa que a sociedade tenha sido o agente causador daquela desuniformidade. Ao contrário, pois foi a detenção dos fatores de produção que apartou trabalhadores e empregadores:

*“No entanto, para que este acordo de vontades livre e igual se efectivasse, necessário se tornava que um dos sujeitos da relação (empregador) encontrasse outro (trabalhador) na disposição de trocar o bem pretendido, a força de trabalho, pelo bem oferecido, a remuneração. A troca destes bens por contrato, pressupõe a existência de duas categorias de sujeitos: uma, detentora dos meios de produção mas que só por si não pode produzir bens ou serviços; outra, constituída pela grande massa da população, que como o único bem de troca apenas dispõe do trabalho como meio de sobrevivência. O detentor dos meios de produção (capitalista), encontra no "mercado" um candidato ao trabalho, juridicamente livre e igual e detentor de uma riqueza de virtudes excepcionais e única capaz de criar valor, a força de trabalho”<sup>50</sup>.*

Também Américo Plá RODRIGUEZ<sup>51</sup> analisa as questões da fundamentação do princípio da proteção e da interpretação do Direito do Trabalho a partir da debilidade econômica e da inseparabilidade da prestação do trabalho da pessoa do trabalhador. Defende ainda a tese de que, num primeiro momento, o legislador não mais pôde manter a ficção de igualdade existente entre os sujeitos do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação jurídica dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador:

*“Se o legislador se propôs a estabelecer por meio da lei um sistema de proteção do trabalhador, o intérprete desse direito deve colocar-se na mesma orientação do legislador, buscando cumprir o mesmo propósito. Sob este aspecto, o princípio não aparece como estranho aos critérios que se aplicam em qualquer ramo do direito, nos quais o intérprete deve sempre atuar em consonância com a intenção do legislador. E num plano mais concreto assinala Krotoschin que o direito do trabalho, embora não tenha provavelmente produzido métodos típicos de interpretação, tem sido e continua sendo o que dirige certo movimento interpretativo tendente a introduzir ou aprofundar no direito positivo a verdadeira solidariedade social. Trata-se daquela tendência geral que propende a igualar cada vez mais as condições da luta pelo direito em que se encontra o economicamente débil com as do homem opulento e atenuar os rigores excessivos do direito individual, considerando-se o interesse social. Esta tendência é hoje em dia comum a todo o direito e só se podem estabelecer diferenças quanto à importância que se deve atribuir a suas aspirações ou a força com que ela se faz sentir”.*

---

<sup>50</sup> DAMAS, Joaquim Augusto Domingos. *O princípio da igualdade ...*, p. 111.

<sup>51</sup> *Princípios ...*, p. 86-87.

Ocorre que a desigualdade econômica não se constituiu no único fundamento do princípio da proteção. Outro fator teve elevada importância como alicerce do caráter tutelar do Direito do Trabalho: a subordinação, elemento tradicionalmente caracterizado pelo exercício patronal do poder diretivo e pelo dever obreiro de obediência.

Tal como restou analisada em sede preliminar, é óbvio que, em última *ratio*, a subordinação nada mais reflete do que o regramento jurídico duma situação econômica, caracterizada pela atribuição do poder diretivo aos detentores dos meios de produção (da propriedade privada). E nem poderia ser diferente, em função do sistema econômico capitalista adotado neste país.

Efetivamente, não se pode olvidar que a relação de supremacia do empregador sobre o empregado não somente se encontra respaldada pelo ordenamento jurídico, como dele retira seu fundamento, de tal sorte que outra não tem sido a conclusão dos intérpretes de Direito do Trabalho: além da desigualdade econômica, também a desigualdade jurídica desvelada pela atribuição de poder a uma das partes celebrantes de um contrato de atividade posiciona-se como elemento de justificação do princípio protetor<sup>52</sup>.

A partir dessa linha de raciocínio, ainda que desconsiderado o viés econômico, o Direito do Trabalho deveria permanecer informado pelo princípio da proteção, de forma a disciplinar o exercício do poder atribuído ao empregador e deveria impedir o uso abusivo desta faculdade. O mesmo se diga na hipótese contrária, ou seja, se, hipoteticamente, não houvesse uma relação de domínio entre empregado e empregador, a desigualdade econômica seria - como foi - suficiente a justificar a existência do princípio protetivo. E, após certa fase de hesitação e assimilação, a doutrina passou a considerar, mesmo que timidamente, ambos os fundamentos - desigualdades econômica e jurídica - ao se referir ao princípio da proteção.

Assim é que Joaquim Augusto Domingues DAMAS<sup>53</sup> consigna que a proteção do trabalhador contrapõe-se, no âmbito do contrato de trabalho, ao princípio da igualdade na celebração dos contratos, não só pela diversidade das condições econômicas dos contratantes, como também pela subordinação jurídica que remete o trabalhador à uma situação de dependência pessoal perante o empregador. A ordem jurídica deve conferir valoração distinta à pessoa do trabalhador e não pode considerar a força de trabalho como uma qualquer "mercadoria" livremente negociável. Deve sim considerá-la como atributo da personalidade

---

<sup>52</sup> Daí porque a genérica oração de COUTURE torna-se paradoxalmente precisa: "*o procedimento lógico de corrigir as desigualdades é o de criar outras desigualdades*". Apud Américo Plá RODRIGUEZ, *Princípios ...*, p. 85.

<sup>53</sup> *O princípio da igualdade ...*, p. 113.

do trabalhador, cuja dignidade exige tratamento diferenciado e protetor. Logo, o princípio protetivo é considerado como um estágio de desenvolvimento do princípio da igualdade a ser observado não só pelo aplicador das leis, como também pelo legislador, na imposição de tratamentos diferenciados de situações desiguais <sup>54</sup>.

O juslaboralista argentino Alfredo J. RUPRECHT <sup>55</sup> também partilha desse posicionamento, muito embora de forma menos explícita que a do autor português:

*“Toda a evolução do direito do trabalho tem sido primordialmente no sentido protetor da classe trabalhadora, o que tem resultado numa peculiar especialidade. O trabalhador depende do empregador, não só em tudo que diz respeito à tarefa que executa, mas também economicamente; portanto, é justo para evitar que se torne totalmente submisso, protegê-lo contra os possíveis excessos ou desvios de seu empregador. Já passou o tempo em que o trabalho era uma mercadoria e o trabalhador uma ferramenta a mais. Sua dignidade como ser humano deve ser amplamente reconhecida e uma das formas efetivas de o fazer é criando desigualdades em seu favor, para compensar as que incluem contra ele, quer dizer, protegendo-o contra o possível abuso patronal”.*

Américo Plá RODRIGUEZ <sup>56</sup> emprega os argumentos de HUECK e NIPPERDEY para expor o tema:

*“Hueck e Nipperdey afirmam que uma observação superficial sobre o desenvolvimento histórico do Direito do Trabalho mostra que este se origina da especial necessidade de proteção, primeiro dos operários e depois dos trabalhadores em geral. Em consequência, todo este ramo jurídico está impregnado de especial peculiaridade. Por isso, o Direito do Trabalho é, antes de tudo, um direito protetor dos trabalhadores, entendida a expressão no sentido mais amplo. A especial necessidade de proteção do trabalhador tem duplo fundamento: 1) o sinal distintivo do trabalhador é sua dependência, sua subordinação às ordens do empregador. Essa dependência, sua subordinação às ordens do empregador. Essa dependência afeta a pessoa do trabalhador; 2) a dependência econômica, embora não necessária conceitualmente, apresenta-se na grande maioria dos casos, pois em geral somente coloca sua força de trabalho a serviço de outro quem se vê obrigado a isso para obtenção de seus meios de vida. A primeira e mais importante tarefa do Direito do Trabalho foi procurar limitar os inconvenientes resultantes dessa dependência pessoal e econômica”.*

Dentre os autores brasileiros, Luiz de Pinho Pedreira da SILVA <sup>57</sup> é quem melhor retrata a fundamentação do princípio da proteção, justificando a necessidade da existência

---

<sup>54</sup> “O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 9.

<sup>55</sup> *Os princípios de direito do trabalho*, p. 10-11.

<sup>56</sup> *Princípios ...*, p. 88.

desta diretriz principiológica com base: a) na subordinação jurídica do empregado ao empregador, que colocaria aquele sob a autoridade deste, revelando a singularidade do contrato de emprego frente aos demais contratos de trabalho, em função da existência de uma relação de poder: superioridade hierárquica, supremacia de uma parte sobre a outra; b) na quase sempre presente dependência econômica do empregado em face do empregador que, mesmo não se revelando como elemento conceitual da relação de emprego, ninguém duvida que quase sempre quem coloca a sua força de trabalho à disposição de outrem necessita do emprego para sobreviver com a remuneração dele decorrente, seu único ou principal meio de subsistência, tendo a sua atividade absorvida total ou predominantemente pelo empregador, detentor dos meios de produção, que ele, trabalhador, não possui.

Também para Nei Frederico Cano MARTINS <sup>58</sup>, o princípio da proteção do trabalhador hipossuficiente, que está na própria raiz do Direito do Trabalho e justifica a existência desse ramo da ciência jurídica, retira seus fundamentos das superioridades econômica e jurídica do empregador, uma vez que tal princípio é justificado pela natural desigualdade na qual se encontram os contratantes da relação de emprego: o trabalhador, subordinado e hipossuficiente, e o empregador, com maiores poderes econômico e de mando.

Convergente, também, o posicionamento de Francisco Rossal de ARAÚJO <sup>59</sup>:

*Uma das características principais da relação de emprego é a subordinação, em especial a subordinação jurídica que decorre da subordinação econômica, e por isso o ordenamento revela uma atenção normativa especial ao trabalhador, no sentido de evitar que se torne excessivamente submisso, protegendo-o contra excessos e desvios de seu empregador. O essencial no princípio protetor é a verdadeira dimensão do trabalho humano, descaracterizando-o como mercadoria e emprestando-lhe conteúdo mais amplo, no sentido de compreendê-lo como elemento valioso na dignidade do ser humano.*

Pôde-se perceber que os fundamentos imediatos do princípio protetor tradicionalmente lembrados pela doutrina consistem na existência de desigualdades oriundas da situação econômica e jurídica dos sujeitos da relação de emprego. Mas o fundamento mediato tradicionalmente apontado pela doutrina reside, em última *ratio*, no próprio princípio da igualdade, pois, no dizer de Francisco Meton Marques de LIMA “o fundamento desse

---

<sup>57</sup> O terceiro fundamento baseia-se na impossibilidade de separação da força do trabalho daquele que o executa, submetendo-lhe aos riscos moral e físico decorrentes da relação de emprego. Enfim, o quarto e último fundamento estriba-se na ignorância e na incultura do empregado quanto aos direitos que possui, condições precárias estas que são acentuadas no Brasil.

<sup>58</sup> *Os princípios do Direito do Trabalho e a flexibilização ou desregulamentação*, p. 848.

<sup>59</sup> *A boa-fé no ...*, p. 74-75.

*princípio decorre do art. 5º, I, da CF, segundo o qual todos são iguais perante a lei. Como a desigualdade econômica é um fato, "dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades"* pois a *"a Constituição preceitua a igualdade efetiva, de fato, e não somente a igualdade jurídica. E aqui se assenta o fundamento básico do princípio tutelar"*<sup>60</sup>.

Sim, porque em um primeiro momento a igualdade criou o Direito do Trabalho, quando se revelou verdadeira fonte deste ramo autônomo da ciência jurídica, hodiernamente ela representa a mais importante meta deste, somente atingível pela aplicação do princípio da proteção, mesmo que isto represente um horizonte a ser apenas vislumbrado e jamais atingido. Há questionamentos sobre se os pressupostos fáticos que geraram o tratamento diferenciado de particulares na fase inicial do Direito do Trabalho brasileiro não mais existiriam na atualidade. A resposta a esta indagação somente pode ser formulada se examinado o principal elo existente entre o Direito do Trabalho e a Economia, qual seja, o princípio da proteção do trabalhador hipossuficiente<sup>61</sup>.

Sempre lembrado pela doutrina, PINTO ANTUNES<sup>62</sup> nega vigência e chega a afirmar a inconstitucionalidade do princípio protetor, pois, se determinado Estado adota o sistema capitalista de produção, o trabalho subordina-se então à iniciativa, à direção e à organização do capital, não podendo contrariar as bases fundamentais do regime econômico e político. Devendo, então, o intérprete atentar para a conservação da vida empresarial e não sacrificá-la na defesa de interesses imediatos e exclusivos do capital ou do trabalho. Também Alípio SILVEIRA<sup>63</sup> anuncia a falsidade da máxima *"na dúvida, pelo empregado"*, sob os argumentos de que o Direito do Trabalho: a) teria como finalidade o equilíbrio de interesses entre empregados e empregadores; b) o artigo 8º da CLT e o artigo 5º da LICC não permitiriam o sacrifício do interesse público pelos interesses de classe ou particular; c) a salvaguarda do interesse de um empregado sacrificaria os interesses da empresa e, conseqüentemente, dos demais empregados; d) somente seria permitida a decisão favorável ao trabalhador se isso não implicasse grave prejuízo para o interesse da empresa ou para o bem comum.

---

<sup>60</sup> *Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência*, p. 34.

<sup>61</sup> Em que pese o fato dos demais princípios informadores desta disciplina - irrenunciabilidade, continuidade da relação de emprego e da primazia da realidade - também continuarem sendo afetados pelo modelo sócioeconômico brasileiro.

<sup>62</sup> Apud Américo Plá RODRIGUEZ, *Princípios ...*, p. 90-91.

<sup>63</sup> Apud Américo Plá RODRIGUEZ, *Princípios ...*, p. 91-92.

Entretanto, os argumentos dos dois defensores brasileiros da abolição do princípio da proteção não devem prevalecer, pois não se nega a adoção e não se pugna pela abolição do regime capitalista; mas apenas se afirma que nele encontra espaço de atuação aquela diretriz principiológica, até como forma de preservar o sistema econômico de produção em comento. E, muito embora o Direito do Trabalho tenha como finalidade a harmonia entre empregadores e empregados, ela somente será atingida pela correta aplicação do princípio da proteção e aí se revela a experiência histórica como prova incontestada de que a tendência do homem é de abusar do poder quando não há um sistema de frenagem desse poder. São distorcidas as alegações de que o princípio da proteção atentaria contra os interesses da empresa, o bem comum e a equidade, pois ele, na realidade, visa justamente equilibrar os interesses do capital e do trabalho em conflito e buscar a paz social.

Não há, pois, como concordar com estes autores, vez que jamais o Direito do Trabalho conseguiu abolir a histórica desigualdade entre empregado e empregador. Por tal razão, pode-se afirmar que essa disciplina jurídica revela-se como a expressão mais evidente de um mundo que se pretende formalmente igual, mas é substancialmente desigual, já que ampara juridicamente a superioridade patronal, mediante a outorga de poderes legitimados imediatamente pelo contrato de emprego e, mediadamente, pelo direito de propriedade daqueles que detêm os fatores de produção. Ora, não se pretende a subversão dos valores capitalistas. Apenas se constata que o Direito do Trabalho revela-se insuficiente para conferir a proteção jurídica adequada à parte mais fraca na relação entre o capital e o trabalho, seja em função da impossibilidade de atenuação da supremacia patronal evidente na relação de emprego, seja em função da dificuldade de se lograr uma maior participação dos empregados na estrutura e nos resultados da atividade econômica do empregador.

Constata-se, então, que tradicionalmente a doutrina tem fundamentado o princípio da proteção do trabalhador hipossuficiente no princípio da igualdade, assim considerado não apenas no seu aspecto formal, como também material. Assim, nivelam-se as desigualdades econômica e jurídica existentes entre empregadores e empregados, detentores e carentes de poder, possuidores e não possuidores dos meios de produção.

É bem verdade que certa parte da doutrina discute se o que se pretendeu foi verdadeiramente uma nivelção de desigualdades ou se, em nome dela, a classe dominante buscou e ainda busca apenas a atenuação dos efeitos de uma sociedade desigual e a

perpetuação no poder. A questão foi retratada com precisão por Francisco Rossal de ARAÚJO <sup>64</sup>:

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

No prefácio da obra intitulada *Principiologia do direito do trabalho*, de autoria de Luiz de Pinho Pedreira da SILVA <sup>65</sup>, Evaristo de MORAES FILHO pontifica que:

*“A verdade é que, enquanto houver contrato de trabalho (subordinado), haverá sempre o direito do trabalho protetor e cogente. A chamada subordinação jurídica, com os seus três poderes - hierárquico, diretivo e disciplinar - cabe sempre, na parte ativa, ao empregador. Por que? Simplesmente porque é ele quem detém a propriedade dos meios de produção, do negócio. Nunca se viu um empregado suspender ou despedir um empregador. Se os três poderes nascessem do contrato, realmente, aí, sim, seriam discutidas as condições do uso daqueles poderes, que é, na realidade - e é natural em qualquer regime - pertencem sempre ao detentor da propriedade. É do domínio sobre as coisas que se passa para o domínio sobre as pessoas (Sinzheimer). Por outros instrumentos, extra-contrato - legislação, a ação sindical, negociação (convenção) coletiva, a arbitragem, etc. - é que se procura equilibrar as partes, controlando o uso dos poderes patronais. E isso somente se daria num regime de autogestão, de sociedade ou de cooperativa”.*

---

<sup>64</sup> Palavras de Francisco Rossal de ARAÚJO, *A boa-fé no ...*, p. 78-79.

<sup>65</sup> *Principiologia ...*, p. 06-07.

Portanto, ao menos uma crítica deve ser feita já nesta fase inicial da investigação e por ocasião do enfrentamento da questão atinente à fundamentação do princípio da proteção. Quando o Direito do Trabalho regula o conflito existente entre os interesses do trabalho e do capital, ele não se revela como mera expressão da ordem econômica; não somente reduz a categorias jurídicas o que constata no plano da Economia. O Direito do Trabalho vai além, pois não se pode negar que está inserido no sistema capitalista e que uma de suas funções é a de preservar o próprio capitalismo. Tanto isso é verdade que se tornou lugar-comum falar-se que “sem o capital não há trabalho”. Logo, de que adiantaria um Direito do Trabalho sem o capital?

Na ordem jurídica capitalista, a concepção da proteção é formulada com base na hipossuficiência econômica: o economicamente hipossuficiente é aquele sujeito de direito que não é proprietário dos meios de produção; o economicamente suficiente é aquele sujeito detentor destes meios. Nesta divisão há, segundo Antoine JEAMMAUD <sup>66</sup>, uma forma contratual criada para a exploração da força de trabalho, um mascaramento realizado pelo próprio Direito do Trabalho e instrumentalizado no contrato de trabalho. O escamoteamento consiste na “extorsão da mais valia”, na disparidade entre a contribuição do trabalhador no resultado final do processo de produção e a contraprestação por ele recebida:

*“Mais le droit fait plus encore. Il dissimule l'alchimie de la consommation productive de la force de travail par le statut juridique du contrat de travail : contrat synallagmatique mettant à la charge de l'employeur l'obligation de verser un salaire en contrepartie d'une prestation de travail obligatoire pour le salarié. Il détermine et justifie de la sorte la fourniture du surtravail. (omissis). L'opération d'achat de la force de travail à consommer productivement est fondamentalement et nécessairement juridique, dès lors que rien ne contraint a priori à la fourniture du surtravail. C'est la technique juridique du contrat de travail en tant qu'accord entre sujets frappés d'égalité civile qui rend possible, en l'escamotant, l'extorsion de la plus-value. C'est grâce à elle que le surproduit appartient < de lui-même > au propriétaire des moyens de production. < Le rapport d'exploitation capitaliste se médiatise sous la forme juridique du contrat >, observait Pasùkanis. < Accouchant la production, mais n'en accouchant pas, médecin accoucheur et non parturiente >, le droit se révèle < entremetteur qui ne crée rien et sans qui, cependant, rien ne serait possible >”.*

No mesmo sentido, o pensamento de Michel MIAILLE <sup>67</sup>:

*“O modo de produção capitalista pode ser rapidamente definido como o processo de valorização de um capital por meio de uma força de trabalho comprada num mercado como*

---

<sup>66</sup> *Las fonctions du droit du travail*, p. 187-188.

<sup>67</sup> *Introdução ...*, p. 117-118.

*mercadoria: a compra da força de trabalho toma a forma de um salário, que é suposto representar o equivalente do dispêndio dessa força de trabalho. Sabe-se que é aqui que se situa a gênese e o modo de funcionamento de todo o sistema capitalista pela presença oculta da mais-valia. Com efeito, o salário não representa o equivalente do dispêndio da força de trabalho, mas uma parte dele tão-somente. A parte <não paga> do dispêndio da força de trabalho valoriza, no entanto, o capital, fazendo-o produzir um rendimento, a mais-valia, de que se apropria o proprietário do capital. O capital, verifica-se, não é pois uma soma de dinheiro, contrariamente a uma representação simplista: a acumulação de dinheiro não é sinônimo de capital. Para que haja capital, é preciso que ele seja valorizado - que ele <produza filhos> na fórmula de Marx - quer dizer, é preciso que ele compre no mercado uma mercadoria particular: a força do trabalho, mercadoria que tem a particularidade de criar o valor.“*

Daí se falar no Direito Capitalista do Trabalho, uma vez que regula não só os interesses do trabalho, como e principalmente os do capital. E, para solucionar o conflito entre estes interesses, a diretriz adotada foi a da proteção ao trabalhador. Não que tudo aquilo regulado pelo Direito do Trabalho sempre assuma um viés protecionista. Casos há, e não são poucos, em que o Direito do Trabalho regula tão somente os interesses do capital. Outros existem, também, nos quais o interesse do capital é mediatamente protegido, pela proteção imediata do interesse do trabalhador. Enfim, há casos nos quais a regulamentação é precária, de modo que se anuncia a proteção, mas ela não se concretiza.

O certo é que houve uma opção do legislador quanto ao interesse a ser tutelado. Nas relações de trabalho, três alternativas apresentavam-se possíveis: a) a prevalência dos interesses do trabalho, acarretando o tratamento protecionista ao trabalhador; b) a prevalência dos interesses do capital, implicando a dominação da coisa sobre o homem; c) a inexistência de prevalência de interesses, ensejando, destarte, a predominância daqueles cujo detentor é a parte mais forte, isto é, dos interesses do capital sobre a do trabalho.

Entre três alternativas possíveis, sendo uma favorável ao trabalho e duas ao capital, elegeu-se aquela. Mas isso não significa, contudo, dizer que a proteção jurídica que vem sendo dispensada ou propugnada ao trabalhador brasileiro seja a mais adequada, uma vez que, como se verá adiante, não é o dado objetivo, calcado na propriedade e segundo uma visão patrimonialista, que deve justificar o tratamento protetivo, mas sim o dado subjetivo, fundado na dignidade da pessoa do trabalhador e conforme uma visão humanista do Direito do Trabalho.

Há que se repensar, pois, a argumentação tradicionalmente exposta pela doutrina e pela jurisprudência para a fundamentação do princípio protetor.

### 1.1.3 CONCEITO

Pressuposto lógico para o enfrentamento da conceituação do princípio protetor e do próprio desenvolvimento desta investigação científica, a noção de princípio deve ser analisada neste momento, em face da eminente relevância que ela assume e da imprecisão verificada no seio da doutrina a respeito da matéria. E, no Brasil, uma obra destaca-se pela complexidade e pela precisão da análise do tema. Com efeito, Eros Roberto GRAU, na obra intitulada *A ordem econômica na Constituição de 1988*, realizou trabalho digno de nota ao abordar a questão dos princípios e das regras jurídicas como espécies de normas<sup>68</sup>. E, naquilo que desperta nosso interesse neste momento, o trabalho desse autor é extremamente rico: a conceituação de princípio.

Assim, para Jerzy WRÓBLEWSKI, ressalvada a distinção entre norma, princípio e regra preconizada por GRAU, os princípios poderiam ser conceituados “*como regras, palavras (noms) ou construções que servem de base ao direito como fontes de sua criação, aplicação ou interpretação*”. DWORKIN, outro estudioso do assunto, também foi lembrado. Para este autor, os princípios seriam “*as pautas que devem ser observadas não porque viabilizem ou assegurem a busca de determinadas situações econômicas, políticas ou sociais que sejam tidas como convenientes, mas sim porque a sua observância corresponde a um imperativo de justiça, de honestidade ou de outra dimensão da moral*”<sup>69</sup>. E, mesmo que tratando incidentalmente da questão da positivação dos princípios, magistral é a exposição de Clemente de DIEGO:

*“Principio en general (de primum capere o primum caput), significa cierta idea de precedência y procedência, por lo que se dijo que era el origen de alguna cosa o aquello de donde procedía. Principio de conocimiento, se decía en las esculeas, es aquello de que en el orden inteligible procede el conocimieto, como los axiomas respecto de las verdades de ellos deducidas. Principio de derecho es el ensamiento directivo que domina y sirve de base a la formación de las singulares disposiciones de Derecho de una institución jurídica, de un Código o de todo un Derecho positivo. El principio encarna el más alto sentido de una ley o institución de Derecho, el motivo determinante, la razón informadora del Derecho (ratio juris), aquella idea cardinal bajo la que se cobijan y por la que se explican los preceptos particulares, a tal punto, que éstos se hallan con aquélla en la propia relación lógica que la consecuencia al principio de donde se derivan. El principio no es la norma misma, pero se oriente hacia ella, y como se trata de principios de Derecho que necessariamente dicen relación al obrar, ellos son normas supremas y fundamentales a las que en última instancia*

---

<sup>68</sup> *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, p. 78.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 86.

*debe subordinarse la conducta, en cuanto contienen el germen de aquellas reglas que han de dominar las situaciones singulares en que socialmente nos hallemos colocados”*<sup>70</sup>.

Eros Roberto GRAU também traz à baila o pensamento de Karl LARENZ, para o qual os princípios seriam os pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível, não sendo, em si mesmos, suscetíveis de aplicação, como se regras fossem, mas passíveis de nelas se transformarem. Seriam as *“pautas directivas de normação jurídica que, em virtude da sua própria força de convicção, podem justificar resoluções jurídicas”* e que *“enquanto idéias jurídicas materiais, são manifestações especiais da idéia de Direito, tal como esta se apresenta no seu grau de evolução histórica”*<sup>71</sup>. O princípio seria o primeiro passo na consecução de uma regulação, sendo obtido não pela generalização da regra, mas pelo seu retorno desde a regulação até os pensamentos que sob ela subjazem e em razão dos quais a regulação surge como algo dotado de sentido.

Aliás, Francesco FERRARA<sup>72</sup> também partilha desse processo de reconstrução: *“todo o edifício jurídico se alicerça em princípios supremos que formam as suas idéias directivas e o seu espírito, e não estão expressos, mas são pressupostos pela ordem jurídica. Estes princípios obtêm-se por indução, remontando de princípios particulares a conceitos mais gerais, e por generalizações sucessivas aos mais elevados cumes. E é claro que quanto mais alto se leva esta indução, tanto mais amplo é o horizonte que se abrange”*.

Já Francisco Rossal de ARAÚJO<sup>73</sup> entende que os princípios são as diretrizes de um ordenamento jurídico, pois *“informam as normas, guiam a interpretação e inspiram uma série de soluções para os casos concretos. Evidentemente são categorias ideológicas que demonstram o estágio de uma disciplina num determinado momento histórico, podendo ser, ou não, recebidos pelo ordenamento jurídico. São enunciados básicos que contemplam uma série indefinida de situações, sendo mais gerais do que uma norma. Nada impede, entretanto, que constituam normas jurídicas, sob a forma de cláusulas gerais ou que informem normas especificamente consideradas.*

Para Miguel REALE<sup>74</sup> os princípios são *“certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”*, ou seja, *“são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por*

---

<sup>70</sup> *A ordem econômica ...*, p. 102.

<sup>71</sup> *Metodologia da ciência do direito*, p. 577.

<sup>72</sup> *Interpretação e aplicação das leis*, p. 160.

<sup>73</sup> *A boa-fé no ...*, p. 73-74.

*serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da praxis”.*

José J. G. CANOTILHO <sup>75</sup> não se aprofunda na matéria, mas não deixa de consignar que *“princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proibem, permitem ou exigem algo em termos de <tudo ou nada>; impõe a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a <reserva do possível>, fáctica ou jurídica”.*

Exame acurado também realizou Américo Plá RODRIGUEZ ao tratar da noção de princípio. O autor citou os conceitos de Alonso GARCÍA (*“Aquelas linhas diretrizes ou postulados que inspiram o sentido das normas trabalhistas e configuram a regulamentação das relações de trabalho, conforme critérios distintos dos que podem encontrar-se em outros ramos do direito”*), CASTRO (*“Idéias fundamentais e informadoras da organização jurídica trabalhista”*), COUTURE (*“Enunciado lógico extraído da ordenação sistemática e coerente de diversas normas de procedimento, de modo a outorgar a solução constante destas o caráter de uma regra de validade geral”*) e REAL (*“Em todo o sistema jurídico há inúmeras regras de grande generalidades, verdadeiramente fundamentais, no sentido de que a elas podem vincular-se, direta ou indiretamente, uma série de soluções expressas do direito positivo, uma vez que se podem resolver, mediante sua aplicação, casos não previstos, que tais normas regulam implicitamente”*), para definir os princípios: *“linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma séria de soluções, pelo que podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos”* <sup>76</sup> considerando que *“os princípios se apresentam como diretrizes eficazes que expressam como diretrizes eficazes do corpo social, ou melhor, derivam da consciência social de certos valores históricos, morais e sociais”* <sup>77</sup>.

Todos os conceitos expostos revelam-se bem articulados e, diante dos limites desta investigação, não se pretende apurar os erros e os acertos de cada uma das definições, mas destas formular o que se entende por princípio. E, dentre tantos renomados autores, Celso

---

<sup>74</sup> *Lições preliminares ...* , p. 299.

<sup>75</sup> *Direito Constitucional ...* , p. 1177.

<sup>76</sup> *Princípios ...* , p. 34-36.

<sup>77</sup> *Ibid.* , p. 58.

Antônio Bandeira de MELLO<sup>78</sup> parece sobressair-se ao capturar a essência de todas as definições e do que efetivamente deve ser considerado princípio:

*“Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio 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 ofende-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada”.*

Talvez a incorreta absorção do que realmente signifique o vocábulo “princípio” leve tantos autores devotados ao Direito do Trabalho a enunciarem princípios que não devem alcançar ou que ainda não alcançaram este *status*. Muitos princípios gerais de Direito são considerados princípios peculiares do Direito do Trabalho. Princípios peculiares de outros ramos da ciência jurídica, notadamente do Direito Civil, são lembrados como informadores do Direito do Trabalho. Outras tantas regras vêm sendo pinçadas do Direito positivo como se fossem diretrizes fundamentais e principiológicas de Direito do Trabalho. Enfim, poucos não são aqueles que baralham os princípios do trabalho com os princípios do Direito do Trabalho, equívoco explicável, jamais justificável.

Segundo Luiz de Pinho Pedreira da SILVA<sup>79</sup>, há duas espécies de princípios jurídicos: os princípios gerais de Direito, considerados os alicerces do edifício jurídico e os princípios especiais de uma determinada disciplina jurídica, que se revelam verdadeiros pressupostos da autonomia desta.

Por sua vez, Américo Plá RODRIGUEZ considera os princípios de Direito do Trabalho como enunciados básicos que contemplam uma série indefinida de situações e inspiram um número indeterminado de normas. Tais enunciados são distintos daqueles que informam os outros ramos do Direito e justificam a autonomia e a peculiaridade do Direito do Trabalho. Enfim, guardam conexão entre si, perfilando a fisionomia peculiar de um ramo

---

<sup>78</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 629-630.

<sup>79</sup> *Principiologia ...*, p. 15.

autônomo do Direito <sup>80</sup>. Segundo o autor, há equívocos da doutrina quando se refere aos princípios para denominar toda ou parte da disciplina Direito do Trabalho ou como critérios interpretativos das normas trabalhistas <sup>81</sup>.

Hernández RUEDA conceitua os princípios fundamentais do Direito do Trabalho como os preceitos jurídicos normativos que fundamenta essa disciplina jurídica e inspiram algumas de suas normas, orientando a sua interpretação e contribuindo para resolver os casos expressamente não previstos. Ainda segundo o autor:

*“um princípio fundamental é mais do que uma norma concreta. Sua flexibilidade permite amplitude em sua aplicação. Os princípios fundamentais formam um corpo unitário que dá coerência e autonomia ao direito do trabalho, mas a vigência desses princípios, como os de qualquer outra disciplina jurídica, assenta-se tanto na fidelidade de seu cumprimento como na eficácia e diligência do lesado na defesa de seu direito, que deve sobrepor-se ao temor, à comodidade, à indisposição para a disputa e luta aqui envolve todo o processo”* <sup>82</sup>.

À luz destes conceitos de princípios do Direito do Trabalho, sejam eles próprios, peculiares, especiais, etc., a pergunta que muito se fez e ainda se faz é a seguinte: a proteção do trabalhador hipossuficiente deve ser considerada como *princípio* no Brasil?

A doutrina mais autorizada responde sem hesitar: a diretriz protecionista do trabalhador hipossuficiente não só é mais um princípio do Direito do Trabalho, como também é o mais importante desta disciplina, por muitos considerado como a própria essência do ordenamento jurídico trabalhista.

É bem verdade que as denominações do princípio em comento são extremamente variadas, que as suas formas de aplicação despertam acirrados embates mesmo na doutrina contemporânea e que se discute seu alcance tanto no Direito individual como no Direito Coletivo do Trabalho. Todavia, tais variantes não negam, mas confirmam a existência do princípio da proteção e de seu vasto conteúdo axiológico e também a necessidade de seu exame. Ademais, nenhum outro princípio de Direito do Trabalho é tão antigo e tão atual quanto o da proteção, verdadeiro sustentáculo deste ramo da ciência jurídica.

---

<sup>80</sup> *Princípios ...*, p. 36-38. Tais princípios seriam: de proteção (com três formas de aplicação: norma mais favorável, condição mais benéfica e *in dubio pro operario*, irrenunciabilidade dos direitos, continuidade da relação de emprego, primazia da realidade, razoabilidade e boa fé.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>82</sup> Apud Alfredo J. RUPRECHT, *Os princípios ...*, p. 05 e 07.

Segundo SALWA <sup>83</sup>, três requisitos são necessários para que certas formulações possam ser consideradas como princípios: “a) que expressem, em seu conteúdo, as idéias-mestras da política do Estado ou outras idéias de grande importância social e jurídica; b) ocupem um lugar central no sistema das normas de Direito do Trabalho; c) tenham importância fundamental para todo o sistema do Direito do Trabalho, determinando suas principais características e unindo as disposições deste ramo jurídico num todo harmonioso”.

Quanto ao primeiro requisito, há que se observar que, num primeiro momento, a proteção ao trabalhador foi proporcionada pelo intervencionismo estatal, por meio de políticas sociais que visavam ao bem estar da classe trabalhadora. Evidentemente que na atualidade, com o desmonte do Estado Social, poder-se-ia até discutir a caracterização do princípio da proteção, mas se deve atentar para a parte final do requisito em comento: outras idéias de grande importância social e jurídica. E, neste aspecto, ninguém duvida seriamente que o princípio protetor assume enorme importância não só para o Direito do Trabalho, como também para a sociedade civil.

No que diz respeito ao segundo requisito, dúvida alguma comporta a discussão acerca de sua configuração, pois a proteção efetivamente ocupa lugar central no Direito do Trabalho. Há até quem considere que todos os outros princípios que o informam decorrem do da proteção.

Enfim, a proteção ao trabalhador hipossuficiente tem fundamental importância para o Direito do Trabalho na exata medida em que, num primeiro momento, justificou seu desmembramento do Direito Civil e garantiu sua autonomia científica e, posteriormente, inspirou o legislador de forma a tornar vasta e harmoniosa a ordem jurídica laboral.

Também Antoine JEAMMAUD <sup>84</sup> estabelece três condições para que um princípio seja reconhecido como tal. Inicialmente, o princípio deve ter um elemento material, uma vocação de ser aplicado a múltiplas situações concretas pertencentes a um mesmo gênero. E é óbvio que o princípio da proteção cumpre tal condição, pois se aplica a todo o Direito do Trabalho brasileiro, em seus ramos individual e coletivo, muito embora diversa seja a intensidade.

A segunda condição será a de que o princípio deve ter um elemento hierárquico que não pode contrariar normas constitucionais ou legais que impediriam seu reconhecimento. Dúvida não há quanto ao reconhecimento do princípio da proteção, pois seu fundamento

---

<sup>83</sup> Apud Américo Plá RODRIGUEZ, *Princípios ...*, p. 59.

<sup>84</sup> Apud Américo Plá RODRIGUEZ, *Princípios ...*, p. 58-59.

baseia-se na própria Constituição Federal, notadamente inciso II, do artigo 5º, que cristaliza o princípio da igualdade, e no artigo 7º, que trata dos direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de suas condições sociais.

Enfim, a terceira condição consiste na posse do elemento ideológico. Este se consubstancia no enquadramento do princípio no sistema de idéias e valores reconhecidos na ordem jurídica vigente. Ora, se a Constituição Federal de 1988 determina que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (artigo 1º, III e IV); e como objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos (artigo 3º, I, III e IV), que a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (artigo 193) e que a ordem econômica adotada é fundada na valorização do trabalho humano e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (artigo 170), não se pode negar que o princípio da proteção possui também o elemento ideológico referido pelo autor francês.

Assim sendo, afirmada a condição de princípio, resta, então, conceituar o princípio da proteção, tarefa não muito fácil, como se pôde perceber quando da análise do princípio genericamente considerado.

Luiz de Pinho Pedreira da SILVA <sup>85</sup> define o princípio da proteção “*como aquele em virtude do qual o direito do trabalho, reconhecendo a desigualdade de fato entre os sujeitos da relação jurídica de trabalho, promove a atenuação da inferioridade econômica, hierárquica e intelectual dos trabalhadores*”.

Francisco Meton Marques de LIMA adota o princípio tutelar decomposto em três partes - *in dubio pro operario*, aplicação da norma mais favorável e a regra da condição mais benéfica - como “*um manto protetor contra a intempérie da desigualdade social*”. O autor enuncia como princípio basilar do Direito do Trabalho o mesmo do Direito em geral: a paz social, para, logo em seguida, referir-se ao princípio protetor do trabalhador, como forma de alçar o trabalho à plena dignidade e elevar o espírito do homem <sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> *Principiologia ...*, p. 29.

<sup>86</sup> *Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência*, p. 27. Diz o autor, ainda, que “*por si só esse princípio representa uma lei geral, dela decorrendo todas as outras. O vocábulo proteção transmite a idéia de que o direito do trabalho é protecionista, ou deve ser, enquanto necessário. Representa uma compensação jurídica pela desvantagem econômica presumida do empregado perante o empregador. Constitui uma manifestação de justiça social, diferente da justiça liberal que pretendia dar tratamento igualitário, independentemente da situação econômica ou social dos indivíduos, arvorada no mais belo princípio da liberdade, incluindo a liberdade de se firmar contrato*”, *op. cit.*, p. 27..

Por seu turno, Alfredo J. RUPRECHT <sup>87</sup>, que opta pela nomenclatura “princípio protetor”, entende que *“esse princípio tem por objeto criar uma norma mais favorável ao trabalhador, procurando assim compensar as desigualdades econômicas e sua fraqueza diante do empregador. Implica uma violação do tradicional princípio de igualdade jurídica das partes, inclinando-se a favor de uma delas para compensar certas desvantagens”*.

Há que se lembrar também do significado proposto por Américo Plá RODRIGUEZ <sup>88</sup>: *“o princípio de proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador”*

De todo o exposto, conclui-se que o princípio da proteção pode ser conceituado como a diretriz mandamental, reitora e nuclear que inspira, informa e fundamenta o Direito do Trabalho e que tem como finalidade compensar as desigualdades econômica e jurídica existentes na relação entre capital e trabalho, mediante a criação de outras desigualdades de natureza jurídica e segundo a dignidade do trabalhador. Trata-se de uma diretriz porque ilumina um caminho a ser trilhado pelo intérprete de Direito do Trabalho. Mas esta diretriz é mandamental, porque ao intérprete não é facultado optar pela aplicação do princípio da proteção; é reitora, porque se pode dizer que este princípio dirige e governa os demais, e é nuclear porque retrata a essência desta disciplina jurídica.

O princípio da proteção inspira o Direito do Trabalho, porque incute na mente do criador, do operador e do aplicador a idéia de que se trata de um ramo da ciência jurídica comprometido com o tratamento protetivo de um dos sujeitos de determinada categoria jurídica que é central na sociedade contemporânea. Informa tal diretriz o Direito Laboral porque, além de instruí-lo, também o confirma e o torna real. Enfim, o princípio da proteção também assume espontaneamente a função de fundamentar o Direito do Trabalho em razão de ser capaz, por si só, de justificar a autonomia frente aos demais ramos do Direito e de propiciar seu desenvolvimento como ciência. Busca o princípio protetor compensar as desigualdades decorrentes da situação econômica vivida pelos sujeitos da relação de emprego, na qual o empregador é o detentor dos meios de produção e o empregado é o detentor apenas da força de trabalho, e também da condição jurídica que tal relação manifesta, pois empregado e empregador são diferenciados pela potencialidade legalmente reconhecida de

---

<sup>87</sup> *Os princípios ...*, p. 10.

<sup>88</sup> *Princípios ...*, p. 83.

exercício de poder <sup>89</sup>. E, além do Direito Individual do Trabalho, o princípio da proteção também encontra aplicação no Direito Coletivo do Trabalho, mesmo que com outra conotação, razão pela qual não se incluiu na conceituação apenas a finalidade de compensar a desigualdade entre empregado e empregador.

Enfim, o princípio protetor deve ser aplicado segundo a dignidade do trabalhador que, como ser humano e dependente unicamente de sua força de trabalho para sobreviver, deve ter asseguradas condições justas de trabalho e ser visto como sujeito-fim e não o objeto-meio do desenvolvimento <sup>90</sup>. Não basta assegurar as meras liberdades e autonomia contratuais, eis que a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, exige condições mínimas de existência, uma “*existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica*” <sup>91</sup>. Esta questão será enfrentada com maior profundidade na seção seguinte.

#### 1.1.4 RELEVÂNCIA

O princípio da proteção assume elevada importância na exata medida em que ele surgiu no mundo jurídico juntamente com o Direito do Trabalho e com este viajou pelo tempo até chegar numa atualidade que lhe apresenta um cenário de crise, desatualização e reformulação.

Efetivamente, ninguém em sã consciência pode negar a relevância do nascente princípio da proteção quando dos primórdios da Revolução Industrial, cujas precárias condições de trabalho marcaram infeliz e indelevelmente a história da humanidade. Desde a sua criação, o Direito do Trabalho preocupou-se com a questão de definir e resguardar a condição jurídica e a dignidade do ser humano.

---

<sup>89</sup> Repita-se que não se prega a violação ou o afastamento do princípio da igualdade, equívoco cometido por alguns autores. Ao contrário do direito comum, o Direito do Trabalho inspira-se no princípio da proteção para reestabelecer a igualdade substancial, não negando, mas aplicando o princípio da igualdade conforme a sua essência e a sua finalidade.

<sup>90</sup> FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa. *As mudanças no mundo: a globalização, os princípios do direito do trabalho e o futuro do trabalho*, p. 170.

<sup>91</sup> SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*, p. 93

Também não há como desmentir a intensa contribuição do princípio protetivo nos fenômenos de nascimento e de desenvolvimento do Direito do Trabalho como ciência autônoma e diversa da do Direito Civil<sup>92 93</sup>.

Assim foi que o trabalho humano transpôs o obstáculo do liberalismo econômico clássico, quando era tratado como mero objeto da prestação do contrato de compra e venda regulado pelo Direito comum, para ser considerado como valor digno e social e objeto de proteção jurídica especial.

Luiz de Pinho Pedreira da SILVA resume precisamente a questão da relevância dos princípios de Direito do Trabalho, dentre eles o da proteção: *“dos princípios fundamentais do direito do trabalho é o de proteção o mais relevante e mais geral, dele constituindo os demais simples derivações. A proteção do trabalhador é causa e fim do direito do trabalho, como revela a história deste”*<sup>94</sup>. Na esteira deste raciocínio, registra o autor baiano que:

*“A Valente Simi o princípio de “tutela preferencial do trabalhador”, como ele denomina o de proteção, já aparecia desde muito antes “difuso em todo o arco da disciplina do trabalho”, percorrendo “todo o campo do nosso direito”, vendo ele transluzir o princípio protetor como “a verdadeira língua da legislação do trabalho em todos seus vários e complexos aspectos”. Couturier assinala que a tomada em conta da situação de inferioridade do assalariado em sua relação contratual com o empregador não só está presente no direito do trabalho, é fundadora desse direito. E cita pensamento de Lyon-Caën segundo o qual “se há social no direito do trabalho é que permanece habitual ou seja este encarado como o direito da proteção do trabalhador assalariado”. O mesmo autor salienta ainda que as regras relativas às relações entre empregadores e empregados manifestam em relação a todas as outras editadas para proteção da parte fraca nos contratos senão uma superioridade real, ao menos uma anterioridade histórica incontestável” e*<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> “Nos primórdios de nossa disciplina, só se ouviam opiniões divergentes sobre a importância dos princípios, quando ainda se punha em dúvida sua autonomia, ou se achava que a defesa dessa autonomia significava o rompimento total com todo o tronco do direito. Hoje, porém, alcançada a consolidação da autonomia, assim como seu adequado enfoque, calaram-se essas vozes que foram substituídas por um consenso em torno da transcendência e utilidade deste tema”. Américo Plá RODRIGUEZ, *Princípios ...*, p. 27-18.

<sup>93</sup> “Aos olhos dos especialistas em Direito do Trabalho, o protecionismo consagrou-se como nota típica da disciplina. Ao reduzir esta à sua expressão mais simples, o Prof. Cesarino Jr. Caracterizou-a como “sistema de proteção aos economicamente fracos”. Russomano inseriu-a no gênero de “princípios e normas tutelares”. Orlando Gomes e Elson Gottshalk afirmaram estar ela dirigida à proteção do trabalhador. Mário Deveali assinalou que o seu objetivo era o de outorgar amparo aos trabalhadores. Riva Sanseverino asservou ser o Direito do Trabalho dominado pelo princípio da proteção. Cabanellas escreveu que o sentido protetor era de se considerar a sua nota mais genérica. Alfredo Hueck e Nipperdey sustentaram que a idéia protetora havia de se reputar uma de suas características essenciais”. Octávio Bueno MAGANO, *As novas tendências do direito do trabalho*, p. 8.

<sup>94</sup> *Principiologia ...*, p. 26.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 26 e 27.

Essa intrínseca relação entre o Direito do Trabalho e o princípio protetor ao longo dos tempos solidificou a importância desta diretriz por meio das funções por ela desempenhadas no contexto do Direito e da sociedade civil.

À semelhança do que ocorre quanto às funções que o princípio em geral exerce no Direito, assim considerado como sistema (dotado de ordenação interior e unidade de sentido) aberto (porque é incompleto, evolui e se modifica) e definido como uma ordem de princípios gerais <sup>96</sup>, o princípio da proteção também executou e ainda executa funções altamente relevantes em proveito do Direito do Trabalho, mormente se considerada a concepção kantiana de que é a unidade sistemática fundada em uma idéia que converte o conhecimento vulgar em ciência <sup>97</sup>.

Tal noção não passou despercebida a Américo Plá RODRIGUEZ <sup>98</sup>. O juslaboralista uruguaio afirma que os princípios de Direito cumprem tríplice missão: a) informadora, pois os princípios inspiram o legislador e servem de fundamento do ordenamento jurídico; b) normativa, já que atuam como fonte supletiva no caso de ausência de lei aplicável ao caso concreto; e c) interpretadora, visto que os princípios operam como critério orientador do intérprete. E, no que diz respeito ao princípio da proteção em particular, sustenta o autor que cada fonte deve ser interpretada de acordo com a natureza e a característica desta diretriz.

E, sensível à questão, Francisco Rossal de ARAÚJO <sup>99</sup> apresenta concepção semelhante à do juslaboralista uruguaio:

*“Os princípios são importantes no direito do trabalho em face de suas características peculiares. Trata-se de um ramo do direito histórico e de situação, com caráter concreto e em constante expansão. Essa expansão leva a uma constante reinterpretação, por seus próprios fundamentos, de toda a ciência jurídica. Também possui contradições, como a oposição, no mesmo sistema de normas, entre o econômico e o social. No âmbito coletivo, utiliza técnicas individualistas e liberais, havendo negociação de cláusulas com abrangência genérica e abstrata (acordos e convenções coletivas). Todas essas antinomias geram constante atrito entre as normas, sempre colocando em risco a unidade e coerência do sistema. Por essa razão, os princípios servem para garantir a coesão da disciplina”.*

---

<sup>96</sup> Vale-se, aqui, do ensinamento de Eros Roberto GRAU, contido na obra intitulada *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 19.

<sup>97</sup> Emmanuel KANT, *Crítica da razão pura*, p. 657-658.

<sup>98</sup> Diz o autor que “consideramos importante o tema, não apenas pela função fundamental que os princípios sempre exercem em toda disciplina, mas também porque, dada a sua permanente evolução e o aparecimento recente, o direito do trabalho necessita apoiar-se em princípios que supram a estrutura conceitual, assentada em séculos de vigência e experiência possuídas por outros ramos jurídicos. Por outro lado, seu caráter fragmentário e sua tendência para o concreto conduzem à proliferação de normas em contínuo processo de modificação e aperfeiçoamento. Por isso se diz que o direito do trabalho é um direito em constante formação”. *Princípios ...*, p. 26 e 43-44.

<sup>99</sup> *A boa-fé no ...*, 74-75.

Outro não é o posicionamento de Maurício Godinho DELGADO <sup>100</sup>, ressaltando-se que este autor não se refere expressamente a um princípio protetor ou de tutela:

*“Todo sistema, não obstante formado por um conjunto mais ou menos amplo de partes ou categorias coordenadas, terá sempre em alguma delas seu ponto nuclear. No sistema justralhista de corte individual, ressalta-se o princípio da “norma mais favorável” como o nuclear de todo o sistema. Dentre o conjunto de princípios componentes do Direito Individual do Trabalho, o da norma mais favorável é, sem dúvida, o mais importante, quer pela diferenciação que demarca entre o ramo justralhista especializado e o restante do universo normativo contemporâneo, quer pela larga abrangência que tem nesta área especializada do Direito”.*

O juslaboralista argentino Alfredo J. RUPRECHT <sup>101</sup> considera que, para a confirmação da autonomia de um ramo jurídico, é necessário que se reúna uma série de requisitos, dentre os quais se encontram os princípios diretores que inspiram os caracteres distintivos dos demais ramos jurídicos. Segundo o autor, todos os princípios normativos do Direito Trabalhista assumem caráter de preceitos jurídicos, pois sua aplicação é da competência da autoridade judicial, têm caráter normativo, pois se aplicam a situações de fato e de direito, são os preceitos que sustentam e tipificam o direito do trabalho, orientam a interpretação da lei e resolvem situações de dúvida ou não previstas, e, finalmente, conferem unidade e solidez à disciplina.

Assim como nas demais disciplinas jurídicas, também o Direito do Trabalho é informado por uma principiologia própria, que lhe confere não só a autonomia como ciência, mas também a unidade conceitual e a ordenação estrutural. E, neste mister, o princípio da proteção desempenha papel de alta importância, porque não só é o mais antigo de todos os princípios, mas porque dele derivam os demais.

Ademais e a exemplo do que também é verificado nos outros ramos do Direito, o Direito do Trabalho não se resume ao ordenamento positivo. O fenômeno histórico de convergência entre Direito e Estado - processo de juridificação deste e de legiferação daquele - enalteceu sobremaneira a supremacia da lei posta, a regra, e não do Direito como sistema

---

<sup>100</sup> *Princípios do direito do trabalho*, p.476.

<sup>101</sup> *“Seu estudo é de singular importância, pois é sabido que o Direito do Trabalho é um Direito em formação, com mudanças e variações constantes que envolvem, às vezes, a perda de alguma instituição, mas em compensação, adquirem outras que não estavam em seu âmbito. Esses princípios normativos são, por conseguinte, imprescindíveis para caracterizá-lo e delimitá-lo de modo que não perca sua estrutura conceitual”.* Os princípios ... , p. 6-7.

normativo aberto informado por princípios gerais, noção aquela que deve ser superada, pois esta ciência também atua como mecanismo de modificação social. E os princípios assumem papel determinante na consecução deste mister, na exata medida em que não se pode confundi-los com as normas e as regras no âmbito do Direito e, conseqüentemente, no âmbito do Direito do Trabalho, razão pela qual se torna necessária a diferenciação entre normas, princípios e regras, registrando-se que a complexidade da matéria suscitaria, até mesmo, exame isolado <sup>102</sup>.

Para tanto, valer-se-á da tipologia da estrutura normativa proposta por José J. G. CANOTILHO <sup>103</sup>, que sugere serem as regras e os princípios duas espécies de normas, passíveis de complexa diferenciação a partir de cinco critérios: a) abstração: segundo o qual os princípios são normas com grau de abstração mais elevado que o das regras; b) determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios carecem de mediações concretizadas por serem vagos e indeterminados, ao passo que as regras podem ser diretamente aplicadas; c) fundamentabilidade no sistema das fontes do direito: os princípios assumem papel fundamental em função de sua posição hierárquica no ordenamento jurídico; d) proximidade da idéia de direito: os princípios fundam-se nas exigências de justiça ou na idéia de direito, quando as regras podem ser normas vinculativas com conteúdo meramente funcional; e) natureza normogénica: os princípios fundamentam as regras, ou seja, constituem a *ratio* das regras jurídicas.

Também Eros Roberto GRAU <sup>104</sup> não poderia ser esquecido nesta breve exposição. Após minucioso trabalho realizado a partir do exame de autores nacionais e estrangeiros, o jurista também concluiu que há uma distinção lógica entre regras e princípios jurídicos como espécies da norma jurídica. Aquelas são aplicáveis por completo ou não o são, de modo absoluto, aplicáveis, quando estes não se aplicam automática e necessariamente e quando as condições previstas como suficientes não se manifestam. Ao contrário dos princípios, que jamais são excluídos da ordem jurídica, as regras não comportam exceções. Também as regras seriam diferenciadas dos princípios conforme a dimensão ou peso da importância: um princípio pode ser mais importante do que outro, mas uma regra não, pois uma delas é válida e a outra não é. Para o autor, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma

---

<sup>102</sup> Partilha-se do entendimento de Paulo Emílio Ribeiro de VILHENA, exposto no artigo intitulado *Princípios de direito – Princípio jurídico do direito do trabalho*, no sentido de que norma, regra e princípio não se confundem, devendo este ter seu exato significado explicitado, sob pena da armação e das conclusões sobre o tema serem precárias, ou, quando menos, insatisfatórias. In: BARROS, Alice Monteiro de (coordenadora). *Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá*, p. 116-131.

<sup>103</sup> *Direito Constitucional ...*, p. 1086.

otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos, ao passo que as regras apenas prescrevem imperativamente uma exigência que é ou não é cumprida; a convivência dos princípios é conflitante e a das regras, antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se; os princípios suscitam problemas de validade e de peso (importância, ponderação e valia), quando as regras envolvem questões apenas de validade (não corretas, devem ser alteradas).

No campo do Direito do Trabalho, Américo Plá RODRIGUEZ <sup>105</sup> distingue regras de princípios afirmando que aquelas determinam o critério da ação. Diz o que deve ou o que não deve ser feito e o que se pode fazer em situações previstas pela própria regra, ao passo que os princípios nada dizem neste sentido, mas proporcionam critérios para a tomada de posição frente a situações *a priori* indeterminadas que se tornam realidade. Defende que a idéia de que os princípios do Direito do Trabalho constituem os fundamentos do ordenamento jurídico do trabalho e por tal motivo não devem entrar em contradição com os preceitos legais. Muito embora tais princípios estejam acima do direito positivo, não podem se tornar independentes dele, pois há uma mútua influência entre as normas vigentes e os princípios informadores.

Já Luiz de Pinho Pedreira da SILVA <sup>106</sup> difere os princípios jurídicos das regras jurídicas a partir da inserção explícita no ordenamento jurídico, pois, normalmente, os princípios estão implícitos neste, sendo inferidos de uma ou mais regras. Também as regras não comportam exceções que não possam ser completamente enunciadas, o que não ocorre com os princípios, que jamais são excluídos da ordem jurídica. Enfim, o último critério diferenciador apresentado pelo autor consiste na dimensão do peso ou da importância das normas: os princípios podem entrar em contradição sem que percam a validade, ao passo que uma das regras conflitantes perderá necessariamente a validade.

O que se pode concluir destes ensinamentos é que o caráter protecionista do Direito do Trabalho pode e deve ser alçado à categoria normativa de princípio desta disciplina jurídica no Brasil em função de seu alto grau de abstração em relação às regras. Não se resume o conteúdo tutelar a uma ou poucas regras jurídicas positivadas no ordenamento jurídico laboral. Estas se encontram em nível hierárquico inferior ao do princípio protetivo, não obstante ele deixe transparecer certa indeterminação, num primeiro momento, dificultando o trabalho do hermenauta.

---

<sup>104</sup> *A ordem econômica ...*, p. 91.

<sup>105</sup> *Princípios ...*, p. 39-40.

<sup>106</sup> *Principiologia ...*, p. 13.

Há indiscutível e efetivamente um princípio da proteção com origem, fundamentação, conceituação, abrangência e formas de aplicação próprias, não se resumindo tal diretriz a regras esparsas no direito positivo. O princípio protetor não somente deu origem ao Direito do Trabalho como sua essência igualitária - verdadeiro ideal de justiça - se transformou na principal meta desta ciência que se encontra em permanente e dinâmico estado de formação. A proteção assegurada meramente por um conjunto de regras jurídicas jamais atingiria seu intento, mormente nos momentos de crises da Economia e do próprio Direito. Por tal razão é que a proteção é guindada ao *status* de princípio cardeal do Direito do Trabalho, passa a integrar a ordem jurídica trabalhista acima das regras positivadas, que daquele postulado retiram seu fundamento. E, obviamente, não é o fato do princípio da proteção não ser positivado no ordenamento jurídico óbice para o reconhecimento de sua existência, tal a magnitude que desperta sua natureza e sua finalidade. Mas a relevância consiste não somente em tratar da diretriz protecionista como princípio, como também em constatar que jamais houve condições propícias para a plena aplicação do princípio da proteção no Brasil. Esta constatação tem sido utilizada como argumento em prol do abandono do princípio da proteção e do próprio Direito do Trabalho. Se o Direito do Trabalho informado pelo princípio protetor não assegurou tratamento tutelar ao trabalhador, qual a razão de sua manutenção?

A bem da verdade, o princípio protetivo nunca encontrou larga aplicação no mundo do trabalho e isto ocorreu, sobretudo, em função da premissa equivocada que partiram seus estudiosos. Se é certo que, como afirmado anteriormente, não há trabalho sem capital, a recíproca também é verdadeira. Mesmo que especulativo e portanto não produtivo, não há capital se não houver trabalho, sendo este o componente que determina o valor daquele.

Entretanto, a proteção ao trabalhador fundamentada na desigualdade econômica decorrente da propriedade ou não dos meios de produção deve ser assegurada segundo outro critério que não o patrimonialista, mas o humanista. A hipossuficiência econômica sempre foi determinada pela propriedade: tendo-a, é suficiente, não a tendo, é hipossuficiente. Ora, há que se proteger o trabalhador não porque ele não é o proprietário, mas porque ele é um ser humano e porque tem direito (assegurado constitucionalmente no Brasil) a uma vida digna, somente passível de exercício mediante a sua força de trabalho colocada à disposição do empregador <sup>107</sup>. Logo, não se pode afirmar que quem não é proprietário deve ser protegido, mas sim quem somente tem sua força de trabalho para garantir a sobrevivência <sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> Segundo José Felipe LEDUR “*importa ressaltar, desde logo, a conexão que há, do ponto de vista constitucional, entre o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e a regra que assegura o direito ao trabalho. Como já frisado com insistência, o art. 1º, III, da Constituição inclui a dignidade da pessoa*”

Na atualidade brasileira, grande parte dos ataques que vem sofrendo o princípio protetivo no sentido de seu abandono não se justifica, uma vez que esta diretriz nunca encontrou campo totalmente fértil para fincar suas raízes e produzir todos os seus frutos. Ao contrário, por vezes conferiu proteção ao capital.

Quer parecer, então, que a hipossuficiência deve ser examinada à luz do Direito, ou seja, deve ser juridicamente caracterizada, considerando-se hipossuficiente o carente de poder na relação intersubjetiva. E na relação de emprego, por certo que o juridicamente hipossuficiente é o trabalhador, vez que é o empregador que detém o poder de comando. Assim, a interpretação do princípio da proteção se dá através de um critério subjetivo e humanista, ao invés do tradicional critério objetivo e patrimonialista.

Pensar-se de modo contrário significaria a prevalência da coisa sobre a pessoa e resultaria - como tem resultado - na imposição de sérias e intransponíveis restrições à efetivação do princípio da proteção e na realização de críticas aparentemente irrepreensíveis ao conteúdo tutelar do Direito do Trabalho. A adoção da concepção humanista do princípio da proteção é a única forma de tornar iguais os valores trabalho e capital, e possibilitar a sua efetiva aplicação nas relações de trabalho.

### 1.1.5 EXTENSÃO

A primeira preocupação de quem se presta a empreender uma investigação sobre a principiologia jurídica consiste na análise da transcendência que caracteriza os princípios e no estudo do alcance que eles possuem no sistema jurídico. Não se trata de discutir, aqui, sobre a existência ou não de um princípio, mas de revelar sua verdadeira dimensão, sua real área de atuação no Direito. E se essa tarefa não é fácil de resolver mesmo quando há a positivação de um princípio no ordenamento jurídico. Muito mais difícil ela se torna quando tal ordenamento

---

*humana entre os fundamentos da República Federativa do Brasil. Já o art. 170, caput, da Constituição deixa claro que a existência digna está intimamente relacionada ao princípio da valorização do trabalho humano. O confronto entre ambas as normas evidencia que a dignidade da pessoa humana é inalcançável quando o trabalho humano não merecer a valorização adequada. Disso deriva a conclusão de que a própria organização republicana estará em xeque se um de seus fundamentos - a dignidade da pessoa humana - restar comprometido". A realização do direito ao trabalho, p. 95.*

<sup>108</sup> Parece-nos pertinente retomar a linha de raciocínio de Jussara MEIRELLES, para a qual o indivíduo homem merece proteção não pelo que tem, mas pelo que é, pois "a redução da ordem jurídica a verdadeiro estatuto patrimonial e a categorização da pessoa como sujeito que contrata, que constitui formalmente uma família; que tem um patrimônio e que se apresenta, enfim, como sujeito dos direitos estabelecidos pelo sistema, faz com que a personalidade civil se distancie mais e mais da dignidade humana em razão da qual os indivíduos merecem proteção e amparo; e aproxime-se, de maneira a sinnimizar-se, da titularidade contratual e patrimonial. Em suma, é pessoa quem é titular; e só é titular quem a lei define como tal". O ser e o ter ... , p. 98.

é apenas inferido ou descoberto da ordem jurídica que não o contemplou no Direito Positivo, fruto do famigerado processo de resumo do Direito à lei.

No Direito do Trabalho brasileiro, o princípio da proteção não foi enunciado expressamente pelo legislador. Aliás, nenhum dos princípios de Direito do Trabalho foi mencionado expressamente no ordenamento jurídico deste país. Mas eles existem e não há dúvida fundada quanto a isto, mesmo para o mais extremado juslaboralista positivista, pois qualquer posicionamento em sentido contrário implicaria violação da ordem jurídica laboral positivada, uma vez que a CLT, em seu artigo 8º, determina que “*as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do Direito do Trabalho*”, dentre outros. Logo, dúvida não há de que princípios específicos informam o Direito do Trabalho e cabe ao intérprete desvelá-los e precisar a extensão de sua área de atuação.

No caso do princípio protetivo, deve-se procurar determinar se ele informa o Direito do Trabalho brasileiro e, em caso afirmativo, se é aplicável tanto no Direito Individual como no Direito Coletivo do Trabalho. Em face dos limites impostos a esta pesquisa, não será analisado o princípio da proteção do trabalhador demandante hipossuficiente que informa o Direito Processual do Trabalho.

Não só pelo que já foi exposto até aqui a respeito da criação e desenvolvimento do Direito do Trabalho e da fundamentação, da conceituação e da relevância do princípio protetor, como também pelo exame do próprio direito positivo, há que se concluir que não há espaço para hesitação quanto à existência desta diretriz principiológica no Brasil. Não é necessária a consagração no direito positivo em função própria da natureza do princípio da proteção, que se situa acima daquele e que resulta da orientação da integralidade do conjunto de normas, do propósito que as inspira e da idéia central que opera com razão de ser essencial

109

Para Bayón CHÁCON e Perez BOTIJA <sup>110</sup> os princípios não pressupõem consagração formal no ordenamento jurídico, porque “*son mandatos morales, que se han impuesto por las vías indicadas al servicio de un pensamiento de justicia social, para templar la inferioridad contractual del trabajador, su inferioridad económica, su inferioridad cultural, y que hoy*

---

<sup>109</sup> Américo Plá RODRIGUEZ. *Princípios ...*, p. 103.

<sup>110</sup> *Manual de derecho del trabajo*, p. 239.

*aparecen incluso reflejados a veces en normas legales y hasta aludidos en preceptos constitucionales”.*

Assim, não se partilha do entendimento de Alfredo J. RUPRECHT <sup>111</sup>, no sentido de que a eficácia do princípio da proteção depende de sua cristalização em leis (Constituição, códigos ou leis trabalhistas), o que não impede reconhecer que a positividade de certo princípio no ordenamento jurídico é extremamente importante nos processos de aplicação do direito. Mas, mesmo que assim não fosse, observa-se que do ordenamento jurídico positivo brasileiro é possível extrair regras inspiradas pelo princípio da proteção e concluir que aquele não veda a aplicação deste <sup>112</sup>.

Francisco Meton Marques de LIMA <sup>113</sup> chega a afirmar que o princípio protetor é encontrado na Constituição da República (artigo. 6º a 11 da de 1988), e que a CLT é composta quase que puramente de leis de proteção ao trabalhador. Em outro artigo sobre os princípios do Direito do Trabalho, o mesmo autor defende que o princípio protetivo saiu fortalecido em várias recentes inovações legislativas referentes ao trabalho, ao menor, à assistência social e à família, dentre as quais: Lei 9.013/95 (assecuratória do direito de remuneração dos professores durante as férias escolares), Lei 9.092/95 (tipificadora do crime decorrente de prática de discriminação no trabalho, por motivo de sexo, idade, cor, raça ou estado civil; e Lei 8.900/94 (ampliatória do alcance do seguro-desemprego) <sup>114</sup>.

Por seu turno, Luiz de Pinho Pedreira da SILVA <sup>115</sup> considera positivado o princípio da proteção no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 7º da Constituição Federal, que prevê a existência de outros direitos além dos conferidos, desde que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores e no artigo 444 da CLT, que faculta às partes interessadas a livre estipulação das relações contratuais de trabalho em tudo que não contravenha as disposições de proteção ao trabalho.

---

<sup>111</sup> *Os princípios ...*, p. 14.

<sup>112</sup> Neste sentido, ainda que de forma genérica, Arnaldo SÜSSEKIND consigna que o princípio protetivo “*resulta das normas imperativas e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a intervenção básica do Estado nas relações de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia da vontade. Essas regras cogentes formam a base do contrato de trabalho - uma linha divisória entre a vontade do Estado, manifestada pelos poderes competentes, e a dos contratantes*”. *Instituições de direito do trabalho*, p. 133.

<sup>113</sup> *Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência*, p. 31.

<sup>114</sup> *Os princípios de direito do trabalho diante da reforma neoliberal*, p. 626.

<sup>115</sup> *Principiologia ...*, p. 20.

Já José Affonso DALLEGRAVE NETO<sup>116</sup> sustenta que a proteção jurídica do trabalhador hipossuficiente é completa em nosso direito positivo, que o contempla indiretamente nos artigos 9º, 10, 444, 448, 468, 619 e 620, todos da CLT.

Rápida leitura da CLT basta para se apurar que diversas regras visam tutelar os interesses dos trabalhadores, como, por exemplo: de gerais e especiais de tutela do trabalho; de proteção à maternidade; de proteção do trabalho do menor; de duração do trabalho; de garantia no emprego; de proteção da saúde física e mental do trabalhador e de tutela do empregado dispensado imotivadamente. Da Constituição Federal tem-se, no artigo 7º, a previsão da não exclusão de outros direitos não formulados que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores urbanos e rurais; da proteção contra a despedida arbitrária; da tutela da maternidade; da proteção do salário; da tutela da saúde e da vida do trabalhador; da garantia no emprego; da proteção do mercado de trabalho da mulher e da proteção do trabalho em face da automação.

Logo, seja por meio de um processo dedutivo baseado na captura da finalidade do Direito do Trabalho, seja mediante um processo indutivo a partir das regras contidas no direito positivo, inarredável é a conclusão de que o princípio protetivo vige no ordenamento jurídico trabalhista.

A questão que se põe a enfrentar, agora, é a da extensão do princípio protetor. Em outras palavras, discute-se qual é o alcance do princípio em voga no Direito do Trabalho. Ele é aplicado em ambos os ramos do Direito do Trabalho: Direito Individual e Direito Coletivo? E, em caso afirmativo, a aplicação se dá com a mesma intensidade?

Evidentemente que o princípio da proteção aplica-se em toda a sua plenitude sobre todos os institutos do Direito Individual do Trabalho, ainda que não com a mesma intensidade constatada na fase inicial do próprio Direito do Trabalho<sup>117</sup>. Com efeito, pode-se perceber do histórico do Direito do Trabalho e do próprio princípio em comento que esta diretriz nasceu

---

<sup>116</sup> *Contrato individual ...*, p. 46.

<sup>117</sup> Neste sentido, Luiz de Pinho Pedreira da SILVA diz que “*tem sido criticada esta concepção de que o princípio comentado vá perdendo o grande valor que teve no começo, em face do extraordinário e constante desenvolvimento do Direito Trabalhista. Embora esteja ainda vigorando o princípio protetor, seu alcance, evidentemente, não pode ser igual ao do começo da disciplina laboral, quando as normas eram poucas e dispersas e o julgador enfrentava muitas falhas e lacunas. A legislação e as convenções coletivas de trabalho cobrem, atualmente, todos os aspectos da matéria e, se alguma coisa não está claramente definida, esse princípio não pode ser aplicado só, isolado, mas deve ser conjugado com um critério de adequação social. Quer dizer que não deve ter em vista apenas o indivíduo, mas considerar o ponto de vista social, isto é, se a solução está de acordo com essa adequação. O princípio, portanto, subsiste, mas restrito às novas realidades, ou seja, não será de aplicação pura e simples, mas tomando outros fatores em consideração: o interesse social, a produção nacional, a sua influência na economia, etc.*”. *Principiologia ...*, p. 13.

nas relações individuais de trabalho, nas quais a liberdade e igualdade contratuais conduziram a sociedade a um processo de desumanização tamanho, que o Estado passou a intervir no conflito entre o capital e o trabalho. Assim, as diversas categorias jurídicas do Direito Individual do Trabalho - contrato individual de emprego, salário, duração do trabalho, segurança e medicina do trabalho, etc. - sofrem os influxos do princípio da proteção, sempre de modo a resguardar o patrimônio jurídico do trabalhador contra eventuais abusos cometidos por seu empregador decorrentes da supremacia econômica e jurídica que lhe assegura a lei.

De outra banda, também se pode afirmar que o Direito Coletivo do Trabalho é igualmente informado pelo princípio da proteção, pois, nascido com a finalidade de igualar as forças econômicas das partes contratantes e reequilibrar as posições das partes no ato da contratação <sup>118</sup>, o que caracteriza, de certa forma, a sua finalidade protetora. Este ramo não é independente do Direito do Trabalho, assim como não o é o Direito Individual do Trabalho.

A distinção em Direito Individual e Direito Coletivo do Trabalho justifica-se por uma questão predominantemente metodológica. Não se pode perder de vista, contudo, que a diferenciação não retira de ambos os ramos a finalidade do próprio Direito do Trabalho, quer seja ela a de regular os conflitos existentes entre capital e trabalho, quer seja a de harmonizá-los. Do mesmo modo que não se pode negar a importantíssima contribuição do intervencionismo estatal para o fortalecimento do princípio protetor, também não há como se refutar o papel desempenhado pelo Direito Coletivo do Trabalho neste sentido:

*“As desigualdades somente se corrigem com desigualdades de sentido oposto. Durante certo tempo, conseguiu-se a desigualdade compensatória porque o Estado colocou a favor do trabalhador o peso da lei. Surgiu, assim, a legislação do trabalho. Contudo, mais tarde, a desigualdade compensatória foi obtida por via mais adequada - no sentido de mais sua e mais apropriada - , criando a força que resulta da união. Por isso, em todo o Direito do Trabalho há um ponto de partida: a união dos trabalhadores; e há um ponto de chegada: a melhoria das condições dos trabalhadores. Direito individual e direito coletivo do trabalho são apenas caminhos diversos para percorrer o mesmo itinerário”*<sup>119</sup>.

---

<sup>118</sup> V. GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 18.

<sup>119</sup> Palavras de Américo Plá RODRIGUEZ, *Princípios ...*, p. 66-67. No mesmo sentido, Alfredo J. RUPRECHT pontifica que “*esses princípios têm aplicação em todos os campos do Direito Trabalhista, quer dizer, tanto o individual como o coletivo. Ambos os aspectos constituem uma unidade e, portanto, são regidos pelos mesmos princípios. É verdade que alguns têm uma inclinação preferencial para o aspecto individual, mas não desconsideram o coletivo. Pode-se dizer também que um princípio que rege ambos os aspectos pode ter forma diferente de aplicação, mas só com relação ao invólucro; o núcleo central mantém-se incólume. Em alguns casos terá mais aplicação prática do que em outros, mas sempre será o mesmo princípio*”. *Os princípios ...*, p. 08.

Entretanto, esta concepção não está consolidada na doutrina. Talvez o anseio pela confirmação da bipartição do Direito do Trabalho nos ramos individual e coletivo tenha levado os autores a procurar estabelecer a existência de princípios próprios de cada uma destas divisões, o que se reputa equivocado, seja pela unidade conceitual do Direito do Trabalho, seja pela intensa relação de interdependência que há entre o Direito Individual e o Direito Coletivo do Trabalho.

Maurício Godinho DELGADO <sup>120</sup> procede à diferenciação entre os ramos do Direito do Trabalho e afirma existir entre eles uma diferença substancial, cristalizada no fato de que no Direito Individual do Trabalho há uma disparidade de posições, ao passo que no Direito Coletivo do Trabalho há uma relação de entes teoricamente equivalentes, motivo pelo qual tais desdobramentos contariam com princípios próprios: aquele seria informado pelos princípios da norma mais favorável, *in dubio pro misero*, condição mais benéfica, continuidade da relação de emprego, primazia da realidade sobre a forma, irrenunciabilidade dos direitos laborais. Este seria inspirado pelos princípios da liberdade associativa e sindical, da autonomia sindical, da equivalência dos contratantes coletivos, da lealdade e transparência nas negociações coletivas, da interveniência sindical na normatização coletiva, da criatividade jurídica da negociação coletiva e o da adequação setorial negociada <sup>121</sup>.

Também Hugo Gueiros BERNARDES <sup>122</sup> atesta que dificilmente o princípio da tutela é aplicável às partes nos conflitos coletivos de trabalho, nos quais é presumida a igualdade entre os sindicatos, razão pela qual não se faz necessária a proteção estatal ao empregado individualmente considerado. . .

Ocorre que, se é certo que os ramos do Direito do Trabalho contam com princípios próprios, não menos verdadeiro é que também são informados por alguns princípios comuns. E, com toda a certeza, não se pode negar que o princípio da proteção informa também o

---

<sup>120</sup> “O Direito Material do Trabalho segmenta-se em um ramo individual e um ramo coletivo, cada um contando com regras, processos e princípios próprios. Toda a estrutura normativa do Direito Individual do Trabalho constrói-se a partir da constatação enfática da diferenciação social, econômica e política básica entre os sujeitos da relação jurídica central desse ramo jurídico específico. Em tal relação, o empregador age naturalmente como um ser coletivo, isto é, um agente sócio-econômico e político cujas ações - ainda que intra-empresariais - têm a natural aptidão de produzirem impacto na comunidade mais ampla. Em contrapartida, no outro pólo da relação inscreve-se um ser individual, consubstanciado do trabalhador que, enquanto sujeito desse vínculo sócio-jurídico, não é capaz, isoladamente, de produzir, como regra, ações de impacto comunitário. Essa disparidade de posições na realidade concreta fez emergir um Direito Individual do Trabalho e largamente protetivo, caracterizado por métodos, princípios e normas que buscam reequilibrar, juridicamente, a relação desigual vivenciada na prática cotidiana da relação de emprego”. *Princípios do ...*, p. 475.

<sup>121</sup> Segundo o autor, o “princípio” da norma mais favorável atuaria na fase política (pré-jurídica), influenciando no processo de construção do Direito do Trabalho, e na fase jurídica, como critério de hierarquia e interpretação das normas jurídicas.

Direito Coletivo do Trabalho, mesmo se reconhecendo que seu alcance é muito maior no Direito Individual do Trabalho.

A imperatividade da aplicação deste princípio no Direito Coletivo do Trabalho brasileiro é reforçada, ainda, pelo fato de a negociação coletiva ainda não estar sendo desenvolvida a contento por diversas entidades sindicais. Ninguém desconhece que há vários sindicatos que não se conscientizaram sobre a relevante função social que lhes cumpre desempenhar, o que prejudica sensivelmente a efetivação da proteção. Também é verdadeiro que, em função do avanço do retrocesso proporcionado pela Constituição Federal de 1988, por causa da manutenção dos sistemas da unidade sindical e da contribuição compulsória, várias outras entidades sindicais vêm sendo criadas para outros misteres que não a defesa dos interesses da categoria representada <sup>123</sup>.

Enfim, a quantidade de relações individuais de emprego vem diminuindo consideravelmente nos últimos tempos em função das novas modalidades contratuais e da flexibilização da jornada de trabalho, fator que contribui para o enfraquecimento dos entes sindicais, o que prejudica sobremaneira a luta pela manutenção e expansão das conquistas sociais.

Por tais motivos é que se pode perceber que a estrutura e a organização sindicais no Brasil dificultam - ao invés de fomentar - o processo de asseguarção da proteção ao trabalhador hipossuficiente. De fato, cria sérias e fundadas dúvidas na mente dos operadores do Direito do Trabalho quanto à pertinência da implementação da flexibilização coletivamente negociada e, até mesmo, da retirada da intervenção estatal nas relações trabalhistas em proveito dos entes sindicais.

Com base em tais considerações, entende-se que o princípio protetor aplica-se também ao Direito Coletivo do Trabalho. O que se deve ressaltar, contudo, é que a aplicação não se dá com a mesma intensidade verificada no Direito Individual do Trabalho. E nenhuma novidade ou contradição há nesta conclusão, uma vez que as relações individuais de trabalho

---

<sup>122</sup> *Direito do trabalho*, p. 101.

<sup>123</sup> Analisando a questão, Eliana Pedroso VITELLI conclui que somente com a força da união resultante de um sindicalismo legítimo é que a negociação coletiva prestar-se-ia ao equilíbrio de forças entre o empregado e o empregador, o que não seria possível no Brasil pois *“dentro da nossa sociedade não há como, efetivamente, fomentar-se o fortalecimento das organizações sindicais e a credibilidade dos trabalhadores em relação a elas, sem passar, antes, por uma reforma constitucional, com vistas à instituição da pluralidade sindical, eliminação da contribuição sindical compulsória - mecanismos que protegem e alimentam os sindicatos pelegos, eliminação das categorias como critério único de organização sindical, revisão do poder normativo da Justiça do Trabalho para os dissídios de natureza econômica, bem como a já mencionada reforma da legislação trabalhista, para conferir mais autonomia e poder de barganha às negociações sindicais”*. *O princípio ...*, p. 1353-1354.

caracterizam-se pela desigualdade econômica e jurídica existente entre empregado e empregador, quando, nas relações coletivas de trabalho, pressupõe-se certa equivalência entre os sujeitos que as compõem. Não se nega, portanto, a imprestabilidade do princípio da proteção como norteador do Direito Coletivo do Trabalho. Apenas se confirma que sua aplicação neste ramo do Direito do Trabalho sofre maior restrição que no Direito Individual do Trabalho.

Américo Plá RODRIGUEZ <sup>124</sup> defende que o princípio da proteção não constitui um método especial de interpretação, mas inspira as normas de Direito do Trabalho e deve ser levado em conta na sua aplicação. Não se trata mais de um permissivo outorgado ao juiz ou ao intérprete, tal como se operou a aplicação deste princípio na fase inicial do Direito do Trabalho, repleto de lacunas em seu corpo. Também o princípio da proteção não atenta contra o postulado básico da segurança jurídica, mas o respeita, vez que o intérprete não pode fazer qualquer coisa em nome da proteção do trabalhador, principalmente tomar o lugar do criador de normas. Também Alfredo J. RUPRECHT <sup>125</sup> defende que ao princípio protetor não deve ser atribuído alcance excessivo, mesmo no Direito Individual do Trabalho, pois dentre as suas normas existem aquelas que, ainda que em minoria, também lhe impõem obrigações e outorgam direitos aos empregadores.

Já Francisco Rossal de ARAÚJO ressalva que o interesse da coletividade é a maior das restrições ao princípio da proteção: *“Ainda que o direito do trabalho tenha um campo de atuação muito amplo, as relações trabalhistas e profissionais, assim como os interesses individuais dos trabalhadores ou os interesses de suas categorias profissionais, sempre terão de observar os limites do interesse público, pois o interesse da coletividade deve sempre prevalecer”* <sup>126</sup>. Mas o mesmo autor entende que *“se fosse dado o mesmo tratamento aos direitos decorrentes da relação de trabalho, aos direitos de uma relação de direitos reais, por exemplo, teríamos lesões a direitos subjetivos e, possivelmente, algum autor mais exagerado poderia falar em lesões ao direito fundamental de propriedade, consagrado na Constituição. Entretanto, como são direitos oriundos da relação de trabalho, a proteção jurídica dispensada é de segunda categoria. Os direitos sociais, igualmente previstos na Constituição, cedem passo em função do direito de propriedade, consagrando uma lógica absurda que prefere as coisas sobre as pessoas”* <sup>127</sup>

---

<sup>124</sup> *Princípios ...*, p. 100.

<sup>125</sup> *Os princípios ...*, p. 09-10.

<sup>126</sup> *A boa-fé no ...*, p. 78.

<sup>127</sup> *O direito do trabalho e o ser humano*, p. 30.

E, não obstante seja o princípio reitor do Direito do Trabalho, não há como olvidar que o princípio da proteção é informado por outros princípios e, como qualquer outro ramo do Direito, deve ser interpretado como um sistema jurídico aberto de normas (regras e princípios), que se destina a regular a contraposição de interesses entre capital e trabalho. Em decorrência, o princípio da proteção ao trabalhador deve ser interpretado de forma prudente, para que ele não inviabilize o desenvolvimento da atividade econômica por parte do empregador, e intensa, para que não implique submissão servil, espúria e indigna do trabalhador <sup>128</sup>.

Precisar onde o ponteiro indica o verdadeiro equilíbrio desta balança não é tarefa das mais fáceis. Mas esforço de raciocínio algum é necessário para concluir que a proteção em demasia ou em escassez não se presta à consecução da finalidade do Direito do Trabalho.

O que se vê, contudo, é que o princípio da proteção não nivelou as desigualdades econômica e jurídica verificadas nas relações de trabalho desenvolvidas no Brasil. Se é possível afirmar que houve vitória e que deste saiu um vencedor, este foi o capital. De fato, o trabalho, principalmente o juridicamente subordinado, sofre diversos revezes e cada vez mais se torna precário e escasso em nosso País.

Aqueles que assim não entendem buscam socorrer-se no Direito do Trabalho comparado, mas se esquecem de que a realidade social é distinta em cada nação, assim como diferente é o desenvolvimento da Economia, da Tecnologia e da Educação de cada país. Quanto tempo levou o Direito do Trabalho para se firmar no Brasil como ciência autônoma, noção ainda não assimilada sequer por estudiosos de outros ramos da ciência jurídica? Quanto tempo levou o princípio da proteção para ser reconhecido como diretriz informadora desta disciplina jurídica? Quanto tempo levará até que a sociedade civil brasileira alcance as condições sociais dos países mais avançados? Nem bem a população brasileira gozou das benesses do Estado Social e ele já se encontra em processo de escandaloso desmanche.

---

<sup>128</sup> Mario de la CUEVA, sempre atento à condição social do trabalhador, defende que “*el derecho del trabajo es un límite a la ambición del Capital y a los poderes del empresario y éstos, naturalmente, defienden y crean nuevas líneas defensivas. Durante muchos años, bastó al Capital negar la legitimidad de las instituciones que integran el derecho colectivo del trabajo, pues con ese procedimiento lograba reducir el mundo económico al viejo contrato de arrendamiento de obras. El derecho individual del trabajo es su último refugio; la relación individual de trabajo debería ser contemplada como una relación jurídica individual, cuya base sería contractual y cuyo desarrollo tendría por fundamento la libre voluntad de trabajador y patrono. Frente a esta posición, el derecho individual del trabajo postula la idea de que el hombre que trabaja en beneficio de otro o de la Sociedad, tiene derecho a conducir una existencia digna y que, en consecuencia, deben satisfacerse las necesidades humanas, cualesquiera que sena los sacrificios que implique para el Capital*”. *Derecho Mexicano* ..., p. 447-448.

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

## 2 FORMAS DE APLICAÇÃO

Pelo fato de ser o princípio reitor do Direito do Trabalho, o princípio da proteção suscita controvérsias quanto à sua forma de aplicação pelo intérprete, muito embora a clássica obra de Américo Plá RODRIGUEZ tenha encontrado vários seguidores na doutrina e na jurisprudência, tais a precisão da sistematização, a articulação da argumentação e o vasto alcance de seu trabalho.

Mesmo assim, persistem alguns equívocos de interpretação. Não poucas vezes, o princípio protetivo é tido como diretriz principiológica autônoma e diversa das formas de aplicação: norma mais favorável, condição mais benéfica e *in dubio pro operario*. Também não são raras as oportunidades em que se fala apenas no “princípio” da aplicação da norma mais favorável, ou de qualquer outra forma de aplicação do princípio da proteção, sem menção alguma a este <sup>129</sup>. Enfim, há casos de total baralhamento das formas de aplicação entre si <sup>130</sup>, quando, por exemplo - o mais usual, por sinal -, o aplicador, refere-se à consideração da condição mais benéfica e, em verdade, trata-se de aplicar a norma mais favorável num determinado caso concreto.

Boa parte das críticas feitas atualmente ao Direito do Trabalho por certos segmentos do Poder Público e da própria sociedade civil, notadamente pelo empresariado, referem-se ao clima de “insegurança jurídica” que reinaria nas relações individuais e coletivas de trabalho. Afinal, como uma regra jurídica derogada pode continuar surtindo efeitos? Por qual motivo a Constituição Federal não se aplica a um determinado caso concreto em face da existência de convenção coletiva de trabalho se ocupa nível hierárquico superior? Como e por que uma regra jurídica pode comportar duas interpretações e, ainda assim, a escolha deve-se dar pela mais vantajosa ao empregado?

Impõe-se, destarte, enfrentar a questão referente à sistematização da forma de aplicação do princípio da proteção, de forma a apurar o seu real sentido, precisar a efetivação do enunciado tutelar e propor uma nova perspectiva. Mesmo ciente de que as críticas continuarão sendo feitas, somente assim é que o intérprete pode contribuir para o

---

<sup>129</sup> Miguel Hernainz MARQUEZ refere-se ao princípio pro operario ou da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador sem distingui-los e, não bastasse, como sendo de aplicação limitada na atualidade. *Tratado elemental ...*, p. 95-96.

<sup>130</sup> Hector-Hugo BARBAGELATA, por exemplo, ao tratar da interpretação do Direito do Trabalho na América Latina, refere-se à regra ou ao princípio da norma e das condições mais favoráveis e sustenta que “*por um lado, procura estabelecer a lei mais vantajosa para o trabalhador. Por outro lado, é preciso conferir à lei escolhida a*

desenvolvimento do Direito do Trabalho e para a harmonização dos conflitos entre o capital e o trabalho.

Feitas estas considerações, observa-se que a sistematização proposta por Américo Plá RODRIGUEZ é aceita praticamente pela quase totalidade dos autores contemporâneos que tratam da questão da principiologia do Direito do Trabalho <sup>131</sup>. Segundo o juslaboralista uruguaio, três seriam as regras de aplicação do princípio protetivo, sem que se possa considerar uma forma de aplicação subordinada ou derivada de outra:

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

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

*c) a regra da condição mais benéfica. Critério pelo qual a aplicação de uma nova norma trabalhista nunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontrava um trabalhador”* <sup>132</sup>.

É certo que há dificuldades no processo de delineamento das fronteiras que confinam cada uma dessas fórmulas de aplicação do princípio da proteção. De fato, são tênues as linhas que as dividem, notadamente aquela que separa a norma mais favorável e a condição mais benéfica, motivo por que é necessário o enfrentamento da matéria por meio da análise da significação, dos requisitos, das limitações e da aplicação de cada uma das fórmulas.

No final deste capítulo, serão feitas algumas críticas à clássica teoria tripartida das formas de aplicação do princípio protetivo. Não se negará, contudo, a contribuição dela ao Direito do Trabalho no que diz respeito ao fortalecimento de seu conteúdo tutelar.

---

*interpretação ou o alcance mais favoráveis. Esse segundo aspecto é, comumente, conhecido sob a forma do adágio in dubio pro operario”. O direito do trabalho na América Latina, p. 76.*

<sup>131</sup> Alfredo J. RUPRECHT não se alonga muito sobre a matéria e afirma que o princípio protetivo revela diferentes “facetas” e que a doutrina consagrou as três regras: *in dubio pro operario*, condição mais benéfica e norma mais favorável. *Os princípios ...*, p. 14. Hugo Gueiros BERNARDES aceita a fórmula tripartida, mas se refere ao princípio da proteção como princípio de favor. *Direito de ...*, p. 108. Francisco Rossal de ARAÚJO diz que são três as projeções práticas, as regras do princípio da proteção: *in dubio pro operario*, aplicação da norma mais favorável e consideração da condição mais benéfica. *A boa-fé no ...*, p. 79.

<sup>132</sup> *Princípios ...*, p. 107.

## 2.1 A REGRA *IN DUBIO PRO OPERARIO*

### 2.1.1 SIGNIFICAÇÃO

Antes de tudo, convém explicitar que a regra *in dubio pro operario* não se confunde com o princípio *pro operario* mencionado por certa parcela da doutrina<sup>133</sup>, que assim nomina equivocadamente o princípio protetivo. Daí porque o acerto de Alfredo J. RUPRECHT afirma que “*não é possível lhe dar a extensão a que se refere Cabanellas, quando se pergunta se é preciso considerar ser [sic] é um princípio pro operario e não só in dubio pro operario. No primeiro serviria em caráter geral, enquanto no segundo só nos casos de dúvida. Atento ao atual estado do Direito Trabalhista, não há dúvida de que só tem alcance para os casos de dúvida, ou seja, quando uma mesma norma pode ter mais de uma explicação*”<sup>134</sup>.

Entendemos que o princípio da proteção e a regra *in dubio pro operario* não se identificam, pois esta é desdobramento lógico e realizador daquele, ou seja, assume a natureza jurídica principiológica, tão somente instrumental. A regra *in dubio pro operario* desvela parte do princípio protetivo, mas longe está de retratar toda a sua essência e a sua finalidade. Tal regra é uma das fórmulas de efetivação do princípio protetivo; portanto, quando a regra *in dubio pro operario* é executada, nada mais se está fazendo do que aplicar-se referido princípio, mas não em toda a sua integralidade<sup>135</sup>.

Superada essa questão, impende precisar a significação da fórmula de aplicação do princípio protetivo em exame, haja vista que as propostas da doutrina são semelhantes mas ora incorrem em imprecisões terminológicas, ora em confusão com as demais regras aplicativas.

Em poucas palavras, significa a regra *in dubio pro operario* que, na dúvida entre várias interpretações passíveis de atribuição a uma mesma regra jurídica de Direito do

---

<sup>133</sup> Gaspar Bayon CHACÓN e Eugenio Pérez BOTIJA, por exemplo, consideram o princípio *pro operario* como um princípio especial de Direito do Trabalho no qual podem ser compreendidos outros princípios. *Manual de ...*, p. 240 e 242.

<sup>134</sup> *Os princípios ...*, p. 15.

<sup>135</sup> Não se pode concordar, portanto, com a afirmação de Washington Luiz da TRINDADE, no sentido de que “*o princípio in dubio pro operario corresponde à natureza tutelar do Direito do Trabalho não somente na ausência de texto legal, mas, no conflito de normas, a buscar a que se oferece em socorro do hipossuficiente*”. *Regras de aplicação e de interpretação no Direito do Trabalho*, p. 87.

Trabalho, deve o hermeneuta adotar, em face do princípio protetivo, aquela mais profícua ao trabalhador hipossuficiente<sup>136 137</sup>.

Também não se poderia deixar de registrar que a origem dessa forma de aplicação do princípio protetivo encontra-se no Digesto de Justiniano<sup>138</sup>, sob a parêmia *benignius leges interpretaendae sunt, quo voluntas earum conservetur*, a qual foi transposta para os ordenamentos jurídicos contemporâneos sob as fórmulas civilista (*favor debitoris* no direito comum<sup>139</sup> em geral e *in dubio pro matrimonium* no direito de família), penal (*in dubio pro reo*), financeira (*in dubio contra fiscum*) e trabalhista (*in dubio pro operario*).

E, de certa forma, a análise da origem da regra em comento repele as insurgências apresentadas contra tal forma de aplicação do princípio da proteção no Direito do Trabalho, pois ela não é exclusiva deste ramo do Direito, mas é encontrada também em outros ramos da ciência jurídica. O que se verifica, portanto, é que em qualquer disciplina jurídica, sempre haverá um critério determinante para se apurar qual dos dois ou dos vários sentidos atribuídos por uma mesma regra jurídica deve ser acolhido pelo intérprete no caso de dúvida.

No Direito em geral, a regra aplica-se sempre em proveito do devedor e/ou do réu. Ou seja, a parte mais fraca ou mais necessitada é amparada por esse critério. Assim é que no Direito Civil, o devedor encontra-se em situação de fragilidade, justificando a fórmula civilista do benefício da dúvida. Também é realidade no Direito Penal, no qual o réu apresenta-se debilitado em face da pretensão punitiva do Estado<sup>140</sup>.

Contudo, o Direito do Trabalho, pela sua especialidade e como sói acontecer, traça outros contornos à regra em comento, pois na relação de emprego o sujeito mais frágil é, sem

---

<sup>136</sup> Neste sentido, Alfredo J. RUPRECHT sustenta a aplicação do “princípio” *in dubio pro operario* nos casos em que “uma mesma norma, quando susceptível de diversas interpretações, deve ser aplicada a que mais beneficia o trabalhador”, pois “é mais uma demonstração das peculiaridades do Direito do Trabalho, pois no Comum, quando há dúvidas sobre o alcance de uma disposição, esta deve ser sempre interpretada a favor do credor, enquanto aqui é o contrário: a interpretação deve favorecer o credor que é o trabalhador”. *Os princípios ...*, p. 14 e 15.

<sup>137</sup> Já Américo Plá RODRIGUEZ precisa o significado da regra dizendo que “é o critério segundo o qual, no caso de que uma norma seja suscetível de entender-se de vários modos, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao trabalhador”. *Princípios ...*, p. 107.

<sup>138</sup> *Digesto de Justiniano*, D. 1.13.18, libro XXVIII digestorum, p. 47. A tradução proposta é a seguinte: “as leis devem ser interpretadas com mais benignidade para que a vontade delas seja conservada”.

<sup>139</sup> Orlando GOMES e Élson GOTTSCHALK sustentam que “aplica-se, ainda, ao Direito do Trabalho, na interpretação de certos contratos, a velha regra do favor debitorum, recuperada pelo direito contemporâneo, como se encontra no atual Código Civil italiano. “As cláusulas inseridas nas condições gerais do contrato ou em modelos ou formulários predispostos por um dos contraentes interpretam-se, em caso de dúvida, em favor do outro”. *Curso de direito ...*, p. 38.

<sup>140</sup> Interessante notar que, neste ramo do Direito discute-se se o princípio *in dubio pro reo* deve ser aplicado nos casos de dúvida em relação à interpretação da regra jurídica, quando no Direito do Trabalho o debate trava-se

dúvida séria alguma, o empregado, que normalmente se situa como autor e credor do empregador <sup>141</sup>. É certo que o empregador é credor de algumas prestações do empregado, mas esta é a exceção, não a regra geral, pois, quanto à obrigação principal decorrente da relação de emprego, que é a de contraprestar os serviços executados, observa-se que, na realidade, é o empregado que pode ser considerado o maior credor na relação jurídica de direito material.

A regra de aplicação do princípio protetivo *sub examen* assumiu elevada relevância nos primórdios do Direito do Trabalho, quando a incipiente intervenção estatal era muito branda e os efeitos da desigualdade de fato ainda se manifestavam de forma intensa. A confirmação do enunciado no Direito do Trabalho mereceu registro até mesmo de Orlando GOMES e Élson GOTTSCHALK <sup>142</sup>. Discute-se sobre a sua pertinência na atualidade. Haveria espaço para a aplicação da regra *in dubio pro operario* num Direito do Trabalho autônomo, interdependente e em desenvolvimento?

Bayon CHACÓN e Pérez BOTIJA afirmaram que, após a Segunda Guerra Mundial, o princípio *pro operario*, outrora considerado dogma quase insuperável, entrou em crise, pois “*se le considera impropio de una disciplina que ha superado ya su momento inicial, se afirma su incompatibilidad con la imparcialidad del verdadero juez de trabajo, se exige que exista un caso de verdadera duda sobre el alcance del precepto jurídico aplicable, se considera contrario a la igualdad que garantizan las Constituciones y hasta un autor, tan inclinado a la*

---

sobre a possibilidade de aplicação do *in dubio pro operario* em casos de dúvida na valoração da matéria probatória.

<sup>141</sup> Daí porque, segundo Francisco Rossal de ARAÚJO, “*a regra do in dubio pro operario significa que quando a norma comporta mais de um sentido, o intérprete deve optar por aquele que favorece ao trabalhador. Note-se que, no Direito do Trabalho, a regra é informada pelo princípio da proteção. Outras disciplinas possuem normas interpretativas semelhantes, como é o caso do Direito Penal, que possui a regra in dubio pro reo. Nesse caso, o princípio inspirador é diferente, pois presume-se a inocência de qualquer acusado até à prova em contrário, pois, geralmente, estará em desvantagem em relação ao Estado, que tem a pretensão punitiva. Trata-se de uma garantia do devido processo legal (due process of law). No Direito Privado, a aceção in dubio pro reo tem outro princípio informador. Em geral, o devedor é sempre o mais débil e necessitado, mas também o princípio da segurança jurídica incide neste ponto, pois o ordenamento jurídico estabelece uma séria de regras de direito probatório, no qual o autor da demanda é obrigado, em regra, a ter a iniciativa da prova, trazendo a comprovação dos fatos constitutivos de seu direito*”. A boa-fé no ... , p. 79-80.

<sup>142</sup> “*Dominando todos os métodos acima referidos, há o princípio geral, que dia a dia mais se solidifica, concretizado na regra de que, em caso de dúvida sobre o alcance de uma lei do trabalho, se deve adotar uma interpretação mais favorável aos trabalhadores. De modo geral, os autores reputam justa essa regra. Fundamentam-na em que o legislador, tendo manifestado de maneira clara sua decisão de intervir no interesse dos trabalhadores, o intérprete deve dar efeito a esta vontade (Durand, Barassi). Não raro os tribunais têm levado esse princípio ao extremo de aplicá-lo em matéria de fato, nos casos de dúvida, por uma decisão do dissídio em favor do trabalhador, sob o fundamento do "in dubio pro misero", em matéria de prova judicial*”. Curso de direito ... , p. 36.

*causa de los trabajadores como Mario de la Cueva, escribe palabras definitivas en contra suya*”<sup>143</sup>.

Para a doutrina tradicional, sempre haverá uma regra jurídica de Direito do Trabalho que comporte mais de uma interpretação e uma delas será mais proveitosa ao trabalhador, sendo justificada a sua acolhida pela própria natureza do princípio da proteção<sup>144</sup>. Basta imaginar o abandono da fórmula: qual sentido deveria ser acolhido pelo intérprete? O mais proveitoso ao empregador? Ou o que se situasse em posição intermediária?

### 2.1.2 REQUISITOS

Via de regra, a doutrina é uníssona ao estabelecer como requisitos indispensáveis de aplicação do brocardo latino *in dubio pro operario* a existência real de dúvida sobre o alcance de determinada regra jurídica (existência de fundadas razões para decidir entre soluções opostas) e a consonância da interpretação adotada com a “vontade do legislador” (a denominada *ratio legis*). Não há convergência, ao menos como há quanto à enumeração dos requisitos, no que diz respeito ao real conteúdo desses requisitos. Efetivamente, os autores divergem quanto ao que se entende por dúvida real sobre o alcance de uma regra e por consonância com a “vontade do legislador”.

No que diz respeito ao primeiro requisito mencionado, revela-se necessário, para sua configuração, que realmente exista dúvida quanto ao alcance da regra jurídica, ou seja, que esta possa ser interpretada de várias formas e que desperte dúvida na mente do intérprete. A dúvida deve ser autêntica e verdadeira, somente aplicável o desdobramento *in dubio pro*

---

<sup>143</sup> *Manual de derecho ...*, p. 243. No que diz respeito a Mario de la CUEVA, citado pelos juslaboralistas espanhóis, Luiz de Pinho Pedreira da SILVA<sup>143</sup> tratou de elucidar o equívoco por eles cometido: “*Portanto, se o eminente jurista (Cueva), apontado como opositor do princípio pro operário, alguma vez foi a ele realmente adverso, mudou radicalmente de opinião; porém, no seu “Derecho Mexicano del Trabajo” já considerava o princípio “exato”, por ser o Direito do Trabalho eminentemente protecionista, mas quando exista uma verdadeira dúvida acerca do valor de um cláusula de um contrato individual ou coletivo ou da lei, não devem ser aplicado pelas autoridades judiciais para criar novos institutos. São, porém, cautelas que ainda hoje os adeptos do princípio pro operario recomendam seja observadas na sua aplicação. Logo, não houve sequer reconsideração de ponto de vista por parte de De La Cueva*”. *Principiologia ...*, p. 46-47.

<sup>144</sup> Arremata Américo Plá RODRIGUEZ que “*o certo é que existe um campo específico de aplicação do critério interpretativo, diferente do que se refere à opção entre normas diversas, mas igualmente pertinentes. E dentro desse campo específico a projeção do princípio de proteção se efetiva nesta regra que, justamente, é a mais fácil de levar em conta e a que tem obtido uma aceitação mais antiga e generalizada. A circunstância de que poderia conduzir à mesma conclusão prática a aplicação de critérios interpretativos gerais não é motivo suficiente para abandonar esta regra, que tem sua própria justificação, à margem da frequência de sua utilização. Por outro lado, é fora de dúvida que há outras normas nas quais esta regra pode ser de grande transcendência prática*”. *Princípios ...*, p. 109.

*operario* quando efetivamente a norma puder ser interpretada de diversas maneiras <sup>145</sup>. Sua aplicação não deve ser empregada no intento de serem criados novos direitos em proveito da classe trabalhadora. Disso resulta que “*os juízes só podem aplicar esse princípio quando realmente ocorrem dúvidas sobre a correta interpretação, ou seja, que haja diversas interpretações, algumas mais e outras menos favoráveis aos trabalhadores. Nesse caso, devem inclinar-se por aquelas que favorecem realmente, mas nunca criar normas novas*” <sup>146</sup>.

Valendo-se da aplicação do princípio protetivo através da regra *in dubio pro operario*, o intérprete jamais poderá corrigir ou substituir o legislador, sendo certo afirmar ainda que o sentido a ser precisado deve estar em conformidade com o restante do ordenamento jurídico vigente <sup>147</sup>.

Por outro lado, no tocante à consonância com a vontade do legislador, há que se registrar, por primeiro, que não se discutirá a propriedade da parte final deste requisito. Isto é, não se examinará, aqui, se é o legislador, a norma ou o intérprete é quem possui vontade ou se não há vontade alguma <sup>148</sup>.

O certo é que o sentido interpretativo adotado pelo hermeneuta não deve contrariar o espírito, o valor, a essência da própria regra, para não se tornar sua inserção ou manutenção na ordem jurídica laboral completamente irrelevante.

MARIO L. DEVEALI <sup>149</sup>, por exemplo, defende, entre outros aspectos, que em muitas oportunidades a lei não visa apenas contemplar os interesses dos trabalhadores, mas também harmonizar os interesses destes e dos empregadores com os da coletividade, em perfeito equilíbrio e conforme o interesse social do trabalho <sup>150</sup>.

---

<sup>145</sup> Américo Plá RODRIGUEZ, *Princípios ...*, p. 111.

<sup>146</sup> Alfredo J. RUPRECHT, *Os princípios ...*, p. 17.

<sup>147</sup> Washington Luiz da TRINDADE registra, com acerto, que “*a regra, assim entendida, não pode dar lugar a criações judiciais, que importem em contrariar a vontade do legislador, se o ponto questionado não deixa margem à dúvida. Não existindo dúvida ou não havendo falta de norma, mesmo subsidiária, a regra do favor pro operario não deve ser aplicada, para que se assegure a plena eficácia da lei escrita e o Juiz não substitua o Legislador na função de criar valores novos*”. *Regras de aplicação ...*, p. 88.

<sup>148</sup> Luiz de Pinho Pedreira da SILVA registra, com muita propriedade e poder de síntese, que “*melhor seria dizer que se deve respeitar a vontade da lei, pois, de acordo com os cânones da moderna hermenêutica, a lei, uma vez promulgada, adquire vida própria, desprendendo-se da vontade do legislador, até porque as condições sociais, à época da sua aplicação, poderão diferir daquelas da época da sua edição*”. *Principiologia ...*, p. 50.

<sup>149</sup> *El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias*, p. 116

<sup>150</sup> Apud Alfredo J. RUPRECHT. *Ibid*, p. 19. Inspirado por DEVEALIL, RUPRECHT, afirma que: “*Sempre sustentamos que o Direito Trabalhista - e, por conseguinte, sua legislação - não é exclusivamente tuitivo dos trabalhadores, mas do trabalho em geral. É por isso que, juntamente com os direitos, estabelece também obrigações. Portanto, quando duas ou mais interpretações podem resultar de uma norma, esse princípio, antes de se inclinar por uma delas, deve tomar em consideração o espírito, a economia da lei, como diz Deveali, para que essa norma não ande na contramão da lei ou da convenção na qual está incluída*”.

Manuel Alonso GARCÍA <sup>151</sup>, por sua vez, sustenta que:

*“La función tutelar del juez en las relaciones jurídico-laborales, y en cuanto expresión del principio pro operario, no puede invadir el campo reservado al legislador. Su labor es meramente aplicativa. Y sólo, en esta labor de aplicación, el juez puede desarrollarla el contenido de dicho principio. Tal desarrollo, en el ámbito judicial, tiene, a nuestro juicio, una única posibilidad: la que nazca de la interpretación de la norma. Entre varias interpretaciones posibles - todas, por tanto, ajustadas a derecho - el juez puede seguir la más favorable al trabajador. En realidad, el principio pro operario se convierte, por este camino, en mera traducción, en el campo jurídico-laboral, de lo que es el principio pro reo en el Derecho Penal. El principio pro operario no es, pues, principio judicial, sino en cuanto - y sólo en cuanto - de la interpretación de la norma, llevada a cabo por el juez, quepa deducir varios sentidos posibles - todos lógicos y justos -, de los que alguno sea más favorable al trabajador que el otro o los otros. En lo demás - es decir, en su esencia misma -, el principio pro operario es, única y exclusivamente, un principio o manifestación legal. La doctrina se pronuncia hoy ya plenamente en este sentido. Todos coinciden en estimar que no es el juez el indicado para hacer del principio pro operario, un mecanismo de creación de normas. Incluso, aplicado por vía legal, se afirma que es principio en crisis, cuya época de máximo desarrollo correspondió a los momentos en los que el Derecho del Trabajo era disciplina en formación, pero cuya fuerza y sentido han decrecido notablemente en los tiempos, cuando ya el Derecho Laboral es rama jurídica con sus conceptos plenamente elaborados y con un conjunto normativo regulador de las distintas situaciones posibles dentro del mundo del Derecho”.*

Há que se registrar a existência de outros autores também preocupados com tal questão, como é o caso de Américo Plá RODRIGUEZ, para quem o desvirtuamento da regra *in dubio pro operario* pode ocorrer quando o intérprete cria artificialmente uma dúvida com o impuro intento de recriar o direito à sua semelhança, em completa subversão ao processo de hermenêutica jurídica.

O que se observa é o fenômeno de convergência dos dois requisitos estudados, pois não se pode considerar a dúvida autêntica sobre o sentido da lei e a intenção do legislador de forma apartada. Talvez esse processo de afluxo contribua para a distorção da aplicação da regra *in dubio pro operario*.

### 2.1.3 LIMITAÇÕES

Para Carlos MAXIMILIANO, não obstante as diversas objeções que sofrem os brocardos (inexistência de valor científico, forma geral enganatória, aplicação extensiva equivocada e facilidade de formulação para expressão de um pensamento), não se justifica o

---

<sup>151</sup> Curso de derecho del trabajo, p. 241-242.

repúdio aos adágios, mas a sua aplicação com discernimento, atenção e senso jurídico, notadamente no que diz respeito às regras protecionistas <sup>152</sup>.

Pacífica é a aplicação da regra *in dubio pro operario* se correta e integralmente cumpridos os dois requisitos mencionados. Mas casos há em que, em maior ou menor grau, a doutrina encontra-se dividida a respeito das limitações impostas à aplicação do princípio da proteção por meio desta diretriz.

Não se tratará da discussão sobre a aplicação da regra ao direito previdenciário, pois nenhuma relevância isso traria para o desenvolvimento da investigação, cabendo o registro de que, mesmo em se tratando de disciplinas interdependentes, ainda assim são autônomas; portanto contam com princípios próprios, não se podendo concluir, destarte, que a regra possa ser aplicada de forma igual nos dois ramos da ciência jurídica.

Outra questão controvertida, levantada por Américo Plá RODRIGUEZ <sup>153</sup>, consiste na dúvida sobre a forma de administração ou direção da empresa, que, segundo Cavazos FLORES, deve ser dirimida em proveito da adoção do sentido favorável ao empregador. De acordo com este autor “*os novos sistemas de administração científica do trabalho, e sua aplicação consciente nas empresas consideradas como unidades econômico-sociais, trazem como conseqüência que o princípio enunciado sófra a exceção, que vem a confirmá-lo, de que, quando a dúvida recaia sobre questões de caráter administrativo ou de direção, deve-se resolver em favor do patrão*”. Contudo, sem pretender ignorar ou afastar o direito de propriedade e o poder de direção - ambos ínsitos à figura do empregador - não há como concordar com tal posicionamento, vez que os princípios, ao contrário das regras, não comportam exceções, como já visto, além do que o princípio protetivo informa todo o Direito do Trabalho, sem que se possa excluir qualquer uma de suas áreas de atuação.

A terceira limitação que se traz ao debate refere-se à aplicação da regra *in dubio pro operario* às convenções e aos acordos coletivos. Luiz de Pinho Pedreira da SILVA <sup>154</sup> refere-se a TISSEMBAUM e a BARASSI como partidários da corrente segundo a qual o princípio

---

<sup>152</sup> Ao analisar o adágio *odiosa restringenda, favorabilia amplianda* (“restringa-se o odioso; amplie-se o favorável”) o autor assevera que “*A Hermenêutica moderna olha com desconfiança e desdém para a distinção, um tanto artificial, entre disposições que asseguram vantagens ou proteção, e as cominadoras de incapacidade ou decadência de direitos. Objetivamente considerada, nenhuma norma é favorável, nenhuma é odiosa; porque todas constituem afirmações de direitos, ou coletivos, ou individuais. Não é fácil atender ao contraste: a lei favorável quando há conflito entre dois interesses antagônicos; logo o que for odioso para uma das partes, será favorável à outra. Pode até a restrição ter o escopo de proteger, amparar, defender, como a que reduz a capacidade dos menores e interditos: embora envolva coerção desagradável, cerceamento de arbítrio pessoal, tem objetivo útil ao constrangido, favorece-o, de fato*”. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 240 e 247.

<sup>153</sup> *Princípios ...*, p. 117.

<sup>154</sup> *Principiologia ...*, p. 53.

protetivo não seria aplicável no âmbito daqueles instrumentos normativos. Não se pode partilhar com essa base, a exemplo de SILVA, e para tanto reportar-se-á ao tópico no qual foi enfrentada a questão referente à aplicação do princípio da proteção ao Direito Coletivo do Trabalho. Não se justifica a desconsideração da regra *in dubio pro operario* na interpretação das convenções e dos acordos coletivos, muito embora o princípio da proteção não se aplique, mesmo nesta vertente, com a mesma intensidade verificada no Direito Individual do Trabalho.

Enfim, deve-se registrar que certa parcela da doutrina enfatiza que a regra *in dubio pro operario* somente pode ser aplicada nos casos de interpretação de norma tipicamente trabalhista.

Trata-se, em verdade, de um excesso de zelo, pois se o princípio da proteção é próprio do Direito do Trabalho, obviamente suas formas de aplicação não poderão ser utilizadas na interpretação de regras de outros ramos da ciência (inclusive e principalmente a jurídica).

Em verdade, o maior problema dessa questão envolve o que se reputa por regra jurídica trabalhista <sup>155</sup>, e não se o enunciado *in dubio pro operario* aplica-se somente a este tipo de comando legal.

#### 2.1.4 APLICAÇÃO

Há que se ressaltar que, segundo os critérios tradicionais, a forma de aplicação *in dubio pro operario* não se caracteriza como uma opção do intérprete: havendo um sentido mais favorável ao trabalhador, este deve efetivamente ser abraçado, sem espaço para juízos de discricionariedade e conveniência. Portanto, o critério para aferição da interpretação mais proveitosa é exclusivamente objetivo, e assim não se sujeita ao arbítrio do hermeneuta.

E mais, se existirem dois ou mais sentidos favoráveis ao trabalhador, preferir-se-á necessariamente o que for mais proveitoso, não qualquer um dos mais favoráveis ao

---

<sup>155</sup> Hugo Gueiros Bernardes, por exemplo, entende que as leis de política salarial não podem ser consideradas como “normas” de Direito do Trabalho, mas de Direito Econômico, não se aplicando, então, o princípio da proteção: “O princípio *in dubio pro misero* confunde-se em boa medida com o fim social da norma (art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil). Diz respeito à interpretação da norma trabalhista de modo geral; não tem eficácia integrativa de lacunas, embora se possa dizer que serve para dar à norma trabalhista o curso necessário à realização de seu fim social. Sua validade é pacífica, mas a sua eficácia depende de que a norma seja realmente trabalhista: as leis de política salarial, por exemplo, sendo leis de Direito Econômico (intervenção do Estado na economia), atendem à razão de Estado mais que à razão de tutela do trabalhador. ... . O princípio não é tão geral quanto parece, porque o fim do Direito do Trabalho não é apenas a proteção do trabalhador, mas sobretudo a harmonia nas relações de trabalho mediante a correção das injustiças sociais. E assim deve ser interpretada a lei trabalhista, porque ela visa a construir a convivência de trabalhadores a bem do progresso econômico da nação”. *Direito de ...*, p. 108-109.

trabalhador que não o maior em extensão. Efetivamente, nem sempre uma mesma proposição jurídica contempla apenas duas interpretações distintas, muito embora esta seja a regra geral. Casos há nos quais três ou mais sentidos de interpretação podem se formar na mente do operador do Direito do Trabalho; porém, deverá ser eleito o mais vantajoso ao trabalhador.

Por outro lado, evidentemente que as características de cada relação de trabalho deverão ser sopesadas pelo hermenêuta. De nada adiantaria traçar um critério exclusivamente objetivo para determinar a aplicação da regra *in dubio pro operario* se há alguns trabalhadores amplamente qualificados e outros sem qualificação alguma. O certo é que, como se trata de interpretação de regra jurídica, a subjetividade determinada pela qualificação do trabalhador produzirá efeitos de intensidade reduzida se comparado ao que se vislumbra; por exemplo, nos princípios da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas e da primazia da realidade sobre a forma.

No dizer de Alfredo J. RUPRECHT<sup>156</sup> “há sempre dúvidas em alguma norma sobre o alcance ou conteúdo e sempre haverá uma espécie de *capitis diminutio por parte dos trabalhadores - qualquer que seja seu grau - , razão pela qual a aplicação desse princípio deve vigir [sic], é claro, com as limitações e alcances que se tenham assinalados*”. De tal sorte, reputa-se como pouca, quase nenhuma, a relevância da condição pessoal e da qualificação profissional para a aplicação da regra *in dubio pro operario*.

Na seqüência da exposição e com base em outro prólogo latino - *odiosa restringenda, favorabilia amplianda*<sup>157</sup> - , observa-se que a regra *in dubio pro operario* pode ser aplicada tanto para estender um benefício como para diminuir um prejuízo<sup>158</sup>. A referência é o patrimônio jurídico, social e econômico do trabalhador, que será majorado ou minorado de forma restrita conforme o sentido mais favorável.

Outrossim, a moderação deve ser a tônica do hermenêuta ao ministrar a regra *in dubio pro operario*. É bem verdade que a aplicação do princípio da proteção por meio dessa regra pode ser restringida e, até mesmo, preterida pelos aplicadores do Direito do Trabalho. Basta verificar a seguinte questão: havendo dúvida sobre qual dos sentidos deve ser atribuído a uma determinada regra jurídica, é recomendável para aqueles que foram investidos do poder de aplicar o direito ao caso concreto demonstrarem dúvida e, portanto, certa hesitação aos jurisdicionados?

---

<sup>156</sup> *Os princípios ...* , p. 20.

<sup>157</sup> Restrinja-se o odioso, amplie-se o favorável.

<sup>158</sup> Américo Plá RODRIGUEZ, *Princípios ...* , p. 119.

A resposta é dada por Américo Plá RODRIGUEZ <sup>159</sup> com base nos seguintes argumentos: a) não se desprestigia a justiça quando o julgador expõe sinceramente os motivos pelos quais tomou determinada decisão; b) esta sinceridade expõe, em realidade, a existência de argumentos num sentido e noutro, de força similar ou equivalente, autorizando a aplicação da regra; c) o desprestígio da justiça ocorrerá quando houver um questionamento incompleto e, conseqüentemente, insincero, das autênticas motivações que levaram o julgador a decidir de uma forma ou de outra. Além desses argumentos, acredita-se ainda que se as regras jurídicas em geral não comportassem mais de uma interpretação, razão alguma justificaria a existência de órgãos julgadores destinados exclusivamente à apreciação da matéria de direito <sup>160</sup>.

A prudência deverá nortear o intérprete de Direito do Trabalho, principalmente o julgador, na aplicação do princípio da proteção através do adágio *in dubio pro operario*. À semelhança do que se diz sobre aquele princípio - de que deve ser encontrado o ponto de equilíbrio para que não se prejudique nem os trabalhadores, nem os empregadores - também esta regra deve ser aplicada de forma comedida e harmônica, para não se vislumbrar falha interpretativa alguma no reconhecimento da dúvida e no seu saneamento com base no princípio protetivo.

Ou seja, não havendo regra jurídica a ser interpretada, havendo duas ou mais, ou, ainda, havendo apenas uma regra não mais em vigor, não se aplica o princípio da proteção através do *in dubio pro operario*. Na primeira hipótese, em realidade, estar-se-ia criando o direito; na segunda, invadindo o espaço das demais formas de aplicação do princípio protetivo (norma mais favorável e condição mais benéfica) e na terceira estar-se-ia reincorporando regra derogada ao ordenamento jurídico vigente. Também se a regra comportar apenas um sentido, ainda que de forma precária, não pode o hermeneuta complementá-lo ou criar outro sentido, devendo restringir-se à interpretação restritiva daquele senso.

## 2.2 A REGRA DA NORMA MAIS FAVORÁVEL

### 2.2.1 SIGNIFICAÇÃO

---

<sup>159</sup> *Princípios ...*, p. 109-110.

<sup>160</sup> Analisando a questão, Alfredo J. RUPRECHT tece as seguintes considerações: a) somente deve existir uma norma no contexto interpretativo; b) esta norma pode ser interpretada de diversas maneiras; c) a forma de aplicação não cabe quando não houver norma alguma; d) a regra *in dubio pro operario* não pode ser aplicada

Um dos traços que distingue o Direito do Trabalho das demais disciplinas jurídicas consiste na vastidão de suas fontes. Efetivamente, a particularidade do Direito do Trabalho é confirmada pela existência de diversas fontes produzidas pelas mais variadas entidades (estatal - pelos Poderes Legislativo e Judiciário - , sindical e particular) <sup>161</sup>. Algumas dessas fontes são peculiares ao Direito do Trabalho, ou seja, não encontram paralelo nos outros ramos do Direito, como é o caso das “sentenças normativas”.

Mas não é apenas a existência de fontes próprias e a fartura do manancial abastecedor do Direito do Trabalho que lhe confere a singularidade defendida ao longo de sua história. Também o critério de solução das antinomias é próprio desta ciência, havendo até quem defenda que nele não prevalece a pirâmide hierárquica preconizada por KELSEN, na qual a regra jurídica de menor grau retira fundamento da regra de grau superior, colocando-se no ápice a Constituição (a norma pressuposto ou fundamental) <sup>162</sup>.

Em face de seu conteúdo tutelar, o Direito do Trabalho parte da premissa de que na antinomia - assim entendida como a incompatibilidade de regras jurídicas pertencentes à mesma ordem - deve prevalecer a regra jurídica mais proveitosa ao trabalhador hipossuficiente, ainda que ela não se encontre em nível hierárquico igual ou superior ao ocupado pela outra regra que não tenha o mesmo conteúdo favorável <sup>163</sup>. A clássica hierarquia do ordenamento jurídico do Direito Comum - a verticalidade fundamentadora - cede espaço a uma estrutura normativa na qual prepondera a regra mais favorável ao trabalhador <sup>164</sup>;

---

para completar uma disposição existente; e) não comporta a atribuição de outro sentido a uma norma; e f) é de aplicação restritiva. “Os princípios ...”, p. 18.

<sup>161</sup> Ao abordar o fundamento do “princípio” da norma mais favorável apresentado pela doutrina, Amauri Mascaro NASCIMENTO leciona que ele “*resulta do pluralismo do direito do trabalho que é constituído de normas estatais e dos grupos sociais, da finalidade do direito do trabalho que é a disciplina das relações de trabalho, segundo um princípio de melhoria das condições sociais do trabalhador com características marcadamente protecionistas como expressão de justiça social e da razoabilidade que deve presidir a atuação do intérprete perante o problema social*”. Curso de ... , p. 165.

<sup>162</sup> Sobre a imprestabilidade da teoria kelseniana ao Direito do Trabalho, veja-se o interessante artigo intitulado *Hierarquia das normas - Prevalência da Constituição e o princípio da norma mais favorável no Direito do Trabalho*, de autoria de Francisco LIMA FILHO, p. 131-139.

<sup>163</sup> Joaquim Augusto Domingos DAMAS relaciona o protecionismo do Direito do Trabalho à aplicação da norma mais favorável da seguinte forma: “*do desenvolvimento histórico das normas de protecção pode extrair-se o princípio do tratamento mais favorável, que pode, em síntese, considerar-se um princípio específico de interpretação das normas legais do direito do trabalho, munindo o intérprete da presunção de que a norma a interpretar admite em regra a atribuição de maiores vantagens ao trabalhador, quer por outras fontes inferiores, quer por estipulação individual*”. O princípio da igualdade ... , p. 113.

<sup>164</sup> Note-se que o princípio protetivo aplicar-se-á através da adoção da norma mais favorável em situações excepcionais, pois a regra geral é de que não coexistam dois ou mais diplomas aplicáveis à mesma situação jurídica: “*es voluntad del legislador que la relación laboral se rija por normas de distinta naturaleza, por lo que el concurso de estas normas es el supuesto normal y no excepcional en la ordenación de aquélla. Este concurso normativo exige una articulación que se concreta en otras normas, normas de conflicto, pues también indican la que es aplicable cuando el concurso implica una colisión opositiva*) entre las normas laborales (Villar

portanto, não se aplicando no Direito do Trabalho o ditado latino *lex superior derogat inferiori*. Por tais razões é que Maurício Godinho DELGADO <sup>165</sup> consigna, ao estudar as fontes de Direito do Trabalho, que “*na medida em que a matriz teleológica do Direito do Trabalho aponta na direção de dar solução às relações empregatícias segundo um sentido social de restaurar, hipoteticamente um equilíbrio não verificável, no plano da relação material concreta, objetivando, ainda, melhoria das condições sociais do trabalhador, prevalecerá, tendencialmente, no prisma hierárquico, aquela norma que melhor expresse e responda a esse objetivo teleológico orgânico e constitutivo*” .

Para muitos, como TISSEMBAUM e Mario de la CUEVA <sup>166</sup>, trata-se do “princípio” de maior relevância no Direito do Trabalho <sup>167</sup>, muito embora entendamos que a regra da norma mais favorável é uma das formas de aplicação do princípio da proteção <sup>168</sup>, a mais importante, sem sombra de dúvida. Aliás, são do autor mexicano as seguintes palavras:

*“La ley no priva sobre las restantes fuentes formales del derecho del trabajo sino en tanto cuanto impide la formación de un derecho autónomo que reduzca los beneficios que la propia ley otorga a los trabajadores, mas nada impide y, al contrario, el derecho autónomo tiene como misión mejorar, hasta donde los derechos de la clase patronal lo permitan, los beneficios consignado en la ley”* <sup>169</sup>.

Deve-se notar que, tradicionalmente, o conteúdo protecionista do Direito do Trabalho vem assegurando o mínimo aos trabalhadores por meio do intervencionismo estatal, nada obstando - muito pelo contrário - que outras fontes produzidas pelo próprio Estado ou não lhes sejam mais favoráveis <sup>170</sup>. Assim é que, observadas as condições sócioeconômicas, os

---

*Palasí), es decir, cuando dos normas laborales, por su rango jerárquico y por su contenido, se excluyen mutuamente”*. FERNÁNDEZ, Manuel García. *Manual de derecho del trabajo*, p. 331.

<sup>165</sup> *Fontes do Direito do Trabalho*. In: BARROS, Alice Monteiro de (coordenadora). *Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá*, p. 109-110.

<sup>166</sup> Referidos por Alfredo J. RUPRECHT, *Os princípios ...*, p. 21.

<sup>167</sup> Vale-se, aqui, dos ensinamentos de Santiago Pérez del CASTILHO para ilustrar a relevância da forma de aplicação em comento como meio de efetivação do princípio da proteção: “*as regras em que se expressa (o princípio de tratamento mais favorável) manifestam que o novo direito tem a finalidade de proteger um sujeito fraco e que há uma tendência sempre crescente para a tutela. Pôr em prática essa finalidade, mesmo hoje quando se verificam fins complementares, e tornar possível essa tendência significa que o direito do trabalho há de preferir o mais favorável para o trabalhador. Portanto, na aplicação de normas, entre várias concorrentes a escolher, dever-se-ia preferir a melhor para seus interesses*”. *Hierarquia das fontes no Direito do Trabalho*. In: RODRIGUEZ, Américo Plá (coordenador). *Estudios sobre as fontes do direito do trabalho*, p. 39.

<sup>168</sup> Ao contrário de Miguel Hernainz MARQUEZ, que entende não haver distinção entre o princípio *pro operario* e o princípio da aplicação da norma mais favorável. *Manual de ...*, p. 96.

<sup>169</sup> *Derecho Mexicano ...*, p. 365.

<sup>170</sup> Com a precisão de sempre, Mario de la CUEVA atesta que “*la ley no priva sobre las restantes fuentes formales del derecho del trabajo sino en tanto cuanto impide la formación de un derecho autónomo que reduzca los*

sujeitos da relação de emprego podem aumentar o valor do adicional de horas extras previsto na CLT e na CF além do pactuado pelos respectivos sindicatos representativos na convenção coletiva de trabalho <sup>171</sup>.

No Direito em geral, Alfredo J. RUPRECHT defende a obediência à ordem hierárquica legislativa, mas não ao Direito do Trabalho em particular, pois cada “norma” outorga ou assinala um benefício mínimo, quase nunca máximo: “*esse mínimo não representa o Direito aplicável, a não ser que surja de muitas outras normas: contrato individual de trabalho, convenções coletivas, costumes, etc. e, se estes concedem benefícios superiores, então se produz a derrogação, ou melhor, a inaplicabilidade da outra disposição. Convém não esquecer que a ordem pública laboral considera as normas laborais como mínimas e que podem ser modificadas em benefício do trabalho, jamais porém in pejus*” <sup>172</sup>.

DEVEALI <sup>173</sup> sustenta que quase sempre a inderrogabilidade das normas legais tem caráter relativo, e esta é uma das notas características do Direito do Trabalho. Ou seja, admite-se a possibilidade de “derrogação” por dispositivos de menor hierarquia, quando estes se tornam mais benéficos para os sujeitos protegidos (os trabalhadores) e não são repelidos pela proibição das raras normas de ordem pública. Quer significar, então, a regra de aplicação da norma mais favorável que, por força do princípio da proteção, no conflito entre duas ou mais regras jurídicas de Direito do Trabalho vigentes e aplicáveis à mesma relação individual ou coletiva de trabalho, o intérprete deve preferir aquela mais vantajosa ao trabalhador hipossuficiente, ainda que não corresponda aos critérios formais e tradicionais de solução das antinomias <sup>174</sup>.

Ou seja, no sentido próprio da regra de aplicação da norma mais favorável, o princípio protetivo impõe ao intérprete que se determine pela aplicação da norma mais favorável ao

---

*beneficios que la propia ley otorga a los trabajadores, mas nada impide y, al contrario, el derecho autónomo tiene como misión mejorar, hasta donde los derechos de la clase patronal lo permitan, los beneficios consignados en la ley”. Derecho Mexicano ... , p. 365.*

<sup>171</sup> Evaristo de MORAES FILHO e Antônio Carlos Flores de MORAES lecionam, a respeito, que “*constitui matéria pacífica na doutrina que esta hierarquia não representa nenhum tabu inarredável, eis que a fonte superior pode ser superada pela inferior, desde que mais benéfica ao trabalhador. Assim, a convenção coletiva pode conferir melhores condições de trabalho em relação à lei e à sentença normativa; a mesma coisa acontecendo a qualquer delas, inclusive ao regulamento de empresa, que pode ser a mais benéfica. Ainda recentemente destacava Walter Bigler este caráter da legislação do trabalho, plástica, breve, fixando o mínimo de tutela que o Estado quer ver garantido ao trabalhador e sua família*”. *Introdução ao direito do trabalho*, p. 151-152.

<sup>172</sup> *Os princípios ...* , p. 23.

<sup>173</sup> *El derecho del trabajo ...* , p. 138-139.

<sup>174</sup> Santiago Pérez del CASTILHO reputa que a regra de aplicação da norma mais favorável “*consiste em decidir pela aplicação do instituto que ofereça, entre várias normas simultaneamente vigentes, melhores condições para os trabalhadores*”. *Hierarquia das fontes ...* , p. 37.

trabalhador dentre todas aquelas que possam ser aplicadas. Esta é a noção apreendida do magistério de Amauri Mascaro NASCIMENTO <sup>175</sup>, que, inclusive, fundamenta a aplicação da norma mais favorável no artigo 7º, *caput*, da Constituição Federal:

*“Havendo duas ou mais normas jurídicas trabalhistas sobre a mesma matéria, será hierarquicamente superior, e portanto aplicável ao caso concreto, a que oferecer maiores vantagens ao trabalhador, dando-lhe condições mais favoráveis, salvo nos casos de leis proibitivas do Estado. Ao contrário do direito comum, em nosso direito, a pirâmide que entre as normas se forma terá como vértice não a Constituição Federal ou a lei federal ou as convenções coletivas de trabalho de modo imutável. O vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma vantajosa ao trabalhador, dentre as diferentes em vigor”.*

José Affonso DALLEGRAVE NETO <sup>176</sup> também defende a fundamentação constitucional ao afirmar que *“a regra da aplicação da norma mais benéfica ao empregado constitui o princípio maior, assegurado no caput do seu art. 7º, que deve nortear, como regra geral, os casos de incidência cumulativa de normas trabalhistas”* e que *“a fim de não incorrer em inconstitucionalidade, mediata ou imediata, devem-se considerar as normas trabalhistas como garantias mínimas, ou seja, direitos sociais, que integram o gênero direitos e garantias fundamentais”*. Portanto, não se deve tachar o Direito do Trabalho de “subversivo”, pois seu intérprete não pretende romper a ordem jurídica estabelecida, mas sim respeitá-la da forma mais nobre possível, em conformidade com o princípio da proteção e segundo a própria Constituição Federal.

Conclui-se, também, que não se trata de mera faculdade do hermeneuta, mas de imposição, à semelhança do verificado quanto à regra *in dubio pro operario*. Contudo, ao contrário do ditado latino, a origem e o fundamento da regra de aplicação da norma mais favorável não são encontrados nos demais ramos da ciência jurídica. Trata-se, portanto, de uma particularidade do Direito do Trabalho que, muitas vezes confundida com o próprio princípio da proteção e com uma de suas formas de aplicação (o *in dubio pro operario*), nem sempre tem sido aplicada de forma escorreita <sup>177</sup>. Estas duas formas de aplicação do princípio

---

<sup>175</sup> Curso de ... , p. 164-165.

<sup>176</sup> Alcance e limites do princípio constitucional da norma mais benéfica ao empregado (reflexões a partir de alguns casos controvertidos). In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso (coordenador). *Direito do trabalho: estudos ...*, p. 36.

<sup>177</sup> Hector-Hugo BARBAGELATA, por exemplo, consigna que *“de acordo com seu próprio enunciado, a regra da norma e das condições mais favoráveis apresenta dois aspectos. Por um lado, procura estabelecer a lei mais vantajosa para o trabalhador. Por outro lado, é preciso conferir à lei escolhida a interpretação ou o alcance mais favoráveis. Esse segundo aspecto é, comumente, conhecido sob a forma do adágio in dubio pro operario”*. *O direito ...*, p. 78.

da proteção assemelham-se quanto ao fato de o intérprete ter de realizar uma opção, mas diferem quanto ao número de regras jurídicas apreciadas <sup>178</sup>. Segundo o brocardo latino, examina-se uma mesma regra jurídica para se apurar qual dos diversos sentidos é o mais proveitoso ao trabalhador hipossuficiente, ao passo que, nos termos da regra de aplicação própria do Direito do Trabalho, são analisadas duas ou mais regras jurídicas, a fim de se precisar qual delas é a mais fecunda.

Há - e sempre haverá - quem fale em crise da forma de aplicação do princípio protetivo ora examinada. Talvez motivados pelo dogma da segurança jurídica ou animados pela precarização do trabalho humano e conseqüente incremento do lucro, os defensores da abolição da regra de aplicação da norma mais favorável esquecem-se de que as antinomias são inevitáveis no Direito do Trabalho. Poucos não são os casos em que uma mesma situação é regrada pelo contrato individual de trabalho, pelo regulamento da empresa, pelo acordo coletivo de trabalho, pela convenção coletiva de trabalho, pela legislação infraconstitucional e pela Constituição Federal. Aliás, é a mesma Constituição que, de um lado, admite a negociação coletiva *in pejus* no artigo 7º, incisos VI, XIII e XIV, e, de outro, garante diversos direitos sociais aos trabalhadores, além de “*outros que visem à melhoria de sua condição social*”. Defender a inaplicabilidade da norma mais favorável, sem sequer mencionar outros critérios de solução das antinomias de Direito do Trabalho, é, no mínimo, um ato de má-fé <sup>179</sup>. Se o repúdio à aplicação do princípio da proteção através da regra em comento deve-se aos equívocos tão comumente cometidos na determinação da norma mais favorável, mais se confirma a necessidade de precisar seu conteúdo e sua extensão. Sim, não é fácil a tarefa de precisar se duas regras jurídicas encontram-se em contradição, qual delas deve prevalecer, qual o critério a ser empregado, se há desconsideração total de uma ou de outra, etc. A jurisprudência vem vacilando na execução da regra da aplicação da norma mais favorável,

---

<sup>178</sup> Autores há, como Alonso GARCIA, apud Alfredo J. RUPRECHT, *Os princípios ...*, p. 22-23, que mencionam o sentido impróprio como sendo o “*que nasce não da existência de várias normas aplicáveis a uma única relação, mas da realidade de uma só norma para uma determinada relação, mas na qual se verificam muitos sentidos*”. Pelo que já exposto, não se concorda com o referido autor.

<sup>179</sup> Revela-se completamente pertinente o repúdio apresentado por Luiz de Pinho Pedreira da SILVA a respeito: “*É certo que assim foi duramente golpeado o princípio da norma mais favorável, ficando reduzido o seu alcance quanto a institutos fundamentais do Direito do Trabalho, como o salário. Por força dessas exceções que foram introduzidas, não pereceu o princípio, pois continua válido para muitos outros institutos do mesmo gênero previstos em normas constitucionais e ordinários, como, só para citar alguns, salário mínimo, fundo de garantia, décimo terceiro salário, repouso remunerado, férias, licença a gestante e equiparação salarial, cuja regulamentação é insuscetível de desmelhoramento, mesmo através de convenção ou acordo coletivo, e passível de ampliação in melius para os empregados, até por normas hierarquicamente inferiores às que os disciplinam, pois têm estas o caráter de mínimas, comportando a elevação do nível de proteção ao trabalhador que nelas se estabelece*”. *Princiologia ...*, p. 95.

mas isso não se deve a eventuais falhas do princípio da proteção, mas sim a defeitos no processo interpretativo.

Outra ressalva cuja abordagem revela-se pertinente diz respeito aos efeitos da aplicação da regra da norma mais favorável, pois a adoção de determinada regra jurídica mais proveitosa ao trabalhador não significa que a preterida seja derogada, ao menos na acepção jurídica do termo. Por tal motivo é que CASTILHO<sup>180</sup> defende que “*não há ruptura da hierarquia, mas um fenômeno de ofuscamento da norma posta de lado, o que não implica uma quebra na ordem de prevalências*”, pois a regra que assegura condições mais favoráveis ao trabalhador não viola aquela de categoria superior, justamente porque está respeitando os mínimos nela estabelecidos.

O comando da regra jurídica será suplementado, o que significa dizer que a regra jurídica desprezada continuará vigendo e surtindo efeitos, notadamente naqueles casos em que não há confronto normativo ou, se existir, seja a mais profícua ao trabalhador. Contudo, no confronto original, a regra jurídica menos favorável não surte efeitos na relação jurídica de direito material na sua forma original, somente na complementada. E nenhuma fratura este procedimento representa no ordenamento jurídico, em função do fato de uma regra jurídica de menor hierarquia superar outra de maior escalão. Por exemplo, se o fundamento dos acordos e das convenções coletivas de trabalho consiste justamente no maior conhecimento das condições profissional e econômica por parte das entidades sindicais, se a Constituição Federal reconhece a autonomia sindical e o princípio da autonomia privada coletiva, por certo que absurdo algum há no fato de um instrumento normativo afastar a incidência de regras constitucionais e infraconstitucionais.

## 2.2.2 REQUISITOS

Luiz de Pinho Pedreira da SILVA<sup>181</sup> é um dos poucos autores que tratam de examinar os requisitos de aplicação da regra da norma mais favorável, condicionando a sua aplicação à conjugação dos seguintes pressupostos: a) a pluralidade de normas jurídicas; b) a validade das normas em confronto, que não devem padecer de vícios de inconstitucionalidade ou ilegalidade; c) a aplicabilidade das normas concorrentes ao caso concreto; d) a colisão entre aquelas normas; e) a maior favorabilidade, para o trabalhador, de uma das normas em cotejo.

---

<sup>180</sup> *Hierarquia das fontes ...*, p. 38.

Tentar-se-á explicitar o que significa cada um desses requisitos, muito embora o autor baiano não tenha trilhado tal caminho.

Efetivamente, impõe-se a existência da multiplicidade de regras jurídicas, pois, se apenas uma regra for passível de aplicação, embora com vários sentidos de interpretação, a hipótese será, como visto anteriormente, de recurso à regra *in dubio pro operario*.

Por óbvio, não basta que as regras jurídicas versem sobre a mesma matéria. Impõe-se, outrossim, que se encontrem em vigência no ordenamento jurídico laboral, ou seja, não tenham sido derogadas por outras regras de igual ou maior nível hierárquico, bem como não colidam com a ordem constitucional. Tal pressuposto, como se verá na seqüência, é de elevada importância para a diferenciação das regras de aplicação do princípio protetivo pela norma mais favorável e pela condição mais benéfica. É certo, também, que os comandos das regras jurídicas confrontantes sejam aplicáveis à mesma relação de trabalho. Ou seja, duas ou mais regras jurídicas devem incidir sobre determinado caso concreto, uma vez que, se versarem sobre condutas diferentes, logicamente não se poderá falar em norma mais favorável, mas da única aplicável a uma situação de fato.

O quarto pressuposto referido diz respeito ao concurso desarmônico de regras jurídicas. Se ambas as regras são aplicáveis ao mesmo caso concreto e prevêm idêntico tratamento, não há espaço para a atuação do princípio da proteção pela regra da norma mais favorável. É bem verdade que o intérprete deverá optar por uma das regras jurídicas, mas não o fará através da aplicação da norma mais favorável e sim, da que ocupar o grau mais elevado no escalonamento hierárquico.

Enfim, o quinto e derradeiro pressuposto significa que, dentre as regras jurídicas em confronto, deverá ser adotada a aplicação daquele que for mais favorável ao trabalhador. Havendo, por exemplo, três regras jurídicas aplicáveis ao mesmo caso concreto e, podendo-se aferir que duas são favoráveis ao trabalhador, deverá o hermeneuta seguir a que for mais proveitosa, não podendo emitir juízo de discricionariedade algum.

Como se pode perceber, o conteúdo dos requisitos de incidência da regra da norma mais favorável confunde-se com a própria aplicação desta no Direito do Trabalho, pelo que o estudo da matéria resta diferido para a seqüência da investigação.

### 2.2.3 LIMITAÇÕES

Interessante notar que, se por um lado os estudiosos da principiologia inspiradora do Direito do Trabalho não se referem adequada e expressamente aos requisitos de sua aplicação, por outro é certo que a atenção conferida às limitações de atuação do princípio protetivo neste particular é intensa. Luiz de Pinho Pedreira da SILVA<sup>182</sup> adota a lição de Camps RUIZ e afirma que podem ser de três ordens os limites do princípio da norma mais favorável: a) instrumental, quando se verifica entre quais regras jurídicas o princípio atua; b) material, quando deve ser analisado o conteúdo das regras conflitantes e; c) aplicativo, quando se apura qual o método de comparação a ser empregado.

Segundo o autor, não há limites instrumentais quanto à posição hierárquica das regras jurídicas no ordenamento jurídico trabalhista brasileiro, pois mesmo aquelas produzidas pelo Estado podem ser preteridas em favor de regras mais proveitosas emanadas dos sujeitos da relação de emprego e dos seus entes sindicais representativos. Efetivamente, o Direito do Trabalho pátrio não contém regras estatais que excluam as demais; ao contrário, o artigo 7º da Constituição Federal não contempla restrição dessa natureza e ressalva a possibilidade de incrementação dos direitos sociais.

Todavia, em se tratando de confronto entre regras gerais e especiais, o autor defende que estas devem prevalecer, mesmo que aquelas sejam mais favoráveis ao trabalhador, em função da especificidade das condições de trabalho a que procura atender o diploma profissional<sup>183</sup>. E não haverá maiores embates doutrinários, neste particular.

De outra banda, o mais importante limite material consiste na ordem pública e é de extrema relevância para a seqüência da investigação<sup>184</sup>. Assim, as regras de ordem pública relativa, que têm por finalidade a proteção do trabalhador, podem ser derogadas em seu favor, mas não em seu prejuízo, ao passo que as regras de ordem pública absoluta, que têm como intento preservar os interesses maiores da sociedade<sup>185</sup>, não podem ser derogadas, quer sejam elas proveitosas, quer não aos trabalhadores. Exemplo desse tipo de regra pode ser encontrado no artigo 623 da CLT, que reputa nula de pleno direito qualquer disposição de

---

<sup>182</sup> *Principiologia ...*, p. 72-82

<sup>183</sup> Aliás, este é o entendimento de Alfredo J. RUPRECHT. *Os princípios ...*, p. 23-24.

<sup>184</sup> Os demais limites materiais propostos pelo autor são: de inexistência de prejuízo a terceiro, de inexistência de conflito de regras de competência, de proibição de derrogação da regra jurídica superior e de vedação de prejuízo de uma categoria profissional em benefício de outra.

<sup>185</sup> *Verbi gratia*, as regras econômicas.

acordo ou convenção coletiva de trabalho que contrarie proibição ou norma disciplinadora da política econômico-financeira do Governo ou relativa à política salarial vigente. A doutrina debate-se quanto à necessidade de identificação da regra de ordem pública absoluta: de um lado, SILVA propugna a desnecessidade de tal condição constar do texto legal, sendo presumível de seu conteúdo; de outro, Plá RODRIGUEZ <sup>186</sup> atesta que se tratam de leis proibitivas e, portanto, normas excepcionais que se diferenciam das comuns do Direito do Trabalho, pelo que devem estabelecer, de forma expressa, seu caráter de ordem pública.

Enfim, no que concerne aos limites aplicativos, SILVA <sup>187</sup>, a exemplo do restante da doutrina <sup>188</sup>, socorre-se das lições de Paul DURAND para expor os cinco “princípios diretores” para determinação da norma mais favorável: a) a comparação deve ser feita pela aproximação do teor das duas regras e do desprezo dos efeitos longínquos (inclusive econômicos) que elas podem causar; b) deve o intérprete decidir-se pela aplicação da regra que não sacrifique o interesse da coletividade operária interessada, em prol do interesse do trabalhador singularmente considerado <sup>189</sup>; c) para a determinação da regra mais favorável, deve-se resolver o conflito com base em critérios objetivos, desconsiderando-se a apreciação subjetiva dos interessados e observando-se os motivos determinadores da edição da regra jurídica hierarquicamente superior; d) o confronto das regras deve ser feito de maneira concreta, verificando-se se a inferior é, na espécie, mais ou menos favorável aos trabalhadores; e) por constituir exceção ao princípio da intangibilidade da regra imperativa hierarquicamente mais elevada, a possibilidade de melhorar a condição dos trabalhadores leva o intérprete a reputar ilícita uma disposição se houver dúvida de que seja mais favorável aos interesses dos trabalhadores.

Por seu turno, Francisco Meton Marques de LIMA <sup>190</sup> examina os limites ao princípio da proteção na variante da norma mais favorável de forma esparsa. Defende que as regras de caráter proibitivo - como as que limitam o salário mínimo e tratam de aumentos salariais - somente podem ser derogadas por outras de grau hierárquico superior. Considera ainda que as antinomias devem ser solucionadas de acordo com a hierarquia dos interesses envolvidos: o social, referente a toda a sociedade, prevalece sobre o coletivo, relativo à categoria

---

<sup>186</sup> *Princípios ...*, p. 126.

<sup>187</sup> *Principiologia ...*, p. 74-77.

<sup>188</sup> V. Amauri Mascaro NASCIMENTO, *Curso de ...*, p. 176-177, Alfredo J. RUPRECHT, *Os princípios ...*, p. 22, Américo Plá RODRIGUEZ, *Ibid*, p. 127-128.

<sup>189</sup> No direito positivo, tem-se o artigo 8º da CLT, que determina a prevalência do interesse público sobre os de classe ou particular.

<sup>190</sup> *Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência*, p. 75.

profissional, e ambos os interesses, sobre o individual, do trabalhador singularmente considerado. Também Hugo Gueiros BERNARDES <sup>191</sup> lembra das dificuldades entre a conciliação dos interesses individual, coletivo e social e da solução preconizada pelo artigo 8º da CLT no sentido da prevalência deste último sobre os dois primeiros.

Amauri Mascaro NASCIMENTO <sup>192</sup>, acompanhado de Américo Plá RODRIGUEZ <sup>193</sup>, defende que, além das derrogações de lei proibitiva do Estado, como as salariais de indexação, outra exceção impõe-se à aplicação da norma mais favorável, desta feita, decorrente de negociação coletiva para o atendimento de situações emergenciais, notadamente as hipóteses previstas nos incisos VI e XIII, do artigo 7º, da Constituição Federal, que tratam da flexibilização. Ainda segundo o autor brasileiro, adotar o critério de que deve ser considerado o que é melhor para cada trabalhador individualmente considerado pode esbarrar na casuística que invalidaria a autoridade de determinadas regras legais.

Em caráter incidental, Maurício Godinho DELGADO <sup>194</sup> argumenta que no processo de eleição da norma mais favorável o hermeneuta deverá submeter-se a condutas objetivas e ter em conta, primeiramente, não o trabalhador específico como objeto de incidência da norma em um certo caso concreto, mas o trabalhador enquanto ser componente de um universo mais amplo e, num segundo momento, não permitir que a regra da norma mais favorável comprometa o caráter sistemático e, conseqüentemente, científico, da ordem jurídica.

A regra da aplicação da norma mais favorável encontra, no entanto, algumas limitações legais como, por exemplo, as estampadas nos artigos 8º e 623 da CLT. Assim é que o legislador decidiu por estabelecer a primazia do interesse público sobre os interesses particulares e coletivos. É bem verdade que o artigo 8º consolidado trata de hipóteses nas quais não há regramento legal, convencional ou contratual, o que significa que, se aplicado a ferro e fogo o comando do dispositivo em comento, a restrição não alcançaria as antinomias daquela natureza, mas apenas aquelas que envolvessem questões de jurisprudência, analogia, equidade, princípios e normas gerais de Direito e de Processo e direito comparado. Contudo, a tendência é de considerar que também nos conflitos entre Constituição Federal, leis, acordos e convenção coletiva de trabalho assim como contrato individual de emprego deve ser privilegiado o interesse público.

---

<sup>191</sup> *Direito de ...*, p. 109.

<sup>192</sup> *Curso de ...*, p. 165 e 168.

<sup>193</sup> *Princípios ...*, p. 126.

Em relação ao artigo 623 da CLT, dúvida não há na doutrina e na jurisprudência quanto à sua perfeita aplicabilidade, muito embora as duas situações contempladas - contrariedade da norma coletiva à norma disciplinadora da política econômico-financeira do Governo ou concernente à política salarial vigente - encontrem-se em relativo desuso.

#### 2.2.4 APLICAÇÃO

Se há certa harmonia entre os autores quanto ao significado, aos requisitos e às limitações da aplicação do princípio da proteção pela vertente *sub examen*, ela desaparece por completo quando se trata de analisar o critério de identificação da regra jurídica mais favorável ao trabalhador.

A dificuldade na determinação da norma mais favorável consiste justamente na admirável fecundidade das fontes de Direito do Trabalho. Ora concorrem fontes integralmente favoráveis ao trabalhador, quando simplesmente será escolhida a mais proveitosa em sua extensão, ora conflitam fontes que contêm algumas cláusulas ou condições favoráveis e outras prejudiciais ao trabalhador. É aqui que se acirra a controvérsia, cuja solução não vem sendo oferecida a contento pelos juslaboralistas brasileiros, à honrosa exceção de Luiz de Pinho Pedreira da SILVA<sup>195</sup>, que examina a matéria a fundo.

Em um primeiro momento, duas teorias radicalmente opostas foram apresentadas para a resolução do problema. De um lado, criou-se a teoria da incindibilidade, também denominada do “conglobamento”, expressão esta em voga na Itália. De outro, apresentou-se a teoria da acumulação, conhecida também como atomista.

Segundo os defensores da teoria da incindibilidade<sup>196</sup>, para a apuração da norma mais favorável deve-se verificar, dentre as fontes de Direito do Trabalho concorrentes, qual delas é a mais proveitosa em todo o seu conjunto ao trabalhador. Ou seja, a valoração da favorabilidade deve ser feita com base no contexto geral da fonte e não a partir da consideração isolada de cada um de seus institutos ou de cada uma das regras jurídicas<sup>197</sup>.

---

<sup>194</sup> *Princípios do ...*, p. 476.

<sup>195</sup> *Principiologia ...*, p. 82-90.

<sup>196</sup> Dentre tantos, são lembrados Paolo GRECO, BARASSI, Pérez BOTIJA e Bayón CHACON, citados por Francisco Meton Marques de LIMA, *Os princípios ...*, p. 77.

<sup>197</sup> Luiz de Pinho Pedreira da SILVA defende que “*de acordo com a teoria do conglobamento deve-se, ao comparar as fontes, verificar qual delas, em conjunto, é mais benéfica ao trabalhador, e preferi-la, excluindo totalmente de aplicação as outras, consideradas menos favoráveis em bloco*”. *Ibid.*, p. 82.

A teoria do “conglobamento” fundamentou-se em critérios de interpretação lógico-sistemática para propor que uma mesma fonte pode contar simultaneamente com pontos favoráveis e desfavoráveis aos trabalhadores e que isso ocorre com a finalidade de equilibrar o conflito entre capital e trabalho. Logo, se apenas as regras jurídicas favoráveis de uma determinada fonte fossem aplicadas, restaria comprometida a vontade original dos seus criadores (sujeitos da relação de emprego, sindicatos e Estado), bem como estaria prejudicada a harmonia entre o capital e o trabalho.

Alfredo J. RUPRECHT <sup>198</sup> considera a teoria da conglobação como sendo a “*mais correta*” pois “*a norma tem um conteúdo unitário, pelo qual não é possível tomar preceitos de outra que não foram considerados ao serem estabelecidos; o caráter unitário de cada uma deve ser respeitado. É claro que isso se refere a um determinado instituto, pois há temas diferentes e em cada caso se haverá de examinar, em seu conjunto, qual é a mais favorável*”.

No Direito do Trabalho brasileiro, Maurício Godinho DELGADO cerra as fileiras da corrente da incindibilidade ao afirmar que o intérprete não pode permitir que a regra da norma mais favorável comprometa o caráter sistemático da ordem jurídica, retirando, destarte, o caráter científico que deve imperar nos processos de aplicação e de interpretação do Direito. Defende o autor que a descoberta da norma mais favorável não deve ser feita por meio da separação tópica, casuística e acumulativa de normas benéficas ao trabalhador e da conseqüente criação de uma ordem jurídica virtual, própria e provisória em face de cada caso concreto, pois “*o intérprete deve buscar a norma mais favorável enfocando globalmente o conjunto de normas componentes do sistema discernindo no máximo os preceitos em função da matéria, de modo a não perder, ao longo desse processo o caráter sistemático da ordem jurídica e os sentidos lógico e teleológico básicos que sempre devem informar o fenômeno do Direito*” <sup>199</sup>.

Mas, se a teoria do “conglobamento” possui a virtude da coerência no processo hermenêutico, também é certo que possui um grave defeito, consistente na enorme dificuldade de se determinar qual fonte é a mais profícua ao trabalhador pela comparação de condições de trabalho completamente diversas quanto à sua natureza. Daí a advertência de Camps RUIZ <sup>200</sup> no sentido de que “*a comparação de normas, considerada globalmente em seu conjunto, implica um juízo de valor sobre matérias não homogêneas ao exigir que se adote uma*

---

<sup>198</sup> *Os princípios ...*, p. 24.

<sup>199</sup> *Princípios do ...*, p. 476.

<sup>200</sup> Apud Luiz de Pinho Pedreira da SILVA, *Principiologia ...*, p. 82-83.

*decisão que encerra uma opção entre condições laborais muito díspares... A contradição que isto significa é insuperável na medida em que não cabe comparar o que não é comparável; o resultado será, em qualquer caso, arbitrário”.*

Por certo, até é possível que os diversos institutos de Direito do Trabalho tenham o valor de seus diversos institutos reduzido ao aspecto econômico para então se apurar qual deles é o mais favorável ao trabalhador. Mas, mesmo assim, o problema persiste: é o aspecto econômico o único que deve ser mensurado pelo hermenuta na busca pela norma mais favorável?

Assim sendo, supondo que acordo coletivo de trabalho, contrato individual de emprego e convenção coletiva de trabalho confirmam tratamento diferenciado às horas extras, ao adicional de insalubridade e à remuneração, cada qual incrementando apenas um desses institutos legais, como se poderia aplicar a teoria da incidibilidade? O critério a ser observado seria o econômico, o jurídico ou o social? Inegável que a dose de subjetividade seria muito grande e comprometeria a própria essência da teoria em análise.

Por sua vez, a teoria da acumulação preconiza que das fontes de Direito do Trabalho conflitantes devem ser fisdadas as regras jurídicas mais favoráveis ao trabalhador, as quais comporão um conjunto regulatório de uma determinada relação de trabalho. A valoração da favorabilidade dá-se com fulcro na apreciação singular de cada uma das regras jurídicas, independentemente do contexto das fontes das quais emanaram e dos institutos setorizados nelas constantes <sup>201</sup>.

Percebe-se, então, que o defeito apontado na teoria da incidibilidade torna-se virtude na teoria da acumulação. Por meio de autêntico processo de pinçamento, as regras jurídicas formam um conjunto pelo qual o hermeuta aplica o princípio da proteção da forma mais ampla possível - segundo o que defendem seus partidários - sem espaço para confusão quanto à questão da valoração da favorabilidade na comparação entre as fontes.

Contudo, entende-se que esta corrente desvirtua o princípio protetivo e este é o seu principal defeito. Ora, preferindo-se apenas as regras jurídicas esparsas mais favoráveis ao trabalhador, também aqui resta comprometida a estrutura lógico-sistemática que deve prevalecer no ordenamento jurídico como um todo e, o pior, transforma o intérprete em legislador. Ninguém duvida que as fontes são formuladas de modo que a cada direito

---

<sup>201</sup> Consoante Luiz de Pinho Pedreira da SILVA, a teoria da acumulação consiste em pinçar de cada um das fontes em confronto as cláusulas mais favoráveis ao trabalhador, de forma a reunir todas para a aplicação ao caso concreto. *Principiologia ...*, p. 85.

corresponda uma obrigação, ou seja, há um sistema de freios e contrapesos que deve ser observado pelo hermenêuta, sob pena de frustrar a finalidade de harmonização do conflito entre o capital e o trabalho, à semelhança do que verificado quanto à teoria da incindibilidade. Com a aplicação dessa teoria “*o equilíbrio interno de cada norma é quebrado; a norma que surge ex novo constitui um autêntico privilégio*”, vaticina Luiz de Pinho Pedreira da SILVA, complementando que “*não se pode, por isto, desmembrar uma parte sem desequilibrar o todo*”<sup>202</sup>.

Imagine-se a seguinte situação no ordenamento jurídico brasileiro, considerando-se que a CLT reputa como noturno o trabalho urbano prestado das 22h às 5h, estabelece que a hora noturna é de 52m30s e determina que o adicional a ser remunerado é de 20% (artigo 73, *caput* e §§ 1º e 2º): a convenção coletiva de trabalho estabelece que o trabalho noturno é aquele realizado das 22h às 5h, que a hora noturna é de 60m (igual à hora diurna, portanto) e que o adicional é de 60% e o acordo coletivo de trabalho disciplina que o trabalho noturno compreende o período das 19h às 7h, que a hora noturna é de 52m30s e o adicional é de 15%. Evidente que, na hipótese da convenção coletiva de trabalho, as entidades sindicais signatárias estipularam regra jurídica mais favorável ao trabalhador no que diz respeito ao adicional noturno, embora a referente à hora noturna lhe seja prejudicial<sup>203</sup>. No caso do acordo coletivo de trabalho, o período noturno estabelecido é amplamente mais favorável ao trabalhador que os outros previstos na convenção e na legislação, mas o adicional não. O que se pode observar é que em cada uma das fontes negociais examinadas os seus produtores ampliaram e restringiram direitos. Assim, se ao intérprete coubesse pinçar as regras jurídicas mais favoráveis, em verdade estaria despindo-se das vestes de hermenêuta e assumindo a posição de criador do Direito.

Paolo GRECO<sup>204</sup> critica ferozmente a teoria da acumulação, sob o argumento de que sua adoção pode sinalizar “*um critério de sabor eminentemente demagógico que, especialmente no caso da convenção coletiva, rompe a unidade da disciplina sindical da relação de trabalho e viola a harmonia, o equilíbrio e a vinculação orgânica entre as distintas condições estabelecidas na convenção*”.

---

<sup>202</sup> “*Apreciamos então duas grandes objeções: a proveniente da destruição da harmonia interna das normas comparadas e a relativa ao privilégio resultante da norma construída com os “retalhos” das outras*”. *Principiologia ...*, p. 85-86.

<sup>203</sup> Não se discute, aqui, a aplicação do princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas.

<sup>204</sup> Apud Américo Plá RODRIGUEZ, *Princípios ...*, p. 25.

Ao invés de contribuir para a solução do problema, a bipolarização do entendimento acerca da aplicação da regra da norma mais favorável somente acirrou os ânimos da doutrina e da jurisprudência. Eis que nenhuma das correntes aplicava-se de forma satisfatória na resolução das antinomias<sup>205</sup>.

Dessa necessidade, único fruto benéfico da radicalização das duas teorias, surgiu uma nova que encontrou amplo espaço na doutrina e na jurisprudência. Trata-se da teoria da incidibilidade, indivisibilidade, inseparabilidade ou, ainda, do “conglobamento” dos institutos<sup>206</sup>, também conhecida como teoria orgânica. Segundo esta vertente, a comparação deve ter por objeto não o conjunto da fonte, muito menos cada cláusula isoladamente considerada, mas sim cada instituto composto por regras jurídicas da mesma natureza<sup>207</sup>.

Conforme Mario DEVEALI<sup>208</sup>, tal teoria *“tiene en cuenta el carácter unitário de cada régimen, hace la comparación entre los dos regímenes em su conjunto, y excluye la posibilidad de aplicar simultaneamente una disposición de um régimen y la de outro, prescindiendo del respectivo carácter unitário”*. KASKEL e DERSH<sup>209</sup> apresentam uma concepção bem articulada sobre a teoria orgânica:

*“A comparação não pode ser feita de um modo que só se levam em conta os dizeres do contrato de tarifa e do contrato individual que lhe corresponde diretamente. Tampouco, porém, seria lícito, proceder a uma comparação total de todas as condições de trabalho de ambos os contratos; pelo menos não seria esse o caminho adequado em todos os casos. O mais correto, ao que parece, seria escolher o expediente que está no centro entre esses extremos, único conforme ao sentido comum. Consiste em comparar, em conjunto, só as diversas partes das condições de trabalho intimamente relacionadas entre si, mesmo quando externamente estejam separadas”*.

---

<sup>205</sup> Não se pode concordar com Francisco Meton Marques de LIMA quando afirma que *“as duas teorias (da incidibilidade e da acumulação) têm aplicabilidade, desde que moderadamente. Por estar mais consentânea com os princípios basilares do Direito do Trabalho, recomenda-se preferência pelo emprego da teoria da acumulação - que extrai de cada uma das várias normas em confronto os pontos benéficos ao trabalhador”*. *Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência*, p. 77. Carece rigor científico na assertiva de que uma ou outra teoria é aplicável, desde que de forma moderada.

<sup>206</sup> Aldo CESSARI, apud Alfredo J. RUPRECHT, *Os princípios ...*, p. 25, classifica as teorias em quatro espécies: a) do conjunto; b) da indivisibilidade dos institutos; c) da inseparabilidade das cláusulas; e d) da acumulação. Contudo, a terceira teoria não merece acolhida, pois o termo “cláusula” pode ensejar perigosa diversidade conceitual, ao passo que o termo “instituto” pressupõe unidade conceitual e orgânica. Aqui, valeu-se dos argumentos de Américo Plá RODRIGUEZ, *Princípios ...*, p. 130.

<sup>207</sup> Alfredo J. RUPRECHT sustenta que a teoria orgânica é uma forma mais moderada da teoria da conglobação por meio da qual deve ser adotado um instituto em seu conjunto se ele for mais favorável ao trabalhador numa determinada lei, o que não ocorrerá com o instituto menos benéfico que o previsto em outra lei. *Ibid.*, p. 24-25.

<sup>208</sup> *El derecho del trabajo ...*, p. 128.

<sup>209</sup> Apud Alfredo J. RUPRECHT, *Id.*, p. 25.

Paul DURAND <sup>210</sup> também se filia a esta corrente, muito embora imponha uma limitação:

*“L’application d’une règle peut donc être fragmentée, à la conditions de respecter la volonté de ses auteurs. On conçoit l’application partielle d’une règle de droit dont les diverses dispositions sont indépendantes les unes des autres. Mais, quand l’acte de volonté forme un tout que l’on ne peut dissocier, quand ses diverses dispositions se font équilibre et se justifient lés unes par les autres, l’impossibilité de conserver l’acte, pour partie seulement, entraîne la disparation de la réglementation tout entière”.*

E, não obstante possam ser postos em objeção a tal teoria os mesmos defeitos das mais antigas - dificuldade no enquadramento das regras jurídicas como sendo de um determinado instituto e quebra da estrutura sistemática da fonte - é fora de dúvida que se trata da corrente mais partilhada pelos autores. José Affonso DALLEGRAVE NETO <sup>211</sup>, por exemplo, considera que a teoria da incindibilidade dos institutos jurídicos é aplicada tanto no Brasil como na Argentina.

Por seu turno, Américo Plá RODRIGUEZ concorda que o problema básico na especificação da norma mais favorável reside na determinação das unidades mínimas inseparáveis de confrontação e apresenta, como solução, que *“o conjunto que se leva em conta para estabelecer a comparação é o integrado pelas normas referentes à mesma matéria, que não se pode dissociar sem perda de sua harmonia inferior. Mas não se pode levar a preocupação de harmonia além desse âmbito”* <sup>212</sup>. Por sinal, este é o mesmo posicionamento de Amauri Mascaro NASCIMENTO <sup>213</sup>:

*“Assim, na pirâmide normativa da hierarquia das normas jurídicas trabalhistas, o vértice aponta para a norma que assegurar a melhor condição para o trabalhador, segundo uma dinâmica que não coincide com a distribuição estática de leis em graus de hierarquia, do direito comum. O critério de determinação da norma favorável é racione materiae consistente no agrupamento do instrumental comum independentemente da forma jurídica de que se reveste ou da fonte de que promana para daí extrair-se a condição de trabalho mais favorável, respeitadas as leis especiais que prevalecem sobre as gerais e contemplado o interesse não do trabalhador singularmente considerado mas objetivamente, como um grupo em abstrato”.*

---

<sup>210</sup> *Traité de droit du travail*, p. 181.

<sup>211</sup> Aduz que *“nesta corrente, é possível, portanto, combinar normas mais vantajosas da CLT, com a Constituição, com a Convenção Coletiva ou com leis esparsas. Todavia, ao contrário da Teoria da Acumulação e do Conglobamento, aqui se permite a acumulação das várias fontes normativas, limitadas, contudo, à observância da integralidade de cada instituto jurídico”*. *Alcance e limites ...*, p. 18.

<sup>212</sup> *Princípios ...*, p. 131.

<sup>213</sup> *Curso de ...*, p. 169.

No direito positivo, a doutrina costuma referir-se à cristalização do princípio da proteção através da aplicação da regra da norma mais favorável nos artigos 444 e 620 da CLT. Assim, as “partes interessadas” podem estabelecer qualquer tipo de condição de trabalho desde que respeitadas as regras protecionistas do trabalho previstas na Constituição Federal, na CLT e na legislação esparsa, nos instrumentos coletivos e nos acórdãos normativos.

E, havendo conflito entre acordo e convenção coletiva de trabalho, a antinomia será dirimida mediante a aplicação da teoria orgânica, verificando-se quais os institutos mais favoráveis de uma e de outra norma coletiva. Note-se que, de certa forma, a CLT adota a teoria da incidibilidade dos institutos, pois o artigo 620 da CLT refere-se às “condições” de trabalho, expressão muito mais próxima dos institutos do que das regras jurídicas. Por seu turno, os artigos 619 e 622 da CLT estabelecem a possibilidade de pagamento de multa e a nulidade de pleno direito das cláusulas do contrato individual de emprego que afrontarem os acordos e as convenções coletivas de trabalho, mas a tendência observada é a de que somente a estipulação de disposições menos favoráveis são vedadas por essas regras jurídicas.

## 2.3 A REGRA DA CONDIÇÃO MAIS BENÉFICA

### 2.3.1 SIGNIFICAÇÃO

De longa data a doutrina refere-se à característica progressista do Direito do Trabalho, pois, em função de seu conteúdo manifestamente econômico, este ramo do Direito encontra-se em permanente formação e tende a expandir-se, aumentando cada vez mais a regulação sobre as relações de trabalho, sejam elas consideradas ora pelo aspecto material (trabalhos autônomo e subordinado, esferas pública e privada e prestação de serviços manual, técnico e intelectual), ora pelo pessoal (homens, mulheres e menores) e, enfim, ora pelo territorial (urbano e rural) <sup>214</sup>. A dinamicidade é a nota característica do Direito do Trabalho e esta disciplina jurídica ainda não se encontra na plenitude de sua doutrina.

De tal forma, o expansionismo e o dinamismo do Direito do Trabalho, aliados à profusão de fontes que o informam e ao seu viés econômico, proporcionam tamanha quantidade de conflitos intertemporais de regras jurídicas que não pode ser comparada com

qualquer outra disciplina da ciência jurídica. Tais razões acarretaram a solidificação de um critério exclusivo e específico de solução dos conflitos intertemporais no Direito do Trabalho, consubstanciado como uma das derivações do princípio da proteção, qual seja, a aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador.

Já se pode perceber, após essas considerações iniciais, que a regra em comento não se confunde com a fórmula *in dubio pro operario*, pois esta toma a disposição jurídica isoladamente para precisar qual dos vários sentidos interpretativos é mais proveitoso ao trabalhador, ao passo que aquela se ocupa em determinar se as condições de trabalho contempladas pela nova regra jurídica são mais benéficas do que as previstas pelas outras regras derogadas.

Também não se pode baralhar a regra da condição mais benéfica com a da norma mais favorável, pois, em poucas palavras, a última pressupõe a vigência simultânea de duas ou mais regras jurídicas, ao passo que a primeira necessariamente envolverá o confronto entre a regra nova e a derogada, sendo a solução muitas vezes oferecida pelos autores com base nas mesmas teorias (acumulação, incindibilidade e orgânica).

É bem verdade que comumente tais regras de aplicação do princípio protetivo são confundidas, não só pela doutrina, mas principalmente pela jurisprudência. De fato, não é raro ouvir-se falar em norma mais benéfica ou condição mais favorável como se fossem dois continentes do mesmo conteúdo. Parte da essência do princípio da proteção e visando a efetivação desta diretriz principiológica, cuida a fórmula da condição mais benéfica de solucionar conflitos transitórios ou intertemporais entre duas ou mais regras jurídicas de Direito do Trabalho que se sobrepuseram no tempo. Bem se vê que a casuística é enorme, alcançando a própria extensão das fontes desse ramo da ciência jurídica.

Não se discute na doutrina nacional ou estrangeira se deve ou não prevalecer a condição mais benéfica ao trabalhador. Contudo, o embate surge quanto ao *status* desta diretriz: seria ela um princípio próprio do Direito do Trabalho ou “apenas” uma das formas de aplicação do princípio da proteção? Forte nos argumentos expostos anteriormente, entende-se que se trata de uma das regras de aplicação do princípio da proteção, tão importante como as demais, pois se destina à melhoria da condição social da classe trabalhadora.

---

<sup>214</sup> Por tal motivo é que Wagner GIGLIO consigna que “a rigor, o Direito do Trabalho é que deveria chamar-se direito comum, reservando-se o título de especial àqueles outros ramos da ciência jurídica que se aplicam a algumas classes minoritárias da sociedade”. *Direito processual do trabalho*, p. 67.

A fórmula da condição mais benéfica significa que, por inspiração do princípio da proteção, deve o intérprete, nos conflitos intertemporais de duas ou mais regras jurídicas de Direito do Trabalho, decidir-se pela aplicação daquela que confira melhor situação ao trabalhador hipossuficiente <sup>215</sup>. Via de regra e por força da aplicação da teoria do direito adquirido ao Direito do Trabalho, uma vantagem efetivamente conquistada pelo trabalhador incorpora-se ao seu patrimônio e não pode mais ser suprimida pelas regras jurídicas subseqüentes, sendo irrelevante perquirir os atores que estipularam a condição mais recente e menos benigna ao trabalhador.

Impende registrar que as condições benéficas ao trabalhador somente poderão ser alteradas se as regras jurídicas posteriores forem ainda mais proveitosas, não se podendo modificá-las *in pejus*. Daí a conclusão de Santiago Pérez del CASTILHO <sup>216</sup> no sentido de que as conquistas dos trabalhadores não sofram retrocesso na sucessão de normas. Como em qualquer outro lugar do mundo, também no Brasil vem assumindo elevada relevância o princípio da proteção na solução dos conflitos de natureza temporal, na exata medida em que não admite que a regra nova preste-se à precarização das condições de trabalho e à diminuição do patrimônio jurídico, econômico e social do trabalhador hipossuficiente, em consonância com o nobre ideal da dignidade humana resguardado pela Constituição Federal, no artigo 1º, inciso III <sup>217</sup>.

E, também à semelhança do direito comparado, fundamenta-se juridicamente a regra da condição mais benéfica no princípio do direito adquirido, que, neste país, encontra-se positivado na Constituição Federal, agora no artigo 5º, XXXVI, e também no artigo 6º, *caput* e § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil <sup>218</sup>, não se esquecendo, ainda, que o artigo 8º da CLT regula a aplicação subsidiária do Direito Comum ao Direito do Trabalho naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

Por certo, o direito adquirido é alvo de acaloradas discussões quanto à sua pertinência e atualidade. Nos momentos de crise econômica, não são poucos aqueles que defendem a

---

<sup>215</sup> Neste sentido, a lição de Fábio Konder COMPARATO, apud Luiz de Pinho Pedreira da SILVA: “Ademais, entre os princípios gerais do Direito do Trabalho figura também o da manutenção da condição mais benéfica ao trabalhador, proibindo-se a alteração de uma situação concreta, anteriormente reconhecida, que seja mais favorável ao empregado do que a nova norma que o empregador tenciona aplicar”. *Principiologia* ... , p. 100.

<sup>216</sup> *Hierarquia das fontes* ... , p. 39.

<sup>217</sup> Carlos Henrique Bezerra LEITE afirma que o “princípio” da condição mais benéfica decorre do princípio da proteção que, por sua vez, advém dos princípios que fundamentam o próprio Estado Democrático de Direito (cidadania, dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho - artigo 1º, incisos II, III e IV). *Sobre o princípio da condição mais benéfica ao trabalhador, o “jus variandi” do empregador e as privatizações*, p. 53.

<sup>218</sup> Diploma legal que cristalizou o princípio *lex posterior derogat priori*.

“readequação” do conceito de direito adquirido. Assim e dentre outras, questões trabalhistas, previdenciárias e tributárias vêm tendo a solução preconizada pela simples desconsideração desse instituto. Seus titulares, que cresceram ouvindo falar em inviolabilidade do direito adquirido, quedam-se perplexos com a normalidade daqueles que julgam antiquado e prejudicial ao desenvolvimento econômico.

Especificamente no Direito do Trabalho, o fato de as crises econômicas terem se tornado a regra geral, não mais a exceção, contribuiu principalmente para a intensificação da atividade legiferante que, aliada ao incremento da negociação coletiva no Direito do Trabalho, incentivado também pela Constituição Federal de 1988, apresentaram e apresentam como resultado lógico e irrecusável a sobreposição de diversas regras jurídicas com curtos períodos de vigência. Nem por isso se pode afirmar que o princípio da proteção encontra-se em crise. Ele sofre profundamente os efeitos das crises econômicas, mas novamente se afirma que nesses momentos é que o Direito do Trabalho deve recobrar as forças e consolidar seus institutos e princípios.

Certo é que se discute se a condição mais benéfica deve continuar sendo encarada como uma das formas de aplicação do princípio protetivo, mas o que se deve realmente ter em mente é que o Direito do Trabalho assume caráter protecionista e visa tutelar os homens como trabalhadores e extremamente dependentes de sua força de trabalho, e não apenas como meros contratantes, motivo pelo qual seus direitos adquiridos devem ser resguardados com muito mais vigor.

Portanto, a fórmula da condição mais benéfica tradicionalmente vem assumindo eminente relevância por efetivar não só o princípio da proteção que informa o Direito do Trabalho, como também os postulados básicos do direito adquirido, da dignidade, da cidadania e do valor social do trabalho resguardados pelo Direito Constitucional.

### 2.3.2 REQUISITOS

*Mutatis mutandis*, muito do que se escreveu acerca da norma mais favorável aplica-se à regra da condição mais benéfica no que diz respeito aos requisitos de configuração. A doutrina é praticamente silente quanto à matéria, preferindo-se tratá-la incidentalmente quando da abordagem da aplicação, dos alcances e da extensão da diretriz em exame.

O primeiro requisito a ser mencionado diz respeito à sucessão de regras jurídicas aplicáveis à mesma situação fática. Efetivamente, a seqüência temporal é requisito de

aplicação da fórmula da condição mais benéfica, uma vez que, não existindo tal preceito, será caso de incidência da regra mais favorável dentre várias ou de adoção do sentido decorrente de apenas uma regra mais profícua ao trabalhador. Impõe-se também outro requisito: que as regras sucedida e sucessora não contenham vícios de inconstitucionalidade ou ilegalidade, pois, de modo contrário, sequer conflito intertemporal haverá. A existência destas máculas compromete a aplicação da condição mais benéfica. Devem as regras jurídicas temporalmente conflitantes dispor sobre as mesmas condições de trabalho. Assim, se uma determinada condição favorável ao trabalhador não é objeto de regulação pela regra jurídica posterior, que se atém apenas a regular as demais condições de trabalho, também não será caso de aplicação do princípio da proteção através da fórmula da condição mais benéfica.

O quarto requisito, de certa obviedade, refere-se à colisão entre as regras jurídicas. Significa que, se ambas as regras cumpriram os requisitos anteriores e determinam idêntico tratamento jurídico a uma mesma condição, não se pode falar em incidência da regra da condição mais benéfica<sup>219</sup>.

Outro requisito deve ser acrescentado e diz respeito à necessidade da existência de uma situação pré-estabelecida, concreta, na qual determinada relação de trabalho seja regulada por uma ou mais regras jurídicas sucedidas temporalmente por outras. Assim é que o empregado em que a relação de emprego iniciou-se após o termo inicial de vigência das regras jurídicas menos proveitosas não poderá se valer da situação favorável dos outros empregados cujas relações foram e continuarão sendo regidas pelas regras mais proveitosas derogadas. Até se poderia cogitar de aplicação do princípio da igualdade, mas não do princípio da proteção, através da condição mais benéfica.

Dos poucos que se atreveram a tratar explicitamente dos requisitos de aplicação da regra em comento, Américo Plá RODRIGUEZ<sup>220</sup> é o que mais se destaca. Defende o jurista uruguaio que são três os requisitos necessários à aplicação da regra. O primeiro requisito consiste na consideração das condições de trabalho em sentido amplo, o que não nos parece ser um requisito propriamente dito, mas um critério de interpretação da regra. Já o segundo requisito assim pode ser entendido, uma vez que se exige a comparação de duas regulações distintas, ou seja, que a relação de trabalho tenha sido constituída sob o império da antiga norma, de modo que esta não pode ser aplicada aos trabalhadores admitidos após a sucessão

---

<sup>219</sup> Isso comumente ocorre nas negociações coletivas, optando os sindicatos profissionais por repetirem textos legais, seja para firmarem demagogicamente sua posição combativa junto aos sindicalizados, seja para resguardarem o direito ao pagamento de multas pelo não cumprimento de regras convencionais.

<sup>220</sup> *Princípios ...*, p. 133-134.

normativa. Por fim, o terceiro requisito apresentado diz respeito à necessidade de preenchimento dos requisitos indispensáveis ao nascimento do direito, de modo que as condições que não foram exercidas sob a norma antiga são excluídas. Contudo, este último requisito, como se verá adiante, não é aceito por razoável parcela da doutrina e da jurisprudência.

Muito embora os demais autores não se manifestem expressamente sobre os requisitos da condição mais benéfica, alguns deles concordam quanto ao que não seriam pressupostos dessa fórmula. É o caso de Luiz de Pinho Pedreira da SILVA<sup>221</sup>, que por exemplo, não exige que a condição esteja necessariamente prevista no contrato individual de emprego, tal como se verifica na Espanha<sup>222</sup>. Tal condição pode se encontrar amparada em qualquer fonte de Direito do Trabalho. Assim, não se faz necessário o recurso à tese da heterointegração para legitimar a aplicação da regra em análise às condições mais benéficas não contratuais, vez que, no Brasil, predomina o seguinte entendimento: o direito adquirido pode provir de outras fontes que não apenas o contrato de emprego. Também pode a condição mais benéfica ser fruto de pactuação tácita ou expressa; esta podendo ser escrita ou verbal. Em nada influirá na conclusão do intérprete o fato da condição mais benéfica ter sido fruto de um comportamento (pactuação tácita) e da condição prejudicial ter sido objeto de regulação por lei.

### 2.3.3 LIMITAÇÕES

Provavelmente para que não cause maiores controvérsias, a limitação mais lembrada pelos autores nacionais e internacionais concerne à necessidade de positivação do “princípio” ou da regra da condição mais benéfica no ordenamento jurídico. No Brasil, não se justifica tal restrição, em função do já exposto na primeira parte desta investigação. Ademais, como propugnado por Alfredo J. RUPRECHT<sup>223</sup>, a inserção no direito positivo não precisa ser concretizada por expressa declaração, somente se o defensor desse posicionamento quiser negar vigência ao princípio.

---

<sup>221</sup> *Principiologia ...*, p. 103-104 e 106.

<sup>222</sup> Neste país, discute-se acirradamente que a regra da condição mais benéfica deve ser aplicada somente no caso de direitos que foram adquiridos com base no contrato individual de emprego ou se o raio de atuação abrangeria também os direitos conferidos por outras fontes formais de Direito do Trabalho. A tendência é no sentido restritivo, como aponta Santiago Pérez del CASTILHO, *Hierarquia das fontes ...*, p. 61.

<sup>223</sup> *Os princípios ...*, p. 27.

Américo Plá RODRIGUEZ <sup>224</sup> procura estabelecer alguns limites à aplicação da fórmula da condição mais benéfica de modo que ela não acarrete a diversidade de tratamento entre empregados de um mesmo empregador no que diz respeito ao regime de benefícios. Assim, os limites consistiriam: a) na eliminação explícita da regra anterior mediante expressa disposição contida na norma posterior; b) na consideração de que normalmente as regras mais recentes são mais benéficas do que as anteriores; c) na observância de que a regra posterior está inserida num contexto compensatório e, mesmo que a condição nela regulada seja menos benéfica, outras foram garantidas de forma a remediar a derrogação da regra anterior.

Luiz de Pinho Pedreira da SILVA <sup>225</sup>, por sua vez, classifica os limites de aplicação do “princípio” da condição mais benéfica em intrínsecos e extrínsecos:

*“Temos como limites intrínsecos aqueles que decorrem do próprio regime jurídico da condição mais benéfica, e, em razão deles, não ficam protegidas as condições coletivas de representação, negociação e conflito, as expectativas de direito nem as interinidades. Ainda como limite intrínseco, vamos encontrar a necessidade de que se trate de condições “mais benéficas”, ou seja, de que “... a relação de trabalho tenha nascido sob o império da antiga norma. Não ficam amparadas as surgidas sob a nova, o que significa que os trabalhadores admitidos na empresa após a sucessão normativa não podem alegar uma situação que não conheceram”. Há, todavia, uma tendência a estender a aplicação também a esses últimos da condição mais benéfica sob o fundamento de tratar-se de uso de empresa, ao qual se empresta a categoria de fonte do direito.”*

Como se pôde perceber, ao contrário do que verificado com as regras do *in dubio pro operario* e da norma mais favorável, a doutrina não demonstra firmeza na argumentação jurídica sobre os limites de aplicação da fórmula da condição mais benéfica. Não raro alguns dos limites propostos confundem-se com técnicas de interpretação, sendo que outros não podem ser aplicados a razoável parcela dos conflitos temporais.

Parece então que, *mutatis mutandis*, alguns dos limites de aplicação da regra da norma mais favorável também são tradicionalmente empregados no caso da condição mais benéfica. Destarte, também no conflito intertemporal de regras jurídicas trabalhistas a comparação deve ser realizada de modo que se aproxime o conteúdo das duas regras e se despreze o efeito indireto que elas podem causar. Ainda: deve o hermeneuta determinar a aplicação da regra jurídica que não prejudique o interesse da classe trabalhadora em proveito do trabalhador particular. Para se aferir a condição mais benéfica é necessária a emissão de juízo valorativo objetivo e concreto da situação e preterir-se a apreciação subjetiva dos interessados.

---

<sup>224</sup> *Princípios ...*, p. 134.

Finalmente, não se pode olvidar que, assim como no Direito Comum, também no Direito do Trabalho uma nova regra jurídica jamais poderá ser aplicada a um fato passado, sob pena de afronta à Constituição Federal de 1988, que protege o ato jurídico perfeito em seu artigo 5º, inciso XXXVI <sup>226</sup>. Quanto aos fatos pendentes (não consumados e ainda em execução), a nova regra jurídica tem eficácia imediata apenas quanto aos efeitos do ato jurídico, não quanto à sua constituição. Enfim, os fatos futuros devem ser regulados pela nova regra jurídica, tanto no que diz respeito aos efeitos do ato jurídico, como no que concerne à sua constituição e à sua terminação, pois estas sempre são regidas pelo direito vigente nos momentos dos respectivos acontecimentos.

#### 2.3.4 APLICAÇÃO

Interessante notar que, durante o período de desenvolvimento do Direito do Trabalho, a regra da condição mais benéfica como forma de aplicação do princípio da proteção foi considerada menos relevante que a regra da norma mais favorável, muito embora tanto no Brasil como no resto do mundo, o Direito do Trabalho tenha buscado incrementar as condições de trabalho e melhorar a situação jurídica dos trabalhadores <sup>227</sup>. Tanto isso é verdade que a alínea 8ª, do artigo 19, da Constituição da Organização Internacional do Trabalho dispõe que *“em nenhum caso se poderá admitir que a adoção de uma convenção ou de uma recomendação pela Conferência, ou a ratificação de uma convenção por qualquer membro torne sem efeito qualquer lei, sentença, costume ou acordo que garanta aos trabalhadores condições mais favoráveis que as que figuram na convenção ou na recomendação”*.

Assim, a fórmula da norma mais favorável rapidamente ganhou espaço e tornou-se o centro das discussões acerca da aplicação do princípio protetivo, chegando a ser com este confundida. Mesmo assim, sempre foi controvertida a aplicação da fórmula da condição mais

---

<sup>225</sup> *Principiologia ...*, p. 107.

<sup>226</sup> Daí porque Arnaldo SÜSSEKIND afirma que *“os fatos verificados no passado podem ser considerados na relação contratual que perdura, desde que ainda não tenham gerado conseqüências jurídicas (p. ex., tempo de serviço anterior à nova lei, numa rescisão contratual, sem justa causa, ocorrida na sua vigência). Destarte, a aplicação imediata da nova lei será normal, se do fato pretérito não tenha: a) resultado direito adquirido para o seu titular; b) verificado a constituição ou extinção definitiva de uma situação jurídica (ato jurídico perfeito); c) havido coisa julgada”*. *Direito constitucional ...*, p. 74.

<sup>227</sup> Por esse motivo é que se pode afirmar que a fórmula da condição mais benéfica é a que melhor retrata o ideal de Mario de la CUEVA, eterno defensor do Direito do Trabalho como instrumento de condução do trabalhador a uma existência mais digna através da proteção do ser humano que se encontra nesta condição.

benéfica, seja pela imprecisão conceitual das expressões “condição” e “benéfica” no âmbito do Direito do Trabalho, seja pela indeterminação do conteúdo desta fórmula.

Entretanto, nos últimos tempos e em função das intensas modificações no mundo do trabalho, da intensa atividade legiferante e da ativa participação sindical nos processos de negociação coletiva, os juslaboralistas vêm se deparando com inúmeras controvérsias a respeito da aplicação do princípio da proteção na resolução de conflitos de regras jurídicas trabalhistas no tempo. No caso do Brasil, não se pode atribuir a responsabilidade pela ausência de rigor científico à inexistência de regulação no direito positivo. Neste particular, duas regras jurídicas são lembradas em proveito do princípio protetivo: os artigos 444 e 468 da CLT.

De acordo com o comando previsto nestes dispositivos legais, aplica-se a condição mais benéfica no Direito do Trabalho pátrio quando houver uma situação concreta, anteriormente reconhecida e determinada, a ser respeitada se mais benéfica ao trabalhador do que aquela que a nova regra busca contemplar. Não se trata de derrogação da regra jurídica superveniente, mas do afastamento de seu comando num caso determinado, que simplesmente não sofrerá a incidência de tratamento jurídico menos profícuo que detinha o empregado antes do ingresso daquela no mundo jurídico.

Além do conteúdo mínimo do contrato de trabalho, aquelas condições que se integraram efetivamente ao patrimônio jurídico do empregado não podem dele ser validamente extirpadas pelas partes, pelos seus sindicatos representativos e pelo Poder Público, a não ser que o sejam para ampliar ou aperfeiçoar aquele complexo de direitos. E a condição não necessita encontrar-se inserida no contrato individual de trabalho. Há a possibilidade de ajustamento expresso (escrito ou verbal) ou tácito do próprio contrato de emprego, por força do contido previsto no artigo 443 da CLT. Obviamente, a condição mais benéfica pode se formar expressamente, a partir de mero ajuste oral, e, até mesmo, tacitamente, em função de um comportamento.

Manuel Alonso GARCIA <sup>228</sup> assevera que a aplicação prática do “princípio” da condição mais benéfica supõe dois efeitos:

*“1.º. cuando se dicta una Reglamentación o disposición de carácter general, aplicable a todo u conjunto de situaciones laborales, éstas quedarán modificadas en sus condiciones anteriores em cuanto no sean para el trabajador, más beneficiosas que las nuevamente establecidas; 2.º. la nueva Reglamentación habrá de respetar - salvo que contuviera afirmación expresa en*

---

<sup>228</sup> *Curso de derecho ...*, p. 244.

*contra -, como situaciones concretas reconocidas en favor del trabajador o trabajadores interesados, aquellas condiciones que resultem más beneficiosas para éstos que las establecidas para la materia o materias de que se trate - o en su conjunto - por la nueva Reglamentación”.*

Ainda segundo o jurista argentino, a aplicação da condição mais benéfica opera-se de duas formas distintas: a) a restritiva, quando as condições mais vantajosas devem ser mantidas em detrimento das recém-estabelecidas; b) a extensiva, quando as partes podem estabelecer outras condições, desde que superiores às mínimas legais existentes. Ou seja, se a nova regra jurídica trabalhista contemplar condição menos benéfica, simplesmente ela não será aplicada naquela situação em que o trabalhador tem efetivamente integrada em seu contrato de emprego (*stricto sensu*) ou incorporada em seu patrimônio jurídico (*lato sensu*) condição mais proveitosa; mas, se outra regra jurídica for mais benéfica que a já garantida ao trabalhador, novamente incide o princípio da proteção, não podendo o empregador esquivar-se do cumprimento da obrigação, mesmo se não lhe tiver dado causa.

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

Ao comentar a primeira Súmula *retro* transcrita, Francisco Antônio de OLIVEIRA<sup>229</sup> refere-se expressamente aos artigos 9º, 444 e 468 da CLT e, muito embora não faça menção ao princípio da proteção ou à regra da condição mais benéfica, afirma que:

*“Tem-se, também, que à medida que o empregador concede um benefício, este se amalgama ao contrato de trabalho daqueles empregados que à época prestavam serviços à empresa e não poderá ser retirado. O benefício, embora inicialmente constitua liberalidade da empresa, após a concessão passa a integrar o contrato. Daí para frente ganha o status de direito adquirido e não poderá ser unilateralmente retirado pelo empregador”.*

O próprio TST formulou outra Súmula - nº 288 - que resguarda a aplicação da condição mais benéfica, ao regular que *“a complementação dos proventos da aposentadoria é*

*regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito*". No mesmo sentido, o precedente jurisprudencial nº 163, da Seção de Dissídios Individuais, estabelece que *"havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro"*.

A tendência verificada na doutrina e na jurisprudência é da aplicação da Súmula 51 por semelhança a outros casos que não apenas aqueles referentes à concessão e à revogação de vantagens em regulamentos internos. Já a Súmula 277 envolve o provimento jurisdicional emitido nas ações coletivas, muito embora tal Enunciado venha sendo aplicado também nas hipóteses de regulação das condições de trabalho por acordos e convenções coletivas de trabalho<sup>230</sup>. A premissa é a mesma: em se tratando de condições de trabalho asseguradas por instrumentos com vigência delimitada temporalmente, não há como integrá-las ao patrimônio jurídico dos trabalhadores<sup>231</sup>.

Contudo, razoável e prestigiada parte do corpo de juslaboralistas brasileiros não partilha do posicionamento da mais alta Corte de Justiça Trabalhista brasileira. De fato, este grupo defende a incorporação definitiva das cláusulas normativas aos contratos de emprego, já que são estes que regulam as condições de trabalho e os direitos e deveres de empregados e empregadores. Afinal, as cláusulas contratuais obrigam apenas os signatários dos instrumentos coletivos e só perduram por tempo determinado, ou seja, prolongam-se durante a vigência desses contratos<sup>232</sup>.

---

<sup>229</sup> *Comentários aos enunciados do TST*, p. 138.

<sup>230</sup> O TST manteve esta diretriz no precedente jurisprudencial nº 41 da SDI: *"preenchidos todos os pressupostos para a aquisição de estabilidade decorrente de acidente ou doença profissional, ainda durante a vigência do instrumento normativo, goza o empregado de estabilidade mesmo após o término da vigência deste"*.

<sup>231</sup> A respeito da matéria, Hugo Gueiros BERNARDES pronuncia-se no sentido de que *"o chamado princípio da inserção das cláusulas normativas (acordo, convenção, sentença normativa) nos contratos individuais de trabalho por elas alcançados seria a mais forte aplicação do princípio da condição mais benéfica. Entretanto, as normas coletivas inseridas em tais cláusulas normativas são a termo, caducando com o término de vigência do instrumento em que se inserem. Em consequência, a sua inserção nos contratos individuais de trabalho padece da mesma temporariedade: ao fim da vigência da norma coletiva, cessam os seus efeitos nos contratos individuais de trabalho aos quais aderiram sob as mesmas condições e prazos de vigência"*. *Direito de ...*, p. 110.

<sup>232</sup> A tendência é de que, no Direito Comparado, esta teoria aumente o leque de adeptos, como é o caso de Américo Plá RODRIGUEZ que, na última edição de sua clássica obra sobre os princípios de Direito do Trabalho, alterou seu posicionamento sob o seguinte argumento: *"a nova convenção coletiva ou, no caso da simples denúncia, o regime geral resultante das outras normas vigorará para os novos trabalhadores que se incorporarem ao estabelecimento, mas não poderá justificar a deterioração das condições de trabalho daqueles que se vinham beneficiando de um regime mais favorável"*. *Princípios ...*, p. 137.

Mas quem sintetiza com perfeição os argumentos expostos em prol da teoria da incorporação é justamente um de seus maiores opositores. Efetivamente, Aryon Saião ROMITA<sup>233</sup> assevera que:

*“A corrente doutrinária e jurisprudencial prevalecente apega-se às noções de direito adquirido e de inalterabilidade das condições contratuais para concluir pela sobrevivência das normas coletivas no plano das relações individuais iniciadas antes do término de vigência do convênio coletivo. As cláusulas normativas inserem-se nos contratos individuais mercê da propriedade receptícia destes e subsistem mesmo após o escoamento do prazo fixado para a vigência do convênio coletivo, pois se desaparecessem, os empregados sofreriam prejuízos irreparáveis, com ofensa ao preceito constitucional que protege o direito adquirido e bem assim ao dispositivo legal que veda as alterações contratuais nocivas aos empregados. Reconhece esta corrente doutrinária que a ultra-atividade dos convênios extintos não é expressamente reconhecida pelo direito positivo, mas afirma que ela decorre da própria natureza dos instrumentos normativos”.*

O fundamento jurídico mencionado pelos defensores dessa corrente no Brasil - intitulada de teoria da incorporação ou do direito contratual adquirido e que se acredita ser a mais adequada - repousa no próprio Direito Positivo.

Nos artigos 444 e 468, a CLT veda que qualquer relação de trabalho contrarie os contratos coletivos (acordos e convenções coletivas de trabalho na atualidade) e as decisões das autoridades competentes (as chamadas sentenças normativas) e somente autoriza a alteração bilateral das condições previstas nos contratos individuais de trabalho quando dela não resultar prejuízo aos trabalhadores. Já nos artigos 611, *caput* e § 1º, e 619, quis o consolidador que os instrumentos coletivos assumissem caráter normativo, produzindo efeitos relacionados às condições de trabalho aplicáveis aos contratos individuais de emprego, sendo vedado, ainda, que disposições desses contratos contrariem normas dos acordos e das convenções coletivas de trabalho.

Também é lembrado o artigo 613 da CLT, que estabelece serem são requisitos dessas normas coletivas, dentre outros, o “*prazo de vigência*”, “*as condições ajustadas para reger as relações individuais de trabalho durante sua vigência*” e “*os direitos e deveres dos empregados e empresas*” (incisos II, IV e VII). Portanto, aplicando-se o princípio elementar de hermenêutica *lex quod volet dixit, quod non volet tacet*<sup>234</sup>, há que se concluir que o legislador atrelou apenas as condições ao período de vigência das normas coletivas e nada dispôs nesse sentido a respeito dos deveres e, principalmente, dos direitos dos empregados. E

---

<sup>233</sup> *As cláusulas normativas da convenção coletiva integram os contratos individuais de trabalho?*, p. 209.

<sup>234</sup> O que a lei quer, diz, o que não quer, cala.

em que pese seja difícil distinguir condições de trabalho e direitos e deveres dos sujeitos das relações de emprego, por certo que estes não tiveram sua vigência condicionada no tempo.

Outro dispositivo de suma importância consta da Constituição Federal. Trata-se do artigo 114, § 2º, da Constituição Federal, que autoriza a Justiça do Trabalho a estabelecer normas e condições desde que “*respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho*”. Daí a assertiva de Arnaldo SÜSSEKIND<sup>235</sup>:

*“Ora, o processo de dissídio coletivo só pode ser instaurado quando houver fracassado a negociação coletiva para a prorrogação ou revisão da convenção ou do acordo coletivo. Por conseguinte, em regra quase absoluta, não haverá “disposições convencionais” em vigor no momento da sentença normativa que julgar o dissídio. O que significa, por lógica dedução, que a Carta Magna mandou respeitar as normas da convenção ou do acordo coletivo que sobrevivem, no plano das relações de trabalho, porque até que suas cláusulas normativas sejam revogadas ou alteradas por novo acordo ou convenção, elas integram os contratos individuais de trabalho dos respectivos destinatários”.*

Lembra, ainda, o jurista do contido no § 1º, do artigo 1º, da Lei 8.542/92, regra que estabelece que “*as cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho*”<sup>236</sup>. Concluindo que somente cessa a vigência de cláusula normativa geradora do direito contratual do empregado: a) no termo ou condição resolutiva explicitamente consignado na convenção ou acordo coletivo que a estipulou; b) se e quando sobreviver outra convenção ou acordo coletivo suprimindo o direito ou modificando a norma<sup>237</sup>.

De tal sorte, não podem ser considerados válidos no Brasil os argumentos expostos pelo jurista espanhol Manuel García FERNÁNDEZ<sup>238</sup>, no sentido de que a norma derogante deve conter uma cláusula expressa de manutenção das condições de trabalho da norma

---

<sup>235</sup> *Direito constitucional ...*, p. 423.

<sup>236</sup> É bem verdade os dois parágrafos do artigo 1º da Lei em comento foram revogados pelo artigo 19 da Medida Provisória nº 1.620, de 12.06.98, reeditada sob o nº 1.675, de 29.07.98. Esta teve a sua vigência suspensa liminarmente em 19.08.98 pelo Ministro Marco Aurélio Farias de Mello, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1849. E, muito embora o E. STF, prosseguindo no julgamento, não tenha conhecido da ADI, por questões processuais, o referido Ministro tenha retificado seu voto, conforme acórdão publicado no DJ de 03.03.2000, por certo não é pacífica a controvérsia instaurada acerca da eficácia da MP.

<sup>237</sup> Segadas VIANNA sintetiza o pensamento desta corrente da seguinte forma: “*Quanto aos contratos individuais que foram modificados pela vigência de uma convenção, sendo ela extinta eles não podem ser alterados para voltar às condições anteriores de trabalho, pois se incorporaram as novas cláusulas ao contrato individual e este não pode sofrer alterações nos termos do art. 468 da CLT*”. *Instituições de ...*, p. 1148.

<sup>238</sup> *Manual de ...*, p. 336.

derrogada, sob pena de perda do direito, que somente seria mantido se estabelecido de forma explícita.

## 2.4 CRÍTICAS E NOVAS PERSPECTIVAS

É absolutamente inegável que a formulação das regras *in dubio pro operario*, da norma mais favorável e da condição mais benéfica contribuiu sobremaneira para a interpretação e a aplicação do princípio protetor. Nesse sentido, não se poderia deixar de reconhecer o papel fundamental da clássica obra de Américo Plá RODRIGUEZ, tantas vezes citada neste estudo, não só para a difusão da teoria da aplicação do princípio da proteção através dessas três fórmulas, como também para o fortalecimento do principal princípio informador do Direito do Trabalho.

Realmente, o Direito do Trabalho, uma ciência relativamente nova, deparou-se no início de sua jornada científica com um mito, assim considerado como “*algo que as palavras não expressam; não conseguem dizer, isto é, há sempre um antes do primeiro momento; um lugar que é, mas do qual nada se sabe, a não ser depois, quando a linguagem começa a fazer sentido*”, também podendo ser tomado como “*a palavra que é dita, para dar sentido, no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito*”<sup>239</sup>.

Muito tempo se passou até que se pudesse chegar a um relativo consenso acerca do conteúdo do princípio protetivo. Mas ainda hoje dentre os demais princípios que inspiram o Direito do Trabalho - da continuidade da relação de emprego, da primazia da realidade sobre a forma e da irrenunciabilidade dos direitos - certamente é o da proteção o mais difícil de ser precisado, não só quanto à forma - daí a contribuição das três fórmulas de aplicação - mas também quanto ao conteúdo, que não vem sendo apreciado a contento pelos juslaboralistas em geral.

A indagação que se afigura pertinente é a seguinte: as regras *in dubio pro operario*, da condição mais benéfica e da norma mais favorável exaurem e representam fielmente esta diretriz principiológica? Não estariam tais fórmulas limitando ou desvirtuando o raio de atuação e a finalidade do princípio protetor?

É de se abordar, primeiramente, a regra *in dubio pro operario*, que preconiza que se o hermeneuta se encontra em dúvida entre várias interpretações sobre uma mesma regra jurídica

---

<sup>239</sup> Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*, p. 104.

de Direito do Trabalho deve adotar a que for mais proveitosa ao trabalhador hipossuficiente. Ora, por certo que o princípio da proteção deve ser tomado pelo intérprete durante todo o processo hermenêutico e não apenas no seu final. Assim, a diretriz principiológica protecionista deve nortear o hermeneuta somente se houver dúvida quanto aos vários sentidos decorrentes de uma mesma regra jurídica. Veja-se que, se o princípio protetor iluminasse o caminho a ser trilhado pelo intérprete desde o seu início, evidentemente que a regra jurídica não poderia assumir outro sentido que não o de proteção ao trabalhador hipossuficiente.

Se há dúvidas no processo de interpretação, elas existem e são despertadas no início da interpretação, não no seu final. Em consequência, partindo-se da premissa de que o princípio protetivo informa o Direito do Trabalho, deve o intérprete desde o primeiro momento considerá-lo como a opção adotada pelo legislador como prevalente no conflito de interesses entre o trabalho e o capital. Outro seria seu posicionamento se o interesse do capital fosse eleito como o predominante de modo que, não aplicando a diretriz em comento desde o primeiro momento do processo interpretativo, o hermeneuta simplesmente estaria negando vigência ao princípio da proteção ou, quando menos, distorcendo-o.

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

Nesse sentido, é pertinente a lição de Paul RICOEUR <sup>240</sup> sobre a filosofia da linguagem, perfeitamente aplicável ao Direito e, conseqüentemente, ao Direito do Trabalho. Defendendo que todo o pensamento moderno tornou-se interpretação, o autor afirma que no processo de extração e restauração do sentido de um texto (norma ou regra jurídica na ciência jurídica), deve-se separá-lo da intenção do autor (o legislador), pois não mais significa o que este quis dizer. Assim, o texto pode descontextualizar-se de maneira a deixar-se recontextualizar em uma nova perspectiva, razão pela qual o texto nada mais é do que a mediação pela qual compreendemos a nós mesmos. Não deve o intérprete, portanto, ignorar que o valor adotado é o da proteção do trabalhador hipossuficiente, motivo pelo qual não se pode fracionar o processo interpretativo em diversas etapas, aplicar o princípio protetivo apenas no último momento e, de tal modo, restringir a aplicação deste.

Na esteira desse raciocínio, é interessante registrar a inversão de valores ocorrida com os brocardos *in dubio pro reo* e *in dubio pro operario*. Enquanto o primeiro adágio - não

decorrente de princípio algum, registre-se - vem sendo incorretamente aplicado durante todo o processo interpretativo, quando o correto consistiria torná-lo efetivo apenas se, após empregados todos os recursos da hermenêutica, a dúvida persistisse, evitando-se o sentimentalismo do hermeneuta, o segundo tem sido aplicado apenas ao final da interpretação, quando o aconselhável seria tomá-lo em consideração em todas as etapas, principalmente no início.

Conclui-se então que, se corretamente aplicado o princípio da proteção em sua essência e desde o início do processo interpretativo, não se justifica a formulação da regra *in dubio pro operario* nos moldes tradicionais, uma vez que dúvida alguma haverá ao final. Logo, restam apenas duas alternativas ao intérprete e elas são excludentes: ou se considera que o princípio da proteção é suficiente por si só no processo de interpretação do Direito do Trabalho e não admite dúvidas, dispensando-se a aplicação da parêmia latina, ou se considera que o princípio revela-se através da aplicação da regra *in dubio pro operario* desde o primeiro momento do processo interpretativo, sanando-se a dúvida desde logo.

De outra banda, a regra da norma mais favorável também apresenta alguns nós de difícil desate, como visto anteriormente. Uma dessas intrincadas questões diz respeito à conceituação do que vem a ser “favorável” e já foi levantada por Francisco Rossal de ARAÚJO<sup>241</sup>:

*“Outra questão é saber o que significa ser mais favorável, pois esta noção contém, instrinicamente, um juízo de valor. Note-se que uma determinada questão pode ser mais favorável imediatamente e ser prejudicial em um futuro um pouco mais distante. A aplicação de uma determinada norma, em outra hipótese, pode ser mais benéfica a um trabalhador, isoladamente; entretanto, se aplicada a todos os trabalhadores de uma determinada empresa, pode levar à inviabilidade econômica desta”.*

Realmente, é tarefa das mais árduas precisar o sentido da favorabilidade ao trabalhador. O que é mais favorável ao trabalhador? De quem são os interesses: do empregado particularmente considerado, da categoria profissional ou da coletividade dos trabalhadores em geral? De qual natureza são os interesses: social, econômica, biológica, mista? Em face de quem os interesses devem ser defendidos: do empregador, do sindicato patronal, do Estado? Enfim, a norma mais favorável sobrepõe-se indistintamente a qualquer

---

<sup>240</sup> *Interpretação e ideologias*, p. 53 e 57.

<sup>241</sup> *A boa-fé no ...*, p. 113.

outra e, em caso afirmativo, de qualquer outra constante somente do ordenamento positivo ou também do jurídico?

Para o Direito do Trabalho, o conceito de “favorável” é, na classificação de Karl ENGLISH<sup>242</sup>, um conceito “indeterminado”. Ou seja, trata-se de um conceito cujo conteúdo e extensão são incertos. E, embora tal espécie de conceito seja a regra no Direito, deve-se ter em mente, para fins de aplicação do princípio da proteção, a lição do jurista alemão:

*“De diversas formas e em diferente medida, o órgão aplicador do Direito, através do Direito equitativo, através do <jus aequum>, que se prende com os conceitos indeterminados e com os conceitos normativos, com as cláusulas de discricionariedade e as cláusulas geris, é chamado a descobrir o Direito do caso concreto, não simplesmente através da interpretação e da subsunção, mas também através de <valorações e decisões de vontade>. neste ponto, vimo-lo, ora mais subordinado a critérios objectivos (lei moral, valorações da camada dirigente), ora mais entregue à bússola da sua concepção individual. Mas justamente neste último caso ainda não campeiam a desvinculação e o arbítrio, antes se nos deparam aí, a mais dos limites legais e supralegais da decisão pessoal, regras teleológicas e axiológicas, que na verdade não podem determinar exactamente a decisão material, mas em todo o caso lhe dão um quadro lógico de suporte. Subsiste sempre, no entanto, a coloração pessoal das valorações materiais e da decisão de vontade”<sup>243</sup>.*

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

Exemplifica-se com a Lei 9601/98 que instituiu como regra geral do ordenamento jurídico o contrato de trabalho por prazo determinado (rectius: com prazo) e que, muito embora menos favorável aos trabalhadores, em que pese o anunciado intuito de aumentar o nível de empregos, simplesmente atropelou o princípio da continuidade da relação de emprego e não atingiu seu intento. Todas as insurgências que se fizeram ao famigerado contrato “provisório” de trabalho não abordaram o princípio protetor, mas a violação de textos constitucionais e infraconstitucionais.

---

<sup>242</sup> *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 208-209.

<sup>243</sup> *Ibid.*, p. 248-249.

Outra restrição, também já lembrada, diz respeito a certas regras jurídicas de natureza cogente e que afastam a incidência do princípio protetor através da fórmula da norma mais favorável. É bem verdade que os princípios em geral tendem a se amoldar a determinadas situações; mas muitas vezes regras jurídicas imperativas mal aplicadas simplesmente lhes negam vigência. Assim é que se chegou a defender que a mesma Lei 9601/98 não violentou o princípio protetor porque resguardou os interesses da coletividade em prejuízo aos dos trabalhadores individualmente considerados. Isso sempre em nome do combate ao desemprego, como se a criação do “banco de horas”, outro instituto criado pelo diploma legal *retro* citado, não incentivasse a prestação de horas extras e, conseqüentemente, obstaculizasse a criação de novos empregos e até mesmo a manutenção daqueles já existentes. Há que se fazer uma releitura da regra da norma mais favorável e do próprio princípio da proteção, sob pena de restringir a esfera de atuação dela. Com certeza, a fórmula em comento pode até desvelar certa parte (menor do que a descrita tradicionalmente) do conteúdo do princípio protetivo, mas nele não se exaure.

Por fim, no que diz respeito à condição mais benéfica, deve-se observar que, mesmo se não se tratasse de uma das fórmulas do princípio protetor, o patrimônio jurídico do trabalhador estaria resguardado das sucessivas e posteriores regras jurídicas desfavoráveis, em função da aplicação da teoria do direito adquirido. Seja por meio da aplicação direta do Direito Constitucional, pelo artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, seja por meio da aplicação supletiva do Direito Civil, pelo artigo 6º, *caput* e § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, o direito adquirido pelo trabalhador não poderia ser violado no conflito intertemporal de regras jurídicas.

Não se quer dizer que o direito adquirido do trabalhador não deve ser resguardado. Muito pelo contrário, pois em função da especificidade da relação jurídica de emprego, com muito mais razão se faz necessária a aplicação da teoria geral do direito adquirido no Direito do Trabalho. O que se argumenta é que a aplicação dessa teoria no Direito do Trabalho não deveria ocorrer por força do princípio da proteção ou, quando menos, a condição mais benéfica não deveria ser tratada como um dos três componentes do todo. Ninguém duvida que o empregador também têm vários direitos adquiridos. E o motivo é simples: aplica-se a teoria geral do direito adquirido ao Direito do Trabalho em geral. Assim, trabalhador e empregador detêm direitos adquiridos, não se podendo concluir que a regra da condição mais benéfica seja uma peculiaridade do Direito do Trabalho ou um tipo de privilégio de apenas um dos sujeitos da relação individual de trabalho. Além do mais, à semelhança do que verificado com a regra

da norma mais favorável, também a da condição mais benéfica envolve uma conceituação indeterminada e, em função da dificuldade de ser precisada, é suscetível de distorção no processo de sua aplicação.

Conclui-se, pois, que a tradicional forma de aplicação do princípio da proteção por meio das três regras *retro* apontadas não esgotam o conteúdo tutelar do Direito do Trabalho. Muitas vezes, as regras *in dubio pro operario*, da norma mais favorável e da condição mais benéfica limitam e chegam a desvirtuar o princípio protetivo. É necessário que a doutrina e a jurisprudência evoluam no sentido de assimilar antes o conteúdo do princípio da proteção para, depois, aplicá-lo às relações de trabalho. Do contrário, aplicar-se-á o princípio protetivo segundo as três regras clássicas, em total subversão ao processo hermenêutico.

Diga-se mais: as três fórmulas devem ser contextualizadas a partir da consideração do princípio protetivo como pedra de toque da dignidade do trabalhador que, como ser humano que é, deve ser protegido não só pela inexistência de posses, como também pela sujeição ao comando de outra pessoa.

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

*“A igualdade real ou igualdade social não significa igualitarismo, que reduzisse o homem a um mesmo e indiferenciado modo de existência, com negação da identidade e liberdade da pessoa humana. A liberdade não pode, todavia, ser entendida como liberdade individual assente no título da propriedade, em que a liberdade de uns conduza à apropriação da liberdade dos outros”*<sup>244</sup>.

Enfim, tal como na mitologia grega, o princípio protetor apresenta-se ao Direito do Trabalho como um enigma, cujo deslinde implicará o seu fortalecimento como ciência e a dignificação do trabalho humano pela efetiva proteção do trabalhador. Porém, se o direito protetor for incompreendido, o resultado será a ruína e o retorno desse direito ao Direito Civil que não mais existe nos mesmos moldes verificados quando do desmembramento desses dois ramos do Direito.

---

<sup>244</sup> *O princípio da igualdade ...*, p. 106

### 3 A ATUALIDADE BRASILEIRA

#### 3.1 REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA

O aumento incessante dos níveis de desemprego estrutural, a manifesta diminuição do nível de ocupação da população, os ataques dirigidos ao Direito do Trabalho e dita modernização das relações de trabalho difundida por vários segmentos da mídia na atualidade desafiam os governos (aparentemente triunfantes na luta contra a inflação, no fortalecimento da moeda e no ajustamento fiscal, mas alheios quanto à exclusão social); a sociedade civil (acuada face à sombra da miséria e perplexa com o complexo e célere desenvolvimento tecnológico); os operadores do Direito do Trabalho (preocupados com o futuro da disciplina jurídica e com o dismantelamento de seu núcleo protetor) a identificar as causas desses fenômenos e a procurar impedir os efeitos perniciosos que eles produzem sobre a humanidade.

Enquanto alguns autores apontam as causas do desemprego para o sentido da crise do capital, outros traçam um quadro crítico do trabalho. Ricardo ANTUNES<sup>245</sup>, por exemplo, constata que se encontra em marcha um processo de negação da centralidade do trabalho, que o capital sofre crise estrutural há três décadas e que a força de trabalho está sendo marginalizada e explorada pelo capital, com dois terços da força de trabalho localizada no chamado Terceiro Mundo. Afirmando que o neoliberalismo e a reestruturação produtiva da era da acumulação flexível são expressões da crise experimentada pelo capital e defendendo a tese da centralidade da categoria trabalho na formação da sociedade contemporânea em contraposição à lógica do mercado de priorização da produção de bens e serviços e de valorização do capital, o autor não nega a crise vivenciada também pelo trabalho, mas sustenta que é equivocada a visão do fim do trabalho dentro de uma sociedade produtora de mercadorias.

Segundo ANTUNES, o sistema de metabolismo social do capital é o complexo caracterizado pela divisão hierárquica do trabalho e pelo resultado de um processo histórico em que sempre prevaleceu a divisão social na qual o trabalho curvou-se a um capital expansionista, acumulativo e auto-reprodutivo, sujeição esta causada pelos seguintes fatores: a) a separação e a alienação entre o trabalhador e os meios de produção; b) a imposição dessas

---

<sup>245</sup> *Os sentidos do trabalho*, p. 15-27.

condições objetivadas e alienadas sobre os trabalhadores, como um poder separado que exerce o mando sobre eles; c) a personificação do capital como um valor egoísta voltado para o atendimento dos imperativos expansionistas; e d) a equivalente personificação do trabalho, isto é, a personificação dos operários como trabalho, destinado a estabelecer uma relação de dependência com o capital historicamente dominante <sup>246</sup>.

De outra banda, Sidnei MACHADO <sup>247</sup> entende que a crise da sociedade do trabalho vem sendo analisada por vários estudiosos cujas linhas de raciocínio podem ser classificadas em três correntes teóricas: a) a teoria da sociedade da informação, segunda a qual há um novo modo de produção, fazendo com que capital e trabalho sejam trocados por conhecimento e informação, esta assumindo valor muito superior ao capital, à terra e ao trabalho; b) a teoria da sociedade pós-fordismo, cujos defensores avaliam que a crise de produção em massa iniciada na década de sessenta origina um novo modo de produção: a acumulação flexível; c) a teoria da sociedade da pós-modernidade constata que o fenômeno da descentralização da produção origina-se na organização do trabalho e da tecnologia.

Para o autor, as três teorias partem da mesma premissa: a de que a crise está localizada no trabalho e não no capital, uma vez que o modo de produção capitalista continua a atingir seus objetivos (acumulação e lucro). Isso gera incessante degradação da “mercadoria trabalho” devido à priorização não só do comércio a partir dos anos setenta, do imperativo da rentabilidade econômica, como da apologia da empresa como única forma de atingimento da riqueza social.

Entende-se que é inegável a crise por que atravessam tanto o trabalho como a sociedade que nele é fundada. Quanto ao capital, seria mais correto falar-se em crise do capitalismo e não do capital propriamente considerado, que continua tendendo à acumulação, muito embora cada vez mais nas mãos de poucos. Superou-se a controvérsia sobre qual seria o modelo mais adequado para a constituição de uma sociedade que se pretende justa, através da prevalência do capitalismo sobre o socialismo. E pouco o capitalismo fez para manter e desenvolver o sistema produtivo de bens e serviços e para compreender os impactos

---

<sup>246</sup> “Expansionista, desde seu microcosmo até sua conformação mais totalizante, mundializado, dada a expansão e abrangência do mercado global, destrutivo e, no limite, incontrolável, o sistema de metabolismo social do capital vem assumindo cada vez mais uma estruturação crítica profunda. Sua continuidade, vigência e expansão não podem mais ocorrer sem revelar uma crescente tendência de crise estrutural que atinge a totalidade de seu mecanismo. Ao contrário dos ciclos longos de expansão alternados com crises, presencia-se um depressed continuum que, diferentemente de um desenvolvimento auto-sustentado, exhibe as características de uma crise cumulativa, endêmica, mais ou menos uma crise permanente e crônica, com a perspectiva de uma crise estrutural”. *Os sentidos ...*, p. 27

<sup>247</sup> *O direito à proteção ao meio ambiente de trabalho no Brasil: os desafios para a construção de uma racionalidade normativa*, p. 16-17.

econômicos na relação entre o capital e o trabalho a serem causados pela Revolução Tecnológica que se avizinhava<sup>248</sup>.

### 3.1 REVOLUÇÕES INDUSTRIAIS

Se por um lado ainda se discute se é o capital ou o capitalismo que se encontra em crise e se a crise efetivamente existe<sup>249</sup>, por outro é inegável a constatação do fenômeno da transição paradigmática no sistema de produção capitalista de bens e serviços, fenômeno este observado no contexto da Revolução Tecnológica e que, fora de dúvidas, contribui sobremaneira para a pintura do quadro de crise do trabalho como valor central social. A mudança de paradigma no modo produtivo não é exclusivo da Revolução Tecnológica brotada da Terceira Revolução Industrial. Assim como a Primeira Revolução Industrial, geradora da economia moderna - a tecnologia substituiu a aptidão humana pelo maquinário e os esforços físico e animal pela energia, marcando a transição do artesanato à manufatura - com muito mais vigor a Segunda Revolução Industrial também implicou alterações substanciais dos modelos de produção, notadamente no que diz respeito às concepções taylorista e fordista a respeito do sistema produtivo.

Arion Sayão ROMITA<sup>250</sup> alude a três revoluções gerais na tecnologia realizadas pela apropriação de distintas fontes energéticas pelos meios de produção capitalista. Para o autor, tais fontes seriam passíveis de identificação, de acordo com a evolução histórica do capitalismo, da seguinte forma: a) a Primeira Revolução Industrial, do final do século XVIII até o início do século XIX, proporcionada pela produção de motores a vapor por meio de máquinas; b) a Segunda Revolução Industrial, do final do século XIX até o início do século XX, caracterizada pelo desenvolvimento e aplicação do motor elétrico e do motor a explosão; c) a Terceira Revolução Industrial, com início a partir da Segunda Guerra Mundial, marcada pela automação obtida a partir de aparelhos eletrônicos. Resumindo: vapor de água

---

<sup>248</sup> Valemo-nos, aqui, das lições de José Augusto Rodrigues PINTO. *O direito do trabalho ...*, p. 36.

<sup>249</sup> Viviane FORRESTER, por exemplo, afirma que “*em que sonho somos mantidos, entretidos com crises, ao fim das quais sairíamos do pesadelo? Quando tomaremos consciência de que não há crise, nem crises, mas mutação? Não mutação de uma sociedade, mas mutação brutal de uma civilização? Participamos de uma nova era, sem conseguir observá-la. Sem admitir e nem sequer perceber que a era anterior desapareceu. Portanto, não podendo enterrá-la, passamos os dias a mumificá-la, a considerá-la atual e em atividade, respeitando os rituais de uma dinâmica ausente. Por que essa pojeção permanente de um mundo virtual, de uma sociedade sonâmbula devastada por problemas fictícios? - o único problema verdadeiro é que esses problemas não são mais problemas, mas, ao contrário, tornaram-se a norma dessa época ao mesmo tempo inaugural e crepuscular que não assumimos*”. *O horror econômico*, p. 8.

<sup>250</sup> *Globalização da economia e Direito do Trabalho*, p. 16-21.

inicialmente; eletricidade e petróleo num segundo momento; eletrônica e energia atômica, ao final, foram as fontes de energia adotadas sequencialmente pelo sistema capitalista para a produção de bens e serviços.

E, sem embargo da diversidade dos períodos em que os efeitos da primeira Revolução Industrial foram verificados em diversos países, as suas principais características não sofreram alterações substanciais: o crescimento populacional, a aplicação da ciência à indústria e o uso intenso e extenso do capital. Por seu turno, a segunda Revolução Industrial foi marcada pelo caráter expansionista do capital, renovado nos diversos ramos de produção não só por meio da substituição do vapor de água pela eletricidade e pelo petróleo, como também pela conseqüente aparição de novos tipos de motores e máquinas. Em um primeiro momento, o conceito de eficiência econômica foi trazido ao modo de produção industrial por Frederick Winslow TAYLOR e, posteriormente, Henry FORD adotou a esteira móvel e lançou a produção em série. Já ao final da Revolução em comento, o trabalho na linha de montagem cede lugar à automatização e desaparece o trabalho de execução. Enfim, a Terceira Revolução Industrial evidencia-se pelas descobertas científicas realizadas principalmente nas duas últimas décadas do segundo milênio. Ela chega a ser confundida com a própria Revolução Tecnológica, tais a magnitude de sua inovação e a extensão de seus efeitos. O capitalismo sofre mutações decorrentes da acirrada competição internacional causada pela facilidade de deslocamento de capital e tecnologia pelas fronteiras nacionais; tais modificações convergem na figura da empresa os investimentos produtivos e nela são desenvolvidas as relações sociais e a divisão do trabalho; ainda: surge a empresa de terceiro tipo, atuante no campo da economia mundializada, dentro de sistemas industriais cada vez mais complexos e sob a influência de tecnologias cada vez mais sofisticadas.

Por sua vez, José Augusto Rodrigues PINTO<sup>251</sup> aborda a questão das Revoluções Industriais e da Revolução Tecnológica de forma distinta e muito interessante. Para o jurista, a Revolução Industrial iniciada na Inglaterra no final do século XVII foi um fato econômico e um divisor de águas. Foi um fato econômico porque, a partir da utilização da máquina como fator concorrente da mão-de-obra no processo produtivo, houve profunda e irreversível alteração no complexo de relações humanas, cujo traço mais marcante foi a urbanização da sociedade. Isso mudou o eixo de equilíbrio das forças sociais e dos interesses jurídicos emergentes das novas relações de trabalho. Por outro lado, essa Revolução Industrial dividiu a civilização desenvolvida a partir do classicismo greco-romano daquela que inaugurou a

---

<sup>251</sup> *O direito do trabalho e as questões do nosso tempo*, p. 22-26.

modernidade industrial. Nessa linha de raciocínio, a Revolução Industrial original não se exauriu instantaneamente, mas é um processo contínuo de transformação, motivo pelo qual se tem falado em três Revoluções Industriais: a primeira, irradiada da Inglaterra para o continente europeu no primeiro quarto do século XVIII e caracterizada pela transição da ferramenta de operação manual para a máquina-ferramenta; a segunda, ocorreu durante o último quarto do século XIX até o início do século XX e foi marcada pela transição da máquina-ferramenta para a mecanização proporcionada pela máquina semi-automática; e a terceira, teve início após a Segunda Guerra Mundial e foi identificada pela capacidade de as instalações automatizadas substituírem a mão humana e as funções cerebrais requisitadas pela vigilância das máquinas-ferramenta.

José Augusto Rodrigues PINTO assevera que houve diversas migrações da força de trabalho humana para novos e sucessivos setores produtivos. Na Primeira Revolução Industrial, a migração ocorreu do campo para a fábrica (o processo de urbanização da sociedade industrial) e houve a mudança dos postos de trabalho do setor primário (agricultura) para o secundário (industrial). Na Segunda, a migração deu-se do setor secundário para o terciário (serviços). E, por fim, na Terceira Revolução Industrial, também chamada de Revolução Tecnológica, constatou-se uma migração tumultuada, não só pela velocidade desse ciclo (o primeiro durou cerca de cem anos, o segundo, cerca de 70 anos e o atual, iniciou-se em menos de 50 anos), como também pela secundarização da força humana de trabalho no contexto contemporâneo da produção.

O que mais desperta a atenção no pensamento de Rodrigues PINTO é que, partindo da premissa de que a Primeira Revolução Industrial revelou-se um fato econômico e que nesta e também na Segunda Revolução a tecnologia foi um instrumento da economia para que esta alcançasse seus objetivos, principalmente aqueles preconizados pelos modos de produção mecanizada de TAYLOR e FORD, o autor defende que da Terceira Revolução Industrial irrompe a Revolução Tecnológica, pois, aqui, a tecnologia fundada na cibernética, na informática e na automação passa à frente da economia e recusa-se a observar as regras desta, imprimindo ao capital uma agilidade incontrolável pelo padrão econômico <sup>252</sup>.

Três perfis da terceira Revolução Industrial são traçados pelo juslaboralista baiano:

---

<sup>252</sup> “É fácil perceber que ocorreram, até agora, três ondas de transformação radical provocadas, respectivamente, pela introdução da máquina na produção de bens, pela intensificação de seu uso, na produção em série, e pela explosão tecnológica. A denominada Revolução Tecnológica, portanto, não é mais do que o estágio contemporâneo da Revolução Industrial, ainda não entrado no processo de sedimentação de resultados e, conseqüentemente, de acomodação da nova sociedade que está plasmando”. Essa passagem consta de outro artigo do autor: *Direito do trabalho - globalização ...*, p. 887.

*“Perfil econômico: inversão do binômio hegemônico entre economia e tecnologia pela conjunção dos fatores tecnológicos da automação da produção, instantaneidade da comunicação e informatização do conhecimento; globalização das ações e reações da atividade econômica de investimento e produção; terciarização da atividade empresarial e transnacionalização da empresa; formação reagente à globalização de blocos econômicos regionais. Perfil social: desequilíbrio migratório da mão-de-obra liberada pela automação no setor secundário da atividade (industrial) para o quaternário (de conhecimento); aparição do subemprego e do desemprego estrutural com a absorção da mão-de-obra pela máquina; irrupção da subclasse social. perfil jurídico: desterritorialização do trabalho; prioridade da idéia de repartição sobre a de conservação do emprego; pressão revisionista do fundamento tutelar de sustentação da imperatividade estatal das normas de proteção do trabalhador; inflexão sindical da atitude de pressão reivindicativa para a de negociação coletiva”.*

Com efeito e no dizer de Jorge Eduardo Levi MATTOSO <sup>253</sup>, a partir da década de oitenta o capitalismo se reestrutura mundialmente e então dá-se início à terceira Revolução Industrial, que rompe com o paradigma industrial e tecnológico formado na segunda Revolução Industrial e está informado por um novo padrão produtivo, tecnológico e organizacional. Tem início uma verdadeira Revolução que, além de Industrial, com muito mais força é Tecnológica, pois, do ponto de vista da estrutura e da dinâmica industrial, a principal tendência diz respeito tanto ao desenvolvimento da tecnologia digital de base microeletrônica como ao conjunto do progresso técnico gerado no complexo eletrônico. Em verdadeira concorrência internacional entre nações pelo predomínio tecnológico e com o auxílio da informática, ocorrem progressos técnicos em áreas como a química fina, novos materiais e biotecnologia. Também se verifica o fenômeno da financeirização da economia, com a conseqüente reversão do longo período de realinhamento da relação entre capital e trabalho, relativamente favorável ao segundo, e que atingiu o trabalho organizado, que, em posição de defesa, sofre mudanças e perde parte de seu poder político, de representação e de “conflitualidade”.

Bem se vê que a relativa harmonia no mundo do trabalho verificada no período compreendido da Segunda Guerra Mundial até o início dos anos setenta, sustentada pela intensificação da acumulação do capital, pelo incessante crescimento da economia, pelo aumento da produtividade empresarial, pela majoração da demanda por bens de consumo e pelo incremento salarial da era fordista, simplesmente é partida, por causa da mudança de paradigma ocasionada pela Revolução Tecnológica.

E, tal como se verificara a respeito das duas primeiras Revoluções Industriais, o Brasil vem apresentando dificuldades em apreender as causas e em assimilar os efeitos -

principalmente os benéficos - decorrentes da transição paradigmática proveniente da Revolução Tecnológica. Basta citar, a título meramente exemplificativo, que foram necessários três quartos do século XX para a consolidação da indústria nacional conforme o modelo produtivo da Segunda Revolução Industrial. Daí porque Jorge Eduardo Levi MATTOSO assevera que o retardamento no combate à crise brasileira e o seu aprofundamento na última década do milênio impõe o *“enfrentamento em tempo real dos problemas relativos ao nosso passado de atraso, exclusão e heterogeneidade, ao nosso presente de crise do padrão de desenvolvimento e, finalmente, mas não menos importante, ao nosso eventual futuro de incorporação do novo padrão tecnológico e produtivo e suas conseqüências, em um momento em que ainda não se constituiu em escala internacional um novo padrão de desenvolvimento”* <sup>254</sup>.

Torna-se, então, imperativo o encontro de uma solução para a crise do trabalho como valor central da sociedade contemporânea que, duramente atingida em seu núcleo, é absorvida pelas qualidades, quantidade e velocidade de tantas outras crises, inclusive a da própria democracia, quedando inerte em se recompor.

Mas não só o atraso do Brasil em acompanhar o que acontecia à sua volta justifica a aguda crise atualmente vivenciada pelo trabalho em nosso país. Também o desenvolvimento seletivo e excludente dos países tecnologicamente e economicamente mais avançados, com a implementação de um novo padrão de produção cada vez mais amorfo e flexível, potencializa os efeitos deletérios sobre o mundo do trabalho. E, para averiguar se é possível a determinação dos traços gerais desse novo modo de produção de bens e serviços, analisar-se-á o que se convencionou chamar de Reestruturação Produtiva, considerada por muitos como a principal expressão da crise estrutural vivida pelo capital e pelo trabalho.

### 3.1.2 A REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA

Em que pese a Primeira Revolução Industrial ter significado o rompimento da sociedade ocidental com o modo artesanal de produção ínsito à civilização greco-romana, interessa para esta investigação a análise das transformações ocorridas durante a Segunda Revolução Industrial e a transição paradigmática verificada por ocasião da Revolução Tecnológica surgida durante a Terceira Revolução Industrial.

---

<sup>253</sup> A *desordem do trabalho*, p. 64 e 69.

<sup>254</sup> *Ibid.*, p. 127.

Em número de três podem ser classificados os sistemas de produção capitalista observados a partir do final do penúltimo século do segundo milênio: a) o taylorismo, fundado nos “princípios de administração científica”, formulados pelo engenheiro mecânico Frederick Winslow TAYLOR, e iniciado a partir do último quarto do século XIX; b) o fordismo, implementado pelo empresário Henry FORD e verificado a partir do primeiro quarto do século XX; c) o toyotismo, também chamado de sistema de acumulação flexível, calcado na organização do trabalho formulada pela empresa japonesa de automóveis TOYOTA e constatada com maior ou menor intensidade a partir do último quarto do século XX. Analisar-se-ão tais sistemas de forma isolada e conforme a cronologia dos fatos.

### 3.1.2.1 O TAYLORISMO

Antes de tudo, há que se registrar que a obra de Frederick Winslow TAYLOR<sup>255</sup> é um culto à eficiência iniciado a partir da concepção de eficiência nacional de Theodore ROOSEVELT. Tal eficiência teve por objetivos: acusar a perda sofrida pelos Estados Unidos da América em decorrência da ineficiência; apontar que esta se revelava na administração e não na figura humana. Essa administração era uma verdadeira ciência regida por normas, princípios e leis precisamente definidos, cuja finalidade consistiria em assegurar o máximo de prosperidade ao empregado (salários mais altos e aproveitamento mais eficiente do trabalho) e ao patrão (grandes dividendos para a companhia e desenvolvimento de todos os ramos do negócio empresarial).

A obra de TAYLOR parte das premissas segundo as quais o indivíduo atinge sua maior prosperidade quando alcança o mais alto grau de eficiência, e o trabalhador tende quase sempre a fazer menos do que pode realmente<sup>256</sup>, por três motivos: a) o receio do operário de trabalhar rapidamente e contribuir para o aumento do desemprego; b) a ignorância do patrão em determinar o tempo necessário para execução de tarefas; c) o aprendizado dos ofícios por observação dos colegas de trabalho, através de métodos empíricos e em detrimento dos métodos científicos.

TAYLOR propôs a divisão de trabalho em dois níveis - gerentes e não-gerentes - com clara divisão de responsabilidades manuais e intelectuais entre os trabalhadores (supervisores - os trabalhadores planejadores com poder de direção - e operários - os trabalhadores

---

<sup>255</sup> *Princípios de administração científica.*

<sup>256</sup> “Vadiagem no trabalho” e “fazer cera” são as expressões empregadas por TAYLOR. *Princípios ...*, p 16-17.

executores <sup>257</sup>) e, adotando como regra geral a preguiça e a vadiagem do operário, o autor não se propôs a solucionar todos os problemas das classes obreira e patronal, mas a tornar melhor o mundo civilizado a partir da aplicação dos princípios da administração científica. As noções de tarefa e gratificação são consideradas como os mais importantes elementos dessa ciência, e o trabalho de cada operário deve ser planejado com antecedência e, se for realizado em observância ao limite temporal estabelecido e observada a “lei da fadiga”, o trabalho prestado é remunerado com um adicional, vale dizer, um acréscimo de ordenado. Sabendo a tarefa diária a ser cumprida, o operário pode apreciar durante o curso do tempo o seu próprio progresso e assim obterá grande satisfação profissional.

Foram exaustivamente estudados o rendimento e os movimentos dos trabalhadores, não só pela minuciosa cronometragem do tempo gasto em cada tarefa, bem como pela mudança na mentalidade e nos hábitos dos trabalhadores com relação ao trabalho e aos patrões. A partir desses estudos formulados com base na ciência (assim entendida por TAYLOR como o estudo do tempo e dos movimentos), foram formulados os seguintes princípios fundamentais da “administração científica”: a) a substituição do critério individual do operário por uma ciência verdadeiramente desenvolvida; b) a seleção, a instrução, o treinamento e o aperfeiçoamento científico do trabalhador, estudado e experimentado por estudiosos que não ele próprio; c) a cooperação íntima da administração com os trabalhadores, de modo que realizem conjuntamente o trabalho e de acordo com a cientificidade da administração e não com a subjetividade do operário.

A eficiência passou a guiar o sistema de produção, com máquinas e seres humanos trabalhadores sendo medidos de acordo com a sua eficácia, a sua aptidão para produzir riqueza e, também e supostamente, para a obtenção de tempo livre para o lazer. O método empregado por TAYLOR consistiu basicamente na divisão de cada tarefa a ser desempenhada pelo trabalhador em componentes perfeitamente identificáveis e separáveis do todo. Dessa maneira, pôde-se mensurar cada um, de forma a apurar o menor tempo possível para a execução da atividade. Horas, minutos, segundos e, até mesmo, microssegundos passam a ser a medida do desempenho dos trabalhadores; enfim, este será o de otimizar o trabalho e alcançar economia de tempo.

Portanto, bem se vê que, por meio da implantação do conceito moderno de eficiência econômica na organização do trabalho, no taylorismo, o trabalhador torna-se intensamente

---

<sup>257</sup> TAYLOR chega a mencionar que “*um dos primeiros requisitos para um indivíduo que queira carregar lingotes como ocupação regular, é ser tão estúpido e fleumático que mais se assemelhe em sua constituição mental a um boi*”. *Princípios ...*, p. 56.

controlado no que diz respeito ao tempo de execução do seu trabalho. Dessa forma, passa-se a retirar desse operário o máximo de rendimento no menor tempo possível, e ele se torna não mais do que uma mera engrenagem no intrincado sistema de produção industrial dominado predominantemente pela máquina. Forma-se a estrutura hierárquica piramidal no seio da empresa, com gerentes possuidores de alto conhecimento científico cada vez mais valorizados no topo daquele poliedro e trabalhadores executores cada vez mais controlados na base.

A concepção do taylorismo é traçada no início da Segunda Revolução Industrial, não só em função do advento da eletricidade e dos novos motores a explosão, como também dos materiais produzidos artificialmente e da manufatura de precisão. Isso contribuiu para a proliferação do emprego de maquinário em grandes pólos industriais e acentuou a repetição das atividades laborais do trabalhador, que na concepção taylorista perde a sua identidade como ser humano, uma vez que são presumidas as suas vadiagem e ignorância quanto ao aprendizado da ciência da administração. O trabalhador, então, passa a ser considerado uma extensão do maquinário, ou seja, mais um elemento material do modo de produção, que necessita ser dirigido por aqueles que detêm conhecimento da administração científica.

Sob a égide de diretrizes acerca da organização do trabalho que foram resumidas por BRAVERMAN <sup>258</sup>, a saber: como sendo a dissociação do processo de trabalho das qualificações dos trabalhadores; a separação da concepção e da execução do trabalho e o uso do monopólio do conhecimento para controlar os distintos passos do processo do trabalho e seu modo de execução, a teoria da “administração científica do trabalho” formulada por TAYLOR encontrarão espaço para a sua aplicação prática nos países mais avançados, notadamente os Estados Unidos da América, como tempo para a sua efetivação na transição do século XIX para o século XX.

Alguns viram no taylorismo uma forma possibilitadora do acréscimo do patrimônio do trabalhador - o “máximo de prosperidade” a ser assegurada simultaneamente ao operário e ao patrão - e da redução do tempo de trabalho, o aumento de tempo livre a ser obtido pelo “regime de tarefa”. Sendo o trabalho uma fonte criadora de riqueza e prosperidade, o aumento de sua produtividade implicaria o favorecimento à acumulação de capital pelo trabalhador, e a redução de custos proveniente da produção em larga escala acarretaria a ampliação dos mercados interno e externo, o que reduziria as taxas de desemprego.

---

<sup>258</sup> Apud Jorge Eduardo Levi MATTOSO, obra citada, p. 19.

Exemplificativamente, Domenico DE MASI <sup>259</sup> defende que o esforço continuado rumo à eliminação do trabalho humano do processo de produção é próprio ao taylorismo. De fato, na sua época, “*enquanto o marxismo considerava que o trabalho era a própria essência do homem, enquanto o catolicismo encarava o trabalho como uma forma de expiar o pecado original, enquanto o socialismo filantrópico o considerava uma fonte de convívio cooperativo, Taylor o julgava um mal que podia ser tecnicamente eliminado*” por meio da engenharia e da organização e com a redução paulatina da fadiga humana necessária à produção de bens. Ele se baseava nos seguintes princípios: a padronização dos produtos, dos processos e das necessidades; a especialização das competências e das funções; a sincronização dos horários; a centralização dos poderes e das informações; a concentração de recursos, das atividades e das pessoas; a tendência ao gigantismo das corporações.

Contudo, a realidade foi outra que não a apresentada pelo sociólogo italiano. A administração científica de TAYLOR aplicada ao sistema de produção não visava à eliminação do trabalho; ao contrário, visava à sua otimização, procedida única e exclusivamente pelo controle direto sobre a pessoa do trabalhador. Tal controle se dava principalmente no que diz respeito à fiscalização da jornada de trabalho pelos seus pares localizados no alto da pirâmide hierárquica. Além do mais, como elemento indispensável na concepção de organização de trabalho de TAYLOR, a subordinação, ainda que mais aproximada da dependência hierárquica, também se revelou presente no processo de intensificação do trabalho anunciado como necessário ao combate da presumida vadiagem do trabalhador. Não só o tempo de execução das tarefas, portanto, passou a ser controlado, como também as atividades e as metas desenvolvidas pelo operário tornaram-se passíveis de fiscalização.

Enfim, o trabalho realizado pelos operários passou a ser controlado qualitativa e quantitativamente pelos patrões. Mas não se verificou neste processo a eliminação do trabalho e sim, a sua consideração como mero elemento material do sistema de produção. Independente da fonte - máquina ou homem - o trabalho insere-se no modo de produção como mais um instrumento dentre vários à obtenção do lucro e da acumulação de capital. Por sua vez, o trabalhador perde a sua identidade como cidadão e ser humano e passa a ser considerado como coisa e mera extensão da máquina. Por um lado, intensifica-se a estratificação social entre detentores do capital e do trabalho e, dentre os possuidores da força

---

<sup>259</sup> *Desenvolvimento sem trabalho*, p. 39-45.

de trabalho; por outro, inicia-se outra superposição, qual seja, entre os detentores de conhecimento técnico e científico e os não detentores desse conhecimento.

### 3.1.2.2 O FORDISMO

O fordismo teve início no segundo quarto do século XX e a partir de um quadro de crise econômica mundial, de reconstrução do segundo pós-guerra e de reorganização do sistema produtivo taylorista. Buscando a intensificação da acumulação de capital e o incremento do emprego pelo aumento do salário do consumidor (o próprio trabalhador), Henry FORD passa a produzir um determinado produto padronizado em série, utilizando-se, para tanto, de peças permutáveis e facilmente conectivas, tornando dispensável as média e alta capacitações profissionais.

O modelo fordista de produção funda-se na linha de montagem, por meio da qual não só é economizado tempo na execução do produto final, como também é controlado o ritmo de movimentação da fábrica e, conseqüentemente, dos empregados que nela trabalham. Através da adoção da esteira móvel, a produção em série se dá pela estandardização das partes que integram o todo, pela divisão do trabalho em parcelas e pelo ritmo desumano de desenvolvimento das atividades, altamente propício aos acidentes e às doenças do trabalho. Também neste sistema a organização do trabalho se operou de forma rígida e hierárquica, com a disposição de trabalhadores dispostos em degraus da mesma pirâmide, cujo ápice era ocupado pela direção e em cuja base assentavam-se os trabalhadores da linha de montagem.

Antônio Rodrigues de FREITAS JÚNIOR <sup>260</sup> aceita a idéia de que para o termo fordismo podem ser empregadas duas acepções distintas e não excludentes entre si. A primeira, como expressão do círculo virtuoso resultante de um pacto, uma barganha entre os protagonistas da relação capital-trabalho, consistente na aceitação de que a liderança do processo produtivo fosse mantida nas mãos dos dirigentes e proprietários das empresas. Confere-se, em contrapartida, ao sindicato dos trabalhadores, a liderança do processo gradual de conquistas de direitos e vantagens, fossem essas no terreno da produção, fossem mesmo na esfera do acesso ao consumo pelo crescimento real dos salários, possibilitada pelo aumento da produtividade, com o Estado tornando-se, de certa forma, o fiador do compromisso assumido entre capital e trabalho. De outra banda, a segunda acepção do termo fordismo enfatiza o

---

<sup>260</sup> *Direito do trabalho na era do desemprego: instrumentos jurídicos em políticas públicas de fomento à ocupação*, p. 63-65.

papel desempenhado pelo fator humano na conformação de um modelo próprio de organização do trabalho. Este desempenho seria fundado na crescente importância da gestão desse fator humano como ferramenta para o funcionamento do sistema, passível de obtenção através da segmentação do trabalho.

Já Sidnei MACHADO <sup>261</sup> aponta que a origem do fordismo como modo de organização do trabalho ocorre na década de 20, quando Henry FORD implanta o dia de oito horas e o salário diário de cinco dólares na indústria automobilística da Ford. São as principais características deste sistema de produção: a) o uso de maquinaria; b) a produção de um único produto estandardizado; c) a existência de trabalhadores com habilidade média e grande divisão do trabalho; d) a pequena qualificação; e) o mercado de consumo de massa. Segundo o autor, mais do que um modelo de organização do trabalho, o fordismo foi um eficiente método de controle e disciplina que rompeu definitivamente com as formas tradicionais de trabalho:

*“O modelo organizacional de Ford visava, inicialmente, aumentar a produtividade pelo aperfeiçoamento da Administração Científica de Taylor, introduzindo nova forma de controle e gerência do trabalho, com ingredientes estéticos. Com o aumento de salários, agora pagos por hora e não mais por tarefa, pretendeu Ford introduzir um novo padrão de consumo, adequado às normas de produção. Com isso, romperia com a resistência dos trabalhadores na linha de montagem, acelerando, assim, a produção. Em síntese, Ford pretendeu empreender um novo esforço de racionalização técnica”* <sup>262</sup>.

Por seu turno, Jorge Eduardo Levi MATTOSO <sup>263</sup> aponta que as condições da organização do trabalho fordista são, dentre outras, a mecanização, o parcelamento, a homogeneização, a desqualificação e a hierarquização. Efetivamente, observa-se que o sistema de produção permanece mecanizado com FORD, à semelhança do que é verificado em TAYLOR, com uma nota adicional de fundamental importância: a adoção da esteira móvel responsável pelo transporte das peças até o trabalhador e da intensificação do ritmo de trabalho ditado pela empresa, sendo negado ao trabalhador interferir na determinação da velocidade do curso desse processo.

Há, também, o parcelamento das tarefas a serem desempenhadas pelos trabalhadores. Cada qual é responsável por poucas e pré-determinadas atividades, o que acarreta a alienação

---

<sup>261</sup> A proteção social do trabalhador no mundo globalizado - o direito do trabalho no limiar do século XXI, p. 21-24.

<sup>262</sup> Ibid., p. 22.

<sup>263</sup> A desordem ..., p. 49.

do trabalhador quanto ao conjunto do bem a ser produzido e quanto à sua contribuição para a formação do produto final.

Homogeneiza-se o trabalho, ou seja, as atividades a serem desempenhadas por diversos trabalhadores são as mesmas ou semelhantes, o que implica a desqualificação da mão-de-obra, que aprende rapidamente a executar tarefas extremamente repetitivas, pouco variadas e realizadas pelos colegas e a quem é negada qualquer espécie de conhecimento especializado. Enfim, a hierarquização opera-se pela disposição dos trabalhadores em camadas hierárquicas e em número superior ao verificado no sistema taylorista de produção, evidenciando-se não só a presença da subordinação como também a inexistência de poder de decisão por parte dos trabalhadores menos qualificados.

Em contrapartida, os salários dos trabalhadores sofrem majoração com a finalidade patronal de inseri-los no sistema de consumo em massa, pois um dos intentos de FORD era o de proporcionar aos seus empregados possibilidades para que comprassem o que produziam. O parâmetro para a remuneração dos trabalhadores deixa de ser a tarefa, tal como se verificara em TAYLOR, e passa a ser a hora trabalhada. Esta transição veio a significar não só o incentivo ao consumo pelos trabalhadores, mas a subordinação passou a ser realizada sobre o tempo de execução das atividades, isto é, sobre a jornada de trabalho, e não mais sobre a tarefa realizada.

Neste sentido, Maria Regina Gomes REDINHA <sup>264</sup> afirma que *“no zénite do vigor da sociedade industrial a empresa evidencia paralelamente a sua máxima potência como módulo ou princípio energético do Direito do Trabalho e robustece-se como sede privilegiada da relação de trabalho subordinado. É a empresa que, mais do que nunca fornece o quadro normativo do exercício de direitos e deveres e o critério de fronteira e de determinação do conteúdo da subordinação”*. Segundo a jurista, de um lado, opera-se o intervencionismo do Estado na regulação do processo de produção e, conseqüentemente, do Direito do Trabalho. Este passa a assumir caráter coletivo e publicista e a resguardar garantias mínimas de trabalho inderrogáveis e voltadas à estabilidade e à segurança do emprego. De outro lado, o modelo fordista de produção favorece a projeção das organizações representativas dos interesses de classe e a sua consolidação como os mais importantes atores no processo da negociação coletiva. Tais fatores são suficientes para ensejar o ensombramento do contrato individual de trabalho e da configuração da relação de trabalho como o exercício de uma atividade desempenhada no âmbito da empresa e em um local de

---

<sup>264</sup> *A relação laboral ...*, p. 39.

trabalho específico, mediante a subordinação a um único empregador, com uma duração indeterminada e com a possibilidade de progressão na hierarquia da organização.

Os efeitos da disseminação do modelo fordista de produção são nítidos. No terceiro quarto do século XX, o sistema econômico capitalista observou uma fase de crescimento econômico sustentado, de aumento de produtividade industrial, de intensificação da acumulação do capital e de acréscimo do consumo, além de consideráveis estabilidade e prosperidade, alcançando o seu ápice nos anos sessenta. No mundo específico do trabalho, observou-se a disseminação do emprego urbano e assalariado, o aumento das taxas de ocupação da população, além, é claro, o incremento dos níveis salariais <sup>265</sup>.

Segundo Sidnei MACHADO <sup>266</sup>, o sistema capitalista de acumulação baseado no regime fordista enfrenta grave crise nos países centrais quando da transição da década de sessenta para a de setenta e, nos países periféricos, quando da transição da década de oitenta para a de noventa, em função da redução da produtividade, da elevação da composição técnica do capital, da saturação do consumo de massa e da intensificação do trabalho improdutivo, fatores que acarretaram a significativa redução das taxas de lucro. E, para restabelecê-las, lançou-se o capital a promover uma maior racionalização de máquinas e equipamentos e a aumentar o controle sobre o trabalho, processo que se convencionou chamar de Reestruturação Produtiva.

Por outro lado, Jorge Eduardo Levi MATTOSO <sup>267</sup> defende que, no mundo do trabalho, o principal reflexo da Segunda Revolução Industrial foi a responsabilização dos trabalhadores pela redução da produtividade, pelos custos elevados da mão-de-obra e pelos obstáculos à competição supostamente gerados pelos instrumentos regulatórios e pelas políticas sociais do Estado. Em contrapartida, a modernização dos anos oitenta contribuiu para a reestruturação econômica e produtiva da economia mundial, sob o comando dos países centrais e mediante a financeirização da economia. Essa reestruturação adotou um novo padrão tecnológico e causou uma distribuição desequilibrada dos benefícios do progresso técnico, com efeitos devastadores sobre o Estado e a classe trabalhadora, além dos seguintes

---

<sup>265</sup> Maria Regina Gomes REDINHA afirma que no período compreendido da segunda Guerra Mundial até o início dos anos setenta “a tipologia quantitativa e qualitativa do emprego ressentida nesta fase importantes modificações geradas pelo êxodo rural, pelo aumento da população activa - atribuível não só ao natural crescimento demográfico, como à entrada das mulheres na vida profissional e a uma regressão das actividades independentes - pela melhoria nos níveis de escolaridade e formação dos candidatos ao emprego e pela progressão do emprego terciário. Já a organização do trabalho não sobre perturbações tão profundas e mantém-se fiel ao desenho taylorista nos seus traços característicos: mecanização e parcelarização das tarefas, produção seriada e em cadeia”. *A relação laboral ...*, p. 36

<sup>266</sup> *O direito à proteção ...*, p. 29.

efeitos nos países periféricos, dentre os quais se encontra o Brasil: o aumento da miséria, a degradação das condições de vida e de trabalho, o distanciamento crescente, em nível tecnológico e produtivo, dos países capitalistas centrais e sua marginalização dos centros financeiros, tecnológicos, comerciais e de poder internacionais. Neste contexto de reestruturação mundial do capitalismo é que advém a Terceira Revolução Industrial. Esta rompeu com o paradigma industrial formado na Segunda Revolução Industrial, informada por um novo padrão produtivo, tecnológico e organizacional. Trata-se de uma verdadeira Revolução Tecnológica cuja tendência diz respeito ao desenvolvimento da tecnologia digital de base microeletrônica e ao conjunto do progresso técnico gerado no complexo eletrônico. Apresenta-se: a automação integrada flexível, a nova capacidade de programação do processo de automação e a crescente substituição da eletromecânica pela eletrônica como três dos principais elementos do novo paradigma de produção industrial.

Ricardo ANTUNES <sup>268</sup>, por seu turno, sustenta que a profunda crise estrutural que o capital vem sofrendo há algumas décadas foi causada pela crise do fordismo e do keynesianismo, a qual teria rompido com um padrão de dominação de classe relativamente estável, e que uma das maiores e mais nítidas manifestações deste quadro crítico consiste no fenômeno da Reestruturação Produtiva, cujos reflexos vêm sendo observados no mundo do trabalho. A partir da década de setenta, as características mais evidentes da crise do capital eram: a) a queda da taxa de lucro decorrente do encarecimento da força do trabalho; b) o esgotamento do padrão de acumulação taylorista/fordista pela retração do consumo; c) o incremento do capital financeiro em detrimento ao produtivo decorrente do processo de internacionalização; d) a crise do Estado de Bem-Estar Social; e) o incremento das privatizações e da desregulamentação e flexibilização do processo produtivo. E, como resposta à sua própria crise, iniciou-se um processo de reorganização do capital por causa do advento do neoliberalismo, da desregulamentação do Direito do Trabalho, da desmontagem do setor produtivo estatal e do processo de reestruturação da produção e do trabalho.

Na recomposição da divisão internacional do sistema do capital, Ricardo ANTUNES <sup>269</sup> alude à existência de uma ação destrutiva contra a forma humana de trabalho que tem resultado na formação de enormes contingentes de trabalhadores à margem do processo produtivo e cuja tônica é a destruição ou a precarização da força humana do trabalho como jamais visto. A insurgência dos trabalhadores contra essa ação repartidora do trabalho não

---

<sup>267</sup> *A desordem ...*, p. 57-60 e 65.

<sup>268</sup> *Os sentidos ...*, p. 29-30.

obteve êxito em razão da inexistência da conversão do ideal em um projeto social emergente e contrário ao capital. Assim, a fracassada reação dos trabalhadores permitiu ao capital vislumbrar novos horizontes no mundo do trabalho, horizontes estes traçados pela possibilidade de majoração do lucro pela exploração da criatividade e da inteligência da classe operária, além da tradicional exploração da força puramente física.

### 3.1.2.3 O TOYOTISMO

Mal o modelo de produção em massa de automóveis da indústria americana foi adotado como padrão em outras espécies do setor industrial, surge, a partir de uma experiência de uma empresa automobilística japonesa - a TOYOTA - um novo modo capitalista de produção de bens e serviços ao qual foram dados vários nomes: neofordismo, pós-fordismo, fordismo de segunda geração, toyotismo, sistema ou era de acumulação flexível, kalmarismo, dentre outros. A finalidade desta transição paradigmática consistia na reestruturação do capital, na recuperação de seu ciclo reprodutivo e de seu caráter expansionista e na confirmação de seu domínio social. O processo de produção é reformulado de acordo com uma nova modalidade de organização industrial, a qual requer trabalhadores mais qualificados, participativos, multifuncionais e polivalentes.

O toyotismo, assim considerado por Ricardo ANTUNES <sup>270</sup> como a via japonesa de expansão e consolidação do capitalismo monopolista industrial, apresenta as seguintes características: a) a noção de qualidade total passa a estar relacionada ao menor tempo de duração dos produtos, realçando a tendência expansionista do capital e revelando a lógica destrutiva do sistema de produção através da redução do ciclo de vida útil dos produtos; b) a introdução de novas técnicas de gestão da força de trabalho com base na informação e com o auxílio dos computadores (o que não havia nos sistemas taylorista e fordista), aplicadas pela desconcentração produtiva, da reengenharia, da eliminação de postos de trabalho, da concepção células de produção, etc., e com a finalidade de intensificar as condições de

---

<sup>269</sup> *Os sentidos ...*, p. 33 e 47-50.

<sup>270</sup> “A vigência do neoliberalismo, ou de políticas sob sua influência, propiciou condições em grande medida favoráveis à adaptação diferenciada de elementos do toyotismo no Ocidente. Sendo o processo de reestruturação produtiva do capital a base material do projeto ideológico neoliberal, a estrutura sob a qual se erige o ideário e a pragmática neoliberal, não foi difícil perceber que desde fins dos anos 70 e início dos 80 o mundo capitalista ocidental começou a desenvolver técnicas similares ao toyotismo. Este mostrava-se como a mais avançada experiência de reestruturação produtiva, originado do próprio fordismo japonês e posteriormente convertida em uma via singular de acumulação capitalista, capaz de operar um enorme avanço

exploração da força de trabalho, com a redução ou a eliminação do trabalho improdutivo; c) a modificação de vários aspectos do processo de produção por meio da desregulamentação, da fragmentação da classe trabalhadora, da precarização do emprego e do trabalho, da terceirização da força de trabalho e da ruptura do sindicalismo.

Como se disse anteriormente, a Reestruturação Produtiva que se encontra em curso foi intensamente influenciada pelo novo conceito de produção enxuta, formulado pela empresa automobilística japonesa TOYOTA e baseado em um resposta imediata às variações da demanda. Segundo Antônio Rodrigues de FREITAS JÚNIOR, esse conceito baseia-se, principalmente, na redução dos degraus hierárquicos e no incentivo à criatividade e à participação de todos os trabalhadores no processo de produção <sup>271</sup>. A eficiência de uma empresa passa a ser mensurada não pela auto-suficiência, mas pela sua agilidade e adaptabilidade. O cliente-alvo deixa de ser aquele baseado estritamente no mercado nacional e ampliam-se os horizontes de competitividade para além das barreiras nacionais. Além da contínua adaptação às crises por intermédio do *kaizen*, preconiza-se a identificação e a delimitação de nichos específicos de demanda potencial, a progressiva redução do nível de concentração, por intermédio dos mecanismos de *downsizing*, e o desenvolvimento de tecnologias de curto período de maturação. No lugar das grandes concentrações fabris, a empresa constituída sob o paradigma emergente (acumulação flexível) acena com a contínua otimização do pessoal ocupado (a intensificação do trabalho), a terceirização das atividades não essenciais e o oferecimento de uma remuneração seletivamente atraente, segundo critérios de compromisso com os objetivos da empresa e de produtividade individual ou setorial. Para o autor, o modelo toyotista de produção é baseado em novas concepções de eficácia gerencial e de organização da empresa, as quais são diversas das concepções gerais formuladas por TAYLOR e FORD <sup>272</sup>. Os principais elementos de comparação entre os sistemas de

---

*no capitalismo no Japão, derrotado no pós-guerra e reconvertido à condição de país de enorme destaque no mundo capitalista dos fins dos anos 70". A desordem ..., p. 58.*

<sup>271</sup> *Direito do trabalho ..., p. 98-99.*

<sup>272</sup> São elas: a) o poder e a lucratividade das empresas deveriam crescer na exata medida de seu tamanho e de sua capacidade de permanecer crescendo e se diversificando, tendo por meta a concentração e o gigantismo; b) a grande empresa fordista deveria exibir um elevado grau de estratificação numa variedade crescente de níveis hierárquicos e decisórios; c) como parâmetro da eficiência, o fordismo almejava a auto-suficiência, ou seja, a capacidade de adquirir ou, quando menos, de controlar toda a evolução da cadeia produtiva, desde a matéria-prima até comercialização do produto final; d) o perfil do cliente era delimitado pelas fronteiras do mercado nacional; e) para enfrentar a crise, a empresa fordista procurava capacitar-se mediante o desenvolvimento de tecnologias de longa maturação, bem como na preservação de estoques, insumos e de matéria-prima; e f) o gerenciamento de numerosos contingentes de trabalhadores mediante remuneração padronizada pela respectiva posição ocupada na pirâmide hierárquica.

organização do trabalho desenvolvidos sob os paradigmas fordista e emergente (o toyotista) podem ser expostos no seguinte quadro <sup>273</sup>:

CRITÉRIOS	PARADIGMA FORDISTA	PARADIGMA EMERGENTE
Tamanho	tendencialmente grande	tendencialmente pequena
Estruturação interna	estratificada em diversos níveis hierárquicos	reduzidos níveis de estratificação
Parâmetro de eficiência	auto-suficiência	agilidade e adaptabilidade
Perfil do cliente	mercados nacionais	mercado global
Estratégia de enfrentamento de crises	desenvolvimento de tecnologias de longa maturação, estoques de insumos e matéria-prima	<i>downsizing</i> , conquista de novos setores de mercado e desenvolvimento de tecnologias de curta maturação
Política de recursos humanos	concentração física de trabalhadores, remunerados segundo critérios de posição hierárquica	otimização do pessoal ocupado, terceirização de atividades não estratégicas e remuneração seletivamente atraente, segundo critérios de produtividade individual ou setorial

Ricardo ANTUNES <sup>274</sup> também se lançou a estudar as principais diferenças entre o fordismo e o toyotismo. De acordo com o autor, as distinções seriam as seguintes: a) a produção no toyotismo é heterogênea e muito vinculada à demanda. Atende às exigências mais individualizadas dos consumidores. Diferencia-se da produção em série e de massa dos sistemas taylorista e fordista, marcados pela produção extremamente homogênea; b) o toyotismo fundamenta-se no trabalho em equipe e na multivariabilidade das funções, uma verdadeira ruptura do parcelamento fordista das atividades; c) a produção toyotista assume caráter flexível, com um empregado operando várias máquinas, ao contrário do que é verificado em TAYLOR e FORD, quando um homem era responsável por apenas uma máquina; d) adota-se no novo modelo de produção o sistema *just-in-time* (o sistema de produção sem estoques) como forma de obter o melhor aproveitamento possível do tempo de produção, em contrapartida ao sistema *just-in-case* (o sistema de produção por precaução), típico do modelo fordista; e) o toyotismo vale-se do sistema de *kanban*, placas ou senhas de

<sup>273</sup> *Direito do trabalho ...*, p. 98-100.

comando para a reposição dos estoques, mínimos se comparados aos do fordismo; f) as empresas do complexo produtivo toyotista, inclusive as terceirizadas, são horizontalmente estruturadas (por meio de: flexibilização, terceirização, subcontratação, Círculos de Controle de Qualidade, controle de qualidade total, *kanban*, *just in time*, *kaizen*, *team work*, eliminação do desperdício, “gerência participativa”, sindicalismo de empresa, dentre outros) e a empresa principal é responsável apenas por 25% da produção, ao contrário da empresa fordista, manifestamente verticalizada e responsável por 75% da produção em seu interior; g) no toyotismo, os trabalhadores são incentivados pelo capital a discutir seu trabalho e desempenho pelos Círculos de Controle de Qualidade e com a finalidade de melhorar a produtividade das empresas, enquanto no fordismo a capacidade intelectual dos trabalhadores era desprezada; h) o toyotismo implantou o “emprego vitalício” (uma espécie de estabilidade no emprego) à uma pequena parcela dos trabalhadores e vinculou os salários à produtividade, o que não se verificou em FORD.

Atualmente, vem se observando a difusão de um novo paradigma produtivo que alcançou os países ocidentais mais avançados a partir da década de oitenta. Tal disseminação é responsável não só pela reconfiguração do sistema de produção e da estruturação do emprego, bem como a difusão de um novo padrão tecnológico, responsável pela flexibilização da automação que se encontrava rígida até então <sup>275</sup>. Os estudos apontam na transição do modelo fordista ou, para alguns, do modelo taylorista-fordista, para o modelo toyotista e flexível de produção. A implementação de novas modalidades de estruturação da produção e de gestão da mão-de-obra originou uma nova divisão internacional dos mercados e do trabalho <sup>276</sup> e, neste quadro de globalização do capital e do trabalho, os resultados mais

---

<sup>274</sup> *Os sentidos ...*, p. 54-55.

<sup>275</sup> Segundo Márcio POCHMANN as empresas têm apresentado grandes mudanças na organização do trabalho e na gestão da produção através da adoção de novas estratégias de competitividade e produtividade. As estratégias de competitividade seriam: verticalização da produção, diversificação dos produtos, recomposição da produção interna com a externa, elevação da qualidade dos produtos, redução dos custos de produção, mudança no *lay-out* da produção, sem a definição dos fornecedores (*just-in-time*), inovações tecnológicas e organizacionais e nova conduta empresarial. Já as estratégias de produtividade seriam: flexibilidade produtiva, redução de custos e do tempo morto, desmonte de parte da estrutura produtiva, programas de qualidade total e gestão participativa, programas de remuneração variável e distintos contratos de trabalho, programas de reengenharia, terceirização e subcontratação de mão-de-obra, melhor aproveitamento das possibilidades da economia de escala (redução dos estoques) e redefinição do conteúdo atividade empresarial pelo fechamento da empresa ou da passagem a representante comercial. *O emprego na globalização: a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu*, p. 44.

<sup>276</sup> Revela-se pertinente o destaque de duas passagens da linha de raciocínio de Márcio POCHMANN: “*Por concentrarem os investimentos em pesquisa e tecnologia nos países de origem, as grandes corporações transnacionais centralizam grande parte do poder de criação e redirecionamento que geográfico dos postos de trabalho de maior qualidade e remuneração, responsáveis pelas funções de comando e planejamento. Em contrapartida, a possibilidade de organização da produção em rede mundial motiva o deslocamento de parte do processo produtivo dos países ricos para os pobres, geralmente vinculada às atividades de execução e*

evidentes dizem respeito ao último: aumento do nível de desemprego, precarização do emprego e aumento do exército de reserva, traços característicos do quadro crítico de perda da centralidade do trabalho sob a forma do vínculo de emprego. Cada vez mais o trabalhador deixa de ser imprescindível como mola propulsora da produção de bens de consumo e serviços e nesta é inserido como mais um de seus fatores materiais, um processo que acarreta a perda de identidade e de dignidade do trabalhador, que acaba considerando ser esmola o trabalho a ele dado <sup>277</sup>. As novas tecnologias que tendem a ser implantadas no processo de produção não só têm reduzido o nível de empregos, como também não se verifica o crescimento de uma área econômica suficiente a absorver os novos contingentes de trabalhadores subcontratados ou desempregados, tal como se verificara anteriormente <sup>278</sup>. Observa-se, sim, a migração de pequena parte do contingente de trabalhadores do setor terciário (prestação de serviços) para o quaternário (de conhecimento), acolhedor apenas da elite daqueles que formarão a nova aristocracia. Isso acarreta o desequilíbrio entre o número de postos criados pelo novo setor e o de postos extintos no antigo setor.

É traçado um novo perfil para os trabalhadores, os quais devem se tornar polivalentes, participativos, mais escolarizados, multifuncionais e detentores de alto conhecimento técnico. Na visão de Jeremy RIFKIN <sup>279</sup>, novas organizações de tarefas tornam-se imperativas: a) a ampliação da quantidade de tarefas exercida pelo mesmo trabalhador, que rompe com a monotonia da repetição dos movimentos e reduz os tempos mortos; b) a rotação das funções, a partir da adoção de tecnologias de uso flexíveis, o que exige maior polivalência do trabalhador para o exercício de múltiplas tarefas; c) a combinação das atividades de execução com as de controle, o que torna mais complexo e integrado o exercício do trabalho com a decisão sobre metas de produção e resultados; d) a constituição de grupos de trabalho com alguma capacidade de decisão sobre problemas e solução imediata no desenvolvimento das

---

*produção, que demandam ocupações mais simples e rotineiras. ... Assim, as economias não-desenvolvidas transformam-se se em uma grande feira mundial de concorrência pelos menores posto de trabalho possíveis, a ser visitada por compradores de força de trabalho que representam as grandes corporações transnacionais. Quanto mais dóceis com os governos, e submissos a lógica de exploração intensiva de trabalho, mais dependentes são suas políticas macroeconômicas nacionais. De um lado, são colocados em marcha os programas macroeconômicos de integração subordinada e passiva e pela por meio da adoção de políticas neoliberais de liberalização comercial sem critério, de desregulamentação financeira, de e enxugamento do estado (desvios de funções e dilapidação do patrimônio), de desnacionalização econômica e de especialização produtiva. Com isso, pretende-se estimular a atração de investimentos estrangeiros, o que muitas vezes desincentiva o melhor aproveitamento das oportunidades nacionais". O emprego ..., p. 8-9.*

<sup>277</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Modernidade e direito do trabalho*, p. 155.

<sup>278</sup> Para Jeremy RIFKIN, o trabalhador industrial cada vez mais está sendo excluído do processo econômico e não estão sendo criados outros setores para absorver a mão-de-obra dispensada, nem mesmo o de serviços, pois a automação e a reengenharia estão tomando o lugar do trabalho humano também nesta área. *O fim dos empregos: o declínio inevitável dos níveis de emprego e a redução da força global de trabalho*, p.09.

operações no plano da produção de bens e serviços. Junto com o novo perfil do trabalhador advém a ampliação de sua autonomia relativa. A única forma dos trabalhadores e se tornarem “empregáveis” consiste na capacidade de interagir com o novo e flexível modelo de produção. O contraposto deixa de ser o empregador e os seus prepostos, pois o típico empregado passa a temer os seus colegas de trabalho (que se encontram no mesmo nível e o fiscalizam), os subcontratados (que tendem a ampliar o nível de desemprego daqueles trabalhadores registrados) e, por fim, os desempregados (que não só ameaçam aumentar a taxa de subcontratação como também podem lhe furtar a colocação). Tudo isso para não falar nos trabalhadores imigrantes e também nos trabalhadores residentes em outros países, onde a legislação social é mais favorável e para os quais as empresas multinacionais direcionam parte das atividades produtivas fragmentadas. A crescente massa de trabalhadores não consegue se inserir de forma competitiva no novo paradigma tecnológico, tornando-se desempregada, marginalizada ou passando a trabalhar sob novas formas de trabalho e de qualificação, em relações precárias e não-padronizadas <sup>280</sup>.

O capital logra êxito em seu intento: o aumento da produção sem o aumento de trabalhadores, ou seja, o incremento das taxas de lucro. Neste sentido, raciocina Jeremy RIFKIN <sup>281</sup> que o princípio básico do sistema de produção enxuta é relativamente simples: investir novas técnicas gerenciais com máquinas cada vez mais sofisticadas para produzir mais com menos recursos e menos mão-de-obra. Diferencia-se tal sistema do artesanal porque neste há um trabalhador altamente qualificado que usa ferramentas manuais e confecciona produtos um a um, e difere também do sistema produtivo em massa porque neste o tempo ocioso deve ser evitado de qualquer forma em função do alto investimento no maquinário. No sistema de produção enxuta, evita-se o alto custo do artesanato e a inflexibilidade da produção em série; reúne-se os trabalhadores em equipes para trabalharem ao lado de máquinas automatizadas, para produzirem diversos bens com variedade de escolha e para diminuir a quantidade de produtos estocados. Há a eliminação da tradicional hierarquia e é incentivada a interação entre os trabalhadores que compartilham idéias e tomam decisões conjuntas diretamente na fábrica, com base na experiência prática e na capacidade mental, em completo abandono ao princípio básico de TAYLOR, no sentido da separação do trabalho manual e intelectual.

---

<sup>279</sup> *O fim dos ...*, p. 45.

<sup>280</sup> Ricardo ANTUNES. *A desordem ...*, p. 76.

<sup>281</sup> *Ibid.*, p. 102-103.

Em nome da redução de custos, verifica-se a ação intensa do capital nos seguintes sentidos: a) a supressão da estrutura hierárquica rígida, passando a fiscalização a ser feita pelos empregados lotados no mesmo nível hierárquico; b) a intensificação da exploração do trabalho dentro da mesma jornada de trabalho, pois o empregado passa a desempenhar trabalho manual e também intelectual <sup>282</sup>; c) a atenuação da subordinação, sequer verificada nos moldes tradicionais em alguns casos; d) a criação de novas formas de dominação patronal do trabalho por intermédio de regras de cooptação (metas de produção) e do controle indireto (fiscalização pela qualidade total, inexistência de defeitos, células de produção e ISOs - *International Standard Organization* <sup>283</sup>), em detrimento da clássica fiscalização por meio da presença de supervisão, do cartão de ponto e dos conteúdos rígidos nas funções <sup>284</sup>; e) a estipulação de salários por metas, não mais por tarefas, como visto em TAYLOR, ou por tempo, como visto em FORD; f) a subcontratação de mão-de-obra, consubstanciada nos fenômenos do cooperativismo e da terceirização das atividades não inseridas no núcleo da produção; g) o incentivo à eficiência como forma de adaptação do trabalhador às novas tecnologias, não como executor de atividades repetitivas; h) a atribuição da responsabilidade pelo processo de formação e capacitação profissionais do trabalhador ao Estado; i) a nova administração do trabalho que, segundo Jeremy RIFKIN <sup>285</sup>, consistiria na redução de níveis hierárquicos, na diminuição nas funções de chefias, na introdução de sistemas participativos e abertos de decisão, com maior diálogo e treinamento do pessoal de administração e produção, na adoção de programas voltados para o envolvimento do trabalhador com os interesses da empresa, por meio de novos instrumentos de participação e controle na tomada de decisão e de maior seletividade na contratação e no uso da mão-de-obra, nas tentativas de integração do trabalhador, por meio da motivação pessoal e da auto-realização, com atividades fora do contexto do trabalho que envolvam, sempre que possível, a família e, por fim, na dinamização das relações de trabalho, graças a acordos na planta produtiva, com o intento de evidenciar a transparência e credibilidade dos atores diante da cultura da empresa.

---

<sup>282</sup> Thomas GUNET, analisando o toyotismo, afirma que “a intensificação do trabalho atinge o auge. A mão-de-obra é empregada ainda mais intensamente que antes. Um exemplo é a mudança da relação um homem/uma máquina para relação de uma equipe/um sistema (onde cada homem opera em média cinco máquinas). No toyotismo, o princípio fundamental do taylorismo, ou seja, a luta patronal contra o ócio operário, atinge um patamar superior”. *Fordismo e toyotismo na civilização do automóvel*, p. 29.

<sup>283</sup> A ISO 9000 regula a qualidade de gestão, a ISO 9001 regula o desenho, a produção e a instalação, a ISO 9002 regula especificamente a produção e a instalação da empresa, a ISO 9003 regula a inspeção final do produto e a ISO 9004 regula a qualidade da gestão e dos diferentes elementos do sistema. Márcio POCHMANN, *O emprego* ..., p. 49.

<sup>284</sup> Jeremy RIFKIN. *O fim dos* ..., p. 46.

<sup>285</sup> *Ibid.*, p. 47.

### 3.2 BRASIL: DESTRUIÇÃO E PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO

Ao contrário do verificado nas Primeira e Segunda Revoluções Industriais e principalmente em função do fenômeno da globalização, o Brasil vem sofrendo com relativa velocidade os efeitos decorrentes da Terceira Revolução Industrial, notadamente os da Revolução Tecnológica. Por isso, na atualidade, enfrenta problemas gravíssimos relacionados à intensificação da exclusão social, à dificuldade de acompanhamento do padrão internacional de desenvolvimento econômico e à assimilação do novo modelo tecnológico que se impõe dos países capitalistas centrais aos periféricos.

No dizer de Jorge Eduardo Levi MATTOSO <sup>286</sup> a crise brasileira, iniciada a partir da década de oitenta e que se prolonga até a atualidade, *“é uma crise de esgotamento de um padrão de desenvolvimento excludente, associada à eclosão da Terceira Revolução Industrial em meio à ofensiva conservadora nos países avançados. Esta a profunda transformação do capitalismo mundial, por um lado, redefiniu os parâmetros produtivos, tecnológicos, de concentração de capitais, de globalização e instabilidade financeira. Por outro, não avançou na direção da articulação de um claro padrão hegemônico de desenvolvimento, acentuando a desestruturação da ordem econômica internacional e favorecendo a desordem do mundo do trabalho”*.

Causados pela transição do modelo taylorista-fordista para novas modalidades de estruturação da produtividade, também os efeitos da Reestruturação Produtiva são verificados no sistema de produção neste país e repercutem nas relações do trabalho, pela precarização e pela marginalização deste valor: o decréscimo do nível de empregos típicos, o acréscimo do desemprego estrutural, a migração dos trabalhadores empregados para posições de trabalho autônomo, a eliminação de postos de trabalho sem a criação de outros, a desregulamentação e a flexibilização do Direito do Trabalho, a intensificação da exploração da força de trabalho causada pelo aumento da jornada de trabalho e pela majoração do número das atividades nela desempenhadas, a degradação das condições de trabalho, a terceirização indiscriminada da mão-de-obra, a disseminação dos falsos cooperativismo e voluntariado, o rompimento do sindicalismo clássico, a perda de identidade do trabalhador, a crise da subordinação como elemento típico da relação de emprego, dentre tantos outros.

---

<sup>286</sup> A desordem ..., p. 142.

Segundo Aldacy Rachid COUTINHO <sup>287</sup> o problema reside essencialmente na mudança de paradigma na nova ordem do mercado de trabalho:

*“O fordismo vem sendo apontado como o responsável pela decadência industrial, tornando anacrônicos os seus princípios administrativos e organizacionais. A estrutura de organização do trabalho aponta para a superação do binômio produção/consumo e adoção de um sistema denominado especialização flexível, baseado na automação e na informatização. Não mais produzir grandes lotes, em linha de produção contínua, burocratizada em que o gerente planeja, o supervisor controla e o operário executa. Estamos diante de procedimentos de reaproximação com os clientes e concorrentes e da realização das atividades produtivas por meio de rede de subcontratados, terceirizados e alianças empresariais estratégicas. Constantes processos de enxugamento e retirada das gorduras das empresas vêm acompanhadas com um decréscimo da necessidade do trabalho. Para tanto, ao invés de um intervencionismo no mercado, realizado pelo direito, com existência de políticas nacionais regulando capital e trabalho, próprias do modelo fordista, o que se propugna é o afastamento do Estado das questões trabalhistas e a sua desregulamentação. O direito do trabalho, assim, não é causa da crise, mas sofre os efeitos da troca de paradigmas”.*

Para a autora, apenas os trabalhadores multiespecializados encontrarão emprego no mercado de trabalho primário e formarão um grupo central de privilegiados e, por isso, essenciais à empresa. Serão amealhados com altas vantagens em troca da alma e ameaçados com a extinção do seu posto de trabalho. Os demais cidadãos, se agraciados pela sorte com um trabalho, formarão dois grupos periféricos: a) o primeiro, formado de trabalhadores subproletarizados com flexibilidade numérica e sem segurança no emprego; b) o segundo, formado de empregados precários, contratados por tempo parcial, temporários e estagiários, também com flexibilidade numérica e com a responsabilidade pelo desempenho das funções de supervisão e regulação do processo de produção. À margem desses trabalhadores, encontrar-se-ão aqueles que não têm carteira assinada, quais sejam, os terceirizados, autônomos e os subcontratados, cujas relações não serão reguladas pela ordem trabalhista.

Não se quer negar, aqui, que a Revolução Tecnológica e a Reestruturação Produtiva não tenham surtido efeitos benéficos para a sociedade civil e, até mesmo, para a classe trabalhadora do Brasil. Negar a evolução tecnológica e os seus frutos benignos seria um verdadeiro avanço do retrocesso. Contudo, o que interessa à essa investigação é a observação nítida da perda da centralidade do trabalho como valor informador da formação da sociedade brasileira contemporânea. Não há dúvida séria e fundada em relação ao fato de que, quanto mais precário e marginalizado o trabalho, menor será a proteção do trabalhador. E não se está a falar aqui somente do trabalho juridicamente subordinado (o trabalho assalariado construído pela sociedade industrial, o emprego típico) como também de outras relações de trabalho

---

<sup>287</sup> *Direito do trabalho ...*, p. 110.

subordinado, as quais tradicionalmente não são objeto de tratamento protetivo por parte do Direito do Trabalho ou de qualquer outro ramo da ciência jurídica.

Sempre lembrados na defesa da flexibilidade e até da extinção do Direito do Trabalho Brasileiro, os argumentos da minoração dos custos da produção e de sua otimização <sup>288</sup> - o que inclui necessariamente a precarização da relação típica de trabalho - e da majoração das taxas de ocupação da população - o que implica inexoravelmente o incentivo à disseminação de novas formas de trabalho - apontam para a reprodução quase que mecanizada dos discursos do combate ao desemprego e ao subemprego e da adoção da flexibilização e da desregulamentação do Direito do Trabalho como formas de adaptar a ciência jurídica à realidade <sup>289</sup>.

Para o capital, tais medidas flexibilizadoras representariam reconhecimento e valorização da pessoa do trabalhador, não mais tratado como um hipossuficiente, mas como cidadão capaz de exprimir e fazer valer a sua vontade na determinação da modalidade e do conteúdo das relações de trabalho <sup>290</sup>. Para o trabalho, a flexibilidade ou a extinção do Direito do Trabalho significaria o rompimento de um longo ciclo de conquistas jurídicas e sociais e a subjugação final ao capital no combate travado há séculos.

A doença do desemprego, que até poderia parecer algo exógeno ao Direito do Trabalho, assume elevada importância para aqueles que se lançam ao estudo desta disciplina e do quadro crítico no qual se encontra, uma vez que, por força do ordenamento jurídico positivo vigente no Brasil, somente vem sendo assegurado tratamento protetivo aos empregados, assim considerados os trabalhadores juridicamente subordinados. E, ainda assim,

---

<sup>288</sup> Arion Sayão ROMITA emprega este tipo de argumento: “Hoje, a rigidez com que as normas trabalhistas regulam as relações individuais e coletivas de trabalho não se justifica. Certa flexibilização há de ser admitida, em nome da eficiência da produção, que produz efeitos benéficos para todos, entre os quais se incluem - e desde logo - os empregados”. *A flexibilização e os princípios de Direito do Trabalho*, p. 120.

<sup>289</sup> Neste sentido, consta do editorial intitulado *Menos emprego, mais trabalho*, publicado no Jornal O Estado de São Paulo, São Paulo, Caderno Principal, 09.07.2000, p. A-3, que “o que temos aí é o mercado funcionando e criando a flexibilidade necessária a uma nova realidade econômica. Qual o problema, portanto? É que a legislação trata basicamente do emprego tradicional, considerando as demais formas, ou como simples exceções, ou como irregularidades. E assim a maior parte dos trabalhadores cai na informalidade, com prejuízo para eles próprios e para a sociedade”.

<sup>290</sup> Veja-se, novamente, a argumentação de Arion Sayão ROMITA: “sustenta-se que está ultrapassada a concepção de estruturas universais de tipo tayloriano e fordista. Horários personalizados, acomodação do tempo de serviço, salários dependentes dos resultados e do interesse revelado pelos empregados, círculos de qualidade, equipes autônomas, transferência da gestão, negociações mediante mútuas concessões, integração do trabalhador na vida da empresa - eis alguns tópicos da “panóplia” da parceira proposta. A própria ação do Estado é posta no pelourinho. Os sindicatos reivindicavam, os empregadores recusavam e o Estado decidia “no sentido do progresso social”, a fim de restabelecer o equilíbrio de forças entre o capital e o trabalho. afirma-se que esta fase de legislação unidirecional, unilateral, uniforme e autoritária findou. Os trabalhadores não se acham mais em estado de debilidade legal em face de seus empregadores, o que é perfeitamente visível nas empresas que atuam no setor monopolístico do Estado”. *Ibid.*, p. 115.

a cura apresentada sob os rótulos da flexibilização e da desregulamentação, nos moldes ora vigentes, vem-se apresentando como verdadeiro veneno, na exata medida em que tais fenômenos não só contribuem para a precarização do trabalho e do emprego, como também para o aumento do desemprego.

De tal sorte, tratar-se-á da crise de desemprego que assola o Brasil e das alternativas propostas para o seu combate, que podem ser agrupadas em duas correntes: a flexibilização e a desregulamentação.

### 3.2.1 O DESEMPREGO E O SUBEMPREGO

Antes de tudo, deve-se registrar que o intenso debate travado acerca do desemprego estrutural <sup>291</sup> vem perdendo força em função de se priorizar uma nova discussão: a ocupação da população brasileira. A questão, apresentada sob diversas colorações, principalmente pela mídia, é tida como central na análise do que se passa no quadro de desemprego na atualidade: é melhor que mais pessoas se encontrem ocupadas, ainda que não empregadas, ou que menos pessoas sejam empregadas, aumentando-se o nível de desocupação?

A resposta à tal indagação é de difícil formulação, não pelo mérito da questão, mas em função do modo pelo qual foi abordada a temática do desemprego e da desocupação. Por um lado, é evidente que, para o Estado, a sociedade civil e a classe trabalhadora, seria muito melhor que mais gente se mantivesse empregada; mas, como isso não é possível em função da conjectura mundial, da globalização, do neoliberalismo, da crise econômica, dentre outros tantos fatores lembrados, entre a miséria e a fome e a colocação precária no mercado de trabalho, esta deve ser a eleita. Mas, por outro lado, ou seja, o do capital, interessa mais cidadãos empregados ou ocupados? Pelo que se demonstrou na análise das Revoluções Tecnológica e Industrial, parece-nos que ao capital interessa cada vez mais gente ocupada.

Freqüentemente os meios de comunicação veiculam matérias e reportagens no sentido de que é melhor ser patrão de si mesmo do que subordinado a outrem, já que o trabalho autônomo permite atingir um melhor nível de qualidade de vida e que o futuro reserva ao

---

<sup>291</sup> Assim considerado por Enoque Ribeiro dos SANTOS como o vinculado diretamente ao fenômeno da globalização econômica e causado pela tecnologia informacional e pela nova organização do trabalho, sob a forma de capital-intensivo e de estrutura enxuta, com a reengenharia, o enxugamento, a reestruturação organizacional e a introdução de dispositivos informatizados, robôs e microprocessadores eliminando postos de trabalho. *O direito do trabalho e o desemprego*, p. 80-81.

emprego a sua total destruição, pelo que é melhor o seu abandono desde já, de modo que o ex-empregado se adapte antecipadamente à nova forma de ocupação <sup>292</sup>.

Não se discute mais se as taxas de desemprego podem ser revertidas ou se é possível o redimensionamento do emprego; mas apenas quais as novas formas de ocupação que inexoravelmente lhe tomarão o lugar. E o pior é que, mesmo consolidada a transição, as novas formas de ocupação jamais serão consideradas valores dignos da sociedade, tal como ocorre com o trabalho, principalmente com o emprego.

Quer parecer, então, que aquela questão não foi formulada para ser respondida, mas para acobertar o intento do capital de investir contra o trabalho na sua forma mais pura e digna: o emprego. Efetivamente, do combate de TAYLOR à vadiagem do trabalhador até a automação do processo produtivo com o auxílio da informática, pôde-se perceber que o capital manteve-se sempre direcionado à sua expansão e acumulação. Nada mais natural, é claro, e o mesmo se pode dizer do trabalho, *mutatis mutandis*. Mas em uma sociedade que se pretende justa e solidária e em um Estado que se diz Democrático de Direito e se funda nos valores da dignidade da pessoa humana e no valor social do trabalho, essa finalidade jamais poderia ser atingida através da implantação de novas formas de ocupação causadoras do aviltamento e da destruição do trabalho.

Tarso GENRO <sup>293</sup> não nega que a redução do trabalho é uma das conseqüências da revolução informático-eletrônica; mas defende que a afirmativa da redução da necessidade do “trabalho vivo” traz no seu bojo uma verdade: uma radical transformação do mundo do trabalho e uma crescente desestruturação das comunidades operárias clássicas, com o neoliberalismo e a reestruturação produtiva apontando não para a abolição ou o rechaço do trabalho humano, mas para a polarização, a precarização, o desemprego estrutural, a marginalização dos sindicatos e o surgimento de novos movimentos sociais cujas demandas não passam pelo não-trabalho:

*“O fato é verdadeiro quanto à redução da necessidade do “trabalho vivo”, dos modelos da 2ª Revolução Industrial, mas ele é usado para encobrir um outro processo: a apropriação integral, pelo capital, dos benefícios da revolução tecnológica em andamento, sem qualquer base ético-moral e sem qualquer projeto de integração social. Uma apropriação, aliás, que já foi integralizada e que vem eliminando a possibilidade de sociabilização dos benefícios*

---

<sup>292</sup> Em 1997, José PASTORE aconselhava o leitor a não se assustar com o título de seu artigo - “A morte do emprego”, reafirmando que o emprego - e não o trabalho - é que estaria morto dali uns quinze ou vinte anos. *A agonia do emprego*, p. 20.

<sup>293</sup> *Calor e humanismo para o direito do trabalho*, p. 254.

*desta revolução, através - por exemplo - de um aumento do tempo livre, com distribuição social, fundada em normas públicas que imponham o emprego e a inclusão como prioridade”*

Defende-se, em outras palavras, que a redução dos custos da produção não deve ocorrer em função do barateamento do custo da mão-de-obra. É bem verdade que, com o rompimento gradual do paradigma fordista e a transição para o modelo taylorista de produção, observou-se o fim do desenvolvimento econômico sustentado na geração de postos de trabalho, a desaceleração da produtividade e a retração do consumo. A causa, contudo, não pode ser atribuída exclusivamente aos altos níveis de remuneração dos trabalhadores verificados nos “anos dourados”.

De certa forma, o trabalho sempre foi manipulado pelo capital para justificar as suas reestruturações e isso resta nítido no modelo fordista: para incentivar o consumo e, conseqüentemente, propiciar a revitalização do capital, passou-se a disseminar o trabalho industrial e a remunerá-lo condignamente. Contudo, o viés é outro na atualidade brasileira, uma vez que a queda do lucro vem sendo relacionada diretamente ao encarecimento da força de trabalho, não poucas vezes por meio da manipulação de dados <sup>294</sup>.

Contudo, o barateamento da mão-de-obra, principalmente daquela contratada sob a modalidade do emprego, jamais contribuirá ao combate do desemprego, pois, nas palavras de Antônio Rodrigues FREITAS JUNIOR <sup>295</sup>, *“um empresário, agindo por critérios racionais, admitirá ou preservará empregados se e somente se [1] forem necessários, [2] houver horizonte de mercado que justifique uma estimativa de demanda em que a necessidade subsista; e, [3] não tenha disponível tecnologia alternativa à necessidade de pessoal”*, sendo que *“cada real economizado com impostos, contribuições previdenciárias, indenizações trabalhistas e outros custos indiretos, não será, por este motivo, gasto com a abertura de novos postos de trabalho”*.

Essa é a realidade brasileira que, não poderia ser diferente, repercute no Direito do Trabalho. E, por óbvio que, no embate de forças entre o trabalho e o capital, o conteúdo tutelar do Direito do Trabalho não poderia atravessar incólume o razoável período no qual

---

<sup>294</sup> A respeito, Wagner GIGLIO afirma que *“apesar do prestígio de que goza o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, estes últimos dados (índice de 7% de desemprego em 2000) nos parecem questionáveis, pois dificilmente poderiam ser compatibilizados com a taxa de 50%, aproximadamente, de trabalhadores sem Carteira de Trabalho assinada, ou seja, sem um contrato formal de trabalho, de acordo com os dados insistentemente divulgados pelos veículos de comunicação. Parece procedente a crítica da CUT: basta que o trabalhador tenha carregado uma sacola na feira de domingo, no último mês, para os órgãos oficiais o considerem empregado, nas suas estatísticas”*. *Desemprego: causas, efeitos e perspectivas*, p. 406.

<sup>295</sup> *Direito do trabalho ...*, p. 19.

vêm sendo debatidas a flexibilidade e a extinção do Direito do Trabalho, exacerbadamente atacado em sua principal raiz: o princípio da proteção <sup>296</sup>.

E, se é verdade que em todo o caos há uma ordem, pode-se dizer que na desordem do mundo do trabalho uma certeza aflora: a desestruturação do Direito do Trabalho como ramo da disciplina jurídica destinado a conferir um tratamento protecionista ao trabalhador hipossuficiente, como se este ramo da ciência jurídica fosse o único ou o maior responsável pelos altos níveis de subemprego e desemprego constatados na atualidade.

Mas o que se observa na atualidade brasileira é que as políticas sócioeconômicas e as medidas legislativas flexibilizadoras anunciadas como destinadas ao combate do desemprego <sup>297</sup> não atingem este intento em função de sua inadequação e, em verdade e na grande maioria dos casos, contribuem, sim, para minar a relação de emprego e propagar novas formas de ocupação cada vez mais precárias, inconstantes e mal-qualificadas.

Portanto, mais do que um fator isolado, acredita-se que o desemprego verificado no Brasil não decorre da crise do Direito do Trabalho e de seu importante princípio informador, mas da crise da economia nacional que, segundo Márcio POCHMANN <sup>298</sup> conduz o Brasil à uma situação de retrocesso, pois *“perdeu sua tradicional dinâmica de crescimento econômico sustentado na ampla geração de vagas, restando atualmente a medíocre variação da renda nacional, com a insuficiente criação de postos de trabalho - na maioria das vezes, de baixa qualificação - para todos que desejam trabalhar. Os empregos qualificados foram reduzidos, em parte, pela ampliação das importações, pela ausência de novos investimentos e pela reformulação do setor público, além de pelas baixas taxas de expansão do produto”*.

Nos últimos anos, o segmento organizado da economia brasileira reduziu centenas de milhares de empregos formais em razão das seguintes etapas do processo de reestruturação empresarial: a) a mudança no modo de produção (substituição de parte do processo produtivo interno por importação); b) a adoção de novos programas de organização do trabalho e de gestão da produção, com forte intensificação do trabalho; c) a subcontratação e a terceirização de mão-de-obra; d) a transferência de parte da mão-de-obra ocupada para a economia submersa (descumprimento dos direitos trabalhistas).

---

<sup>296</sup> Hoje, porém, os pressupostos éticos da principiologia do Direito do Trabalho são silenciados ou postos em surdina pela teoria da flexibilização. Os princípios jurídicos de Plá ou Pinho Pedreira são criticados em nome da conveniência de garantir a competitividade da empresa”. Roberto A. O. SANTOS. *O futuro do trabalho e o emprego*, p. 44. Em sentido contrário, Nelson MANNRICH sustenta que é possível flexibilizar o Direito do Trabalho sem se afastar de seus princípios fundamentais e sem violentar a sua vocação expressa no princípio de proteção preferencial ao trabalhador. *A modernização do contrato de trabalho*, p. 76.

<sup>297</sup> Como, por exemplo, o “banco de horas”.

Ainda na linha de raciocínio de Márcio POCHMANN <sup>299</sup>, também em número de quatro foram os fatores mencionados para justificar o aumento do nível de desemprego na última década do segundo milênio: a) a busca da competitividade empresarial; b) a estabilização monetária; c) a rigidez do mercado de trabalho; d) a baixa qualificação dos trabalhadores. Contudo, mesmo com a recuperação da atividade entre 1993 e 1997, a adoção de medidas flexibilizadoras e a elevação da escolaridade e da capacitação da mão-de-obra, as taxas de desemprego aumentam vertiginosamente desde 1997 <sup>300</sup>. Segundo o autor, o aumento da produção e da ocupação a partir dos anos 80 acarretou a diminuição do potencial de geração de emprego assalariado de qualidade, sobretudo com registro formal, e o aumento das ocupações não-assalariadas as quais representam, geralmente, formas de produção e reprodução de estratégias de sobrevivência, o que não permite uma avaliação positiva sobre a qualidade geral dos atuais postos de trabalho do país. Conclui-se então que, se a metodologia empregada nas pesquisas oficiais fosse mais rigorosa na apuração da qualidade dos postos de trabalho, seria possível cogitar que uma considerável parcela das ocupações não-assalariadas poderia ser qualificada como forma disfarçada de desemprego e não ocupação propriamente dita.

Ou seja, não é só o desemprego estrutural que aflige a sociedade brasileira. Talvez a precária ocupação da mão-de-obra seja muito mais pernicioso, pois encobre a realidade de miséria e angústia experimentada pelos subempregados que, para os índices oficiais, não são empregados mas também não se encontram desempregados. O quadro de exclusão social beira as raias do absurdo e é por este motivo que no Brasil o desemprego é a ponta de um iceberg muito maior - a deterioração das relações de trabalho - conclusão formulada por Paul SINGER <sup>301</sup>, para quem

*“é melhor falar em exercido industrial de reserva do que em “desempregados”, em primeiro lugar para que fique claro o importante papel estabilizador que desempenham. Depois, porque o exército de reserva (hoje mais terciário do que industrial) não se compõe apenas dos que são vítimas do desemprego aberto, ou seja, dos que estão ativamente procurando e solicitando emprego, que representa uma proporção limitada da população economicamente ativa. No Brasil, onde o seguro-desemprego ainda é um privilégio de poucos, esta proporção*

---

<sup>298</sup> O emprego ....., p. 40.

<sup>299</sup> Ibid., p. 99.

<sup>300</sup> Após analisar gráficos e tabelas fornecidos pelo TST, vários autores constataram que a partir de 1994 houve considerável aumento da demanda àquele órgão em função do crescimento do desemprego e da abertura do mercado para os produtos importados. Com efeito, foram recebidos pelo TST 34.408 processos em 1993, 65.792 em 1994, 93.484 em 1995, 106.730 em 1996, 91.853 em 1997 e 131.415 em 1998. GOMES, Flávia Resende et alii. *A justiça do Trabalho*, p. 193 e 221.

<sup>301</sup> *Globalização e desemprego: diagnóstico e alternativas*, p. 7 e 13-14.

*difícilmente passa de 5%. (Nos países que universalizaram o seguro-desemprego, o desemprego aberto costuma se situar entre 10 e 20%.) Mas, ao lado dos desempregados ativos, há um outro componente do exército de reserva. São os “pobres”, os socialmente excluídos, que se sustentam por meio de ocupações precárias. Estes pobres são candidatos potenciais a emprego no setor formal da economia, tão logo este expanda suas compras de capacidade de produzir”.*

Não bastasse, para piorar ainda mais o quadro de desemprego no Brasil, observa-se que a demanda por mão-de-obra contratada sob a égide da relação de emprego tem sido suplantada de forma distorcida. Assim é que o trabalho infantil tende a crescer como meio de subsistência precária da família; o reingresso de aposentados no mercado de trabalho é cada vez maior em função do decréscimo dos proventos previdenciários; trabalhadores passam a acumular dois ou mais empregos para melhorar a renda; etc.

Enfim, a crise tende a agravar a partir do momento em que no sistema de produção flexível é adotada uma fórmula da nova gestão da força de trabalho consistente no treinamento e na capacitação profissional, fórmula esta que passa a ser anunciada como o ponto diferencial da “empregabilidade”. Passa assim o desemprego a ser tratado, então, como um problema particular de cada desempregado, sem que ele saiba que dificilmente encontrará colocação no setor terciário, em franca decadência, ou migrará para o seletor setor quaternário.

### 3.2.2 A FLEXIBILIZAÇÃO

Desde o início da década de noventa, com as propaladas abertura e integração da economia brasileira ao mundo globalizado por meio da desregulamentação do comércio exterior e do sistema financeiro, da extinção do controle de preços e da valorização cambial, o que se observa, além do retrocesso da economia não mais sustentada na ampla geração de empregos, é que, para tornar o mercado de trabalho ágil e dinâmico como o mercado financeiro, a tônica passa a ser a da flexibilização do Direito do Trabalho, fenômeno que ganhou força com as recentes alterações legislativas promovidas no sistema jurídico brasileiro de proteção ao trabalhador.

Seguindo à risca o ideário neoliberal, o discurso de modernização das relações de trabalho prega a retirada do intervencionismo estatal da regulação dos conflitos de interesses entre o capital e o trabalho e o reconhecimento de uma maior autonomia das entidades sindicais e dos próprios trabalhadores. Também no Brasil a flexibilização do Direito do Trabalho é apontada como um dos frutos da Revolução Tecnológica e da Reestruturação

Produtiva, uma realidade inevitável por força da globalização e um dos principais instrumentos de combate ao desemprego segundo a ideologia neoliberal.

Ora, na era da acumulação flexível, a palavra de ordem não poderia ser outra: flexibilizar. E flexibilizar não só o sistema de produção de bens, como também a mão-de-obra. O Direito do Trabalho, nascido em um contexto de rigidez das relações de trabalho, deve se adaptar à realidade econômica e tornar-se flexível para sobreviver. Para tanto, deverá reduzir o custo final da produção e o nível de desemprego através da diminuição do tratamento protetivo tradicionalmente assegurado aos trabalhadores.

A doutrina normalmente se refere à flexibilização partindo dos significados encontrados nos dicionários da língua portuguesa. Assim é que, geralmente, os autores referem-se à flexibilização como um fenômeno de ductibilidade, maleabilidade, plasticidade, de quebra da rigidez do Direito do Trabalho:

*“Flexível é algo que se dobra sem quebrar, o fácil de manejar, o elástico, o maleável. Flexibilizar o Direito do Trabalho quer dizer, portanto, torná-lo mais ajustável a situações fáticas, menos rígido. Simboliza, ainda, a troca do genérico pelo individualizado; do válido pelo eficaz; do fantasioso pelo real. Significa, finalmente, a predominância da convenção coletiva sobre a lei; da autonomia dos grupos profissionais sobre o paternalismo estatal. A flexibilização do Direito do Trabalho é o processo de adaptação de normas trabalhistas à realidade cambiante. Trata-se de processo porque se traduz em sucessão de estados e mudanças. Caracteriza-se como adaptação porque não gera mudanças in vitro e sim as exigidas pela realidade cambiante, como por exemplo, retrações ou expansões econômicas, processo tecnológico, transformações sociais ou políticas”*<sup>302</sup>.

Arion Sayão ROMITA também refere-se a um conceito amplo de flexibilidade:

*“Preconizam-se vários tipos de flexibilidade: econômica, técnica, social, mas também funcional, numérica e de gestão. A nova política social patronal, desenvolvida para enfrentar a crise, depende de uma melhor produtividade do trabalho e seu instrumento é a flexibilidade, conceito amplo, que cobre vasto aspecto, desde uma flexibilidade das relações sociais (eliminação da rigidez jurídica), passando pela flexibilidade do aparato produtivo (automatização) e chegando à flexibilidade na utilização da força de trabalho (emprego do tempo de trabalho)”*<sup>303</sup>.

A modernização apresentada sob o rótulo da flexibilização é justificada, antes de tudo, pela inevitabilidade do fenômeno da mundialização do capital e pela necessidade de se acompanhar o desenvolvimento econômico e social, relegando-se a um plano de menor

---

<sup>302</sup> Otávio Bueno MAGANO. *A flexibilização do direito do trabalho*, p. 5.

importância a violação do patrimônio jurídico-econômico do trabalhador. Esta outra alternativa não tem que não a de se adaptar à realidade do “mercado” e dispor de sua força de trabalho conforme a lei de oferta e procura, pois dela - e tão somente dela - são extraídas as condições de sua subsistência.

Outros argumentos também são expostos na defesa da flexibilização e os juslaboralistas que tendem a prestigiar o tratamento protecionista do trabalhador são acusados de alienados da realidade brasileira. Assim é que a flexibilização é justificada também em função do desenvolvimento tecnológico. Necessidades como as da reorganização e automação da produção por meio da informática e da microeletrônica; do aumento da produtividade pela adoção de tecnologias de ponta, da diminuição de custos pela implantação de novas formas de gestão da mão-de-obra e, por fim, da oferta de mão-de-obra qualificada e conhecedora das inovações tecnológicas, assimiladas pelos órgãos formadores de opinião como indispensáveis à sobrevivência do Direito do Trabalho, à melhoria das condições dos próprios trabalhadores e ao aumento da taxa de empregos.

Um último argumento é lembrado para justificar a flexibilização e a desregulamentação do Direito do Trabalho: o alto custo da mão-de-obra verificado no Brasil, apelidado de “Custo Brasil”. Sob o pretexto de que as empresas nacionais possam concorrer em condições de igualdade em um mundo globalizado no qual os mercados cada vez mais integrados exigem o aumento da produção e da lucratividade e exacerbam a eficiência, propugna o discurso neoliberal a retirada dos obstáculos que impedem o alcance dessa finalidade e, sendo o custo do trabalho considerado um dos principais empecilhos, a flexibilização é incentivada no Brasil como forma de mitigar os direitos dos trabalhadores.

Contudo, qualquer análise séria do custo da força de trabalho no Brasil permite concluir que a mão-de-obra nacional é uma das mais baratas do mundo<sup>304</sup> e que o mercado de trabalho brasileiro já é extremamente flexível<sup>305</sup>. Tome-se a Constituição Federal por parâmetro e nela será verificado que o salário mínimo brasileiro, que sequer alcança cem dólares, jamais será capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e

---

<sup>303</sup> *A flexibilização ...*, p. 115.

<sup>304</sup> Neste sentido, aponta Aldacy Rachid COUTINHO: “a forma pela qual os indicadores são apresentados é, assim, mera manipulação teórica para reduzir os direitos trabalhistas conquistados. O “custo Brasil” é efetivamente de 55,71% dos salários mensais e traduz-se num dos mais baixos do planeta, além do que incide, em geral, sobre uma aviltante remuneração”. *Direito do trabalho ...*, p. 112-113.

previdência social (artigo 7º, inciso IV). No mesmo artigo da Constituição - sempre lembrada como diploma jurídico instituidor da flexibilização em solo brasileiro - constam três hipóteses que, mesmo excepcionais, autorizam tal procedimento em relação a dois dos principais institutos de Direito do Trabalho: a jornada de trabalho e o salário.

José Affonso DALLEGRAVE NETO<sup>306</sup> afirma que a legislação trabalhista brasileira é uma das mais flexíveis do mundo, que nunca se flexibilizou tanto em tão pouco tempo e que as últimas medidas legislativas acatam a proposta patronal, apresentando os seguintes indicativos: a) não existe mais estabilidade absoluta no emprego; b) impera o direito potestativo de despedir sem justa causa o empregado. Até mesmo os servidores concursados podem, hoje, ser dispensados mediante procedimento de avaliação de desempenho; c) suspensões do contrato com incentivo tributário às empresas; d) modalidades de contratação disponíveis ao empregador (por duração limitada, sem aviso prévio e multa do FGTS), por meio de relações civis: cooperativas, estágios, representantes comerciais e trabalho voluntário; e) alterações contratuais sem ônus: reversão de cargo de confiança, opção para trabalho em tempo parcial e redução de salário mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho; f) flexibilização da jornada de trabalho de forma unilateral pelo empregador no amplo prazo de um ano e pelo “banco de horas”.

Mas, em contrapartida ao cenário de flexibilização do trabalho, o capital preserva-se sem flexibilizar-se. Segundo Márcio Túlio VIANA<sup>307</sup>, o que importa para a frase da moda não é tanto “*o Direito do Trabalho, mas o Direito ao Trabalho*” e, para se criarem empregos, é preciso flexibilizar, um verbo simpático, que passa a idéia de inovação, abertura, modernidade, mas que o capital recusa-se a conjugar e ordena que o trabalho conjugue, que inove nas formas e retroceda nas essências, rumo à liberdade prometida que não passa de opressão:

*“O fordismo se apoiava numa certa lógica jurídica; o sistema pós-fordista caminha em busca de outra. Tudo muda ... para continuar igual. Para o modo estável, duradouro e complessivo de antes, um direito também uniforme, abrangente e o mais possível estável; para um regime instável de hoje, um direito precário, fragmentado, quebradiço. Um direito que poderia até ser chamado de pós-moderno, posto que pragmático, caótico, oscilante. Mas que nem por isso deixa de ter uma diretriz: quer*

---

<sup>305</sup> Neste ponto, converge-se como pensamento de Benedito Calheiros BONFIM. *Globalização, flexibilização e desregulamentação*. In: MACCALÓZ, Salete Maria et alli. *Globalização, neoliberalismo e direitos sociais*, p. 40.

<sup>306</sup> *Análise de conjuntura socioeconômica e o impacto no direito do trabalho*, p. 397.

<sup>307</sup> *A proteção social ...*, p. 168.

*se estabilizar na instabilidade, quer flexibilizar para endurecer. Afinal, a empresa exige a redução de custos, e um de seus custos é o próprio direito ...”.*

Se em FORD a empresa delimitava espacial e temporalmente a prestação de trabalho pela fixação do local de trabalho dentro do estabelecimento e do ritmo de produção imprimido pela esteira móvel, com a participação dos trabalhadores no processo de produção do início ao fim, hodiernamente se verifica a ruptura desse paradigma, seja em função da adoção de novas tecnologias para o controle e a intensificação do trabalho e da produção, seja em decorrência da terceirização de grande parte das atividades anteriormente desempenhadas no interior da empresa-mãe.

O rígido e funcional modelo fordista de organização do trabalho, no qual são vedadas a transferência do trabalhador para outro posto de trabalho e a realização de outras tarefas que não as inicialmente contratadas, somente foi desenvolvido em função da alienação do trabalhador, que desconhecia o objetivo a ser atingido com o seu trabalho. Com o modelo toyotista, no qual os trabalhadores são polivalentes e trabalham em equipes, abandona-se a rigidez na divisão do trabalho e há a fusão entre os interesses dos empregados e os dos empregadores, o que não significa necessariamente que o sistema seja menos eficiente que o fordista:

*“A ausência do controle ostensivo do trabalho não deve iludir um exame mais atento do toyotismo. Na verdade, o controle grupal é muito mais eficiente do que o controle hierarquizado, porque a solidariedade que se forma entre os trabalhadores está voltada aos interesses da produção, não aos seus interesses de classe. A direção pode tranquilamente delegar o controle do trabalho porque detém o controle material (salários, benefícios e promoções) e o controle que diz respeito à cooptação psicológica”<sup>308</sup>.*

O trabalho manual e a mecanização, conceitos antiquados de décadas passadas, cedem espaço à ciência e à automação da era da acumulação flexível<sup>309</sup>. Na filosofia toyotista,

---

<sup>308</sup> Reinaldo Pereira SILVA. *O mercado de trabalho humano: a globalização econômica, as políticas neoliberais e a flexibilidade dos direitos sociais no Brasil*, p. 101-102.

<sup>309</sup> Segundo Maria Regina Gomes REDINHA, cinco vetores podem ser isolados do conceito de “flexibilidade” que tanto encanta a gestão empresarial contemporânea: a) a elasticidade global da unidade produtiva, aferível pelo grau de adaptação dos meios tecnológicos e das técnicas de produção à dimensão e à intensidade do mercado; b) a mobilidade interna, caracterizada pela possibilidade de os trabalhadores ocuparem vários postos de trabalho situados nos diferentes setores da cadeia produtiva e sem prejuízo da produtividade; c) o evitamento do complexo de imposições jurídicas que embaraçam a livre acomodação do contingente de emprego e de trabalho às necessidades instantâneas da produção, pela manipulação do contrato de trabalho; d) a indexação dos salários reais à evolução do volume de negócios e às oscilações do contexto econômico; e) a redução da diferença entre o montante líquido da massa salarial e o seu custo global para as empresas. *A relação laboral ...*, p. 55-58.

somente permanecem no núcleo empresarial aqueles empregados altamente qualificados, polivalentes, consideravelmente “autônomos” e que são realmente indispensáveis à consecução da finalidade econômica do empreendimento. O restante da mão-de-obra é subcontratada e, mal remunerada por empresas de questionável capacidade econômica, passa a contar como mais um dos elementos materiais da produção.

O abismo e a exclusão sociais que se revelam na realidade brasileira demonstram que a flexibilização não contribui para o combate do desemprego na forma preconizada pelos seus mais ferrenhos defensores e isto é patente também naqueles países que adotaram esse discurso como forma de aumentar os níveis de emprego<sup>310</sup>, notadamente a Espanha e a Argentina, para mencionar apenas aqueles mais citados pela doutrina.

Segundo Maria Regina Gomes REDINHA<sup>311</sup>, o aumento da flexibilização não é e nem pode ser considerado um fim em si mesmo e, muito menos, a cura universal para a recuperação econômica e para a solução do problema do emprego, podendo, inclusive, desembocar numa prática autofágica:

*“Ao contrário das previsões mais lisongeiros para o mérito da ductilidade da força de trabalho, não se demonstra a sua virtualidade na criação mediata ou imediata de emprego, já que parece quedar-se, na melhor das hipóteses, pela salvaguarda parcial dos postos de trabalho existentes. E se, pontualmente, se registra um decréscimo do desemprego, ele é, na maior parte dos casos, puramente estatístico, dado que provém apenas da transformação de empregos estáveis em empregos precários. O balanço final das vantagens econômicas, todavia, é ensombrado, a curto prazo, pelos elevados custos sociais que acarretam a degradação da qualidade do emprego, se não aumento do desemprego, e a desaceleração dos investimentos na formação profissional, enquanto que, a médio prazo, o seu peso se repercute a nível macro-económico pelo aumento massivo e sem contrapartida dos encargos da segurança social induzido por uma ratio cada vez menor entre população activa e « deixados por conta »”.*

José Augusto Rodrigues PINTO<sup>312</sup> converge com a essência desse entendimento:

---

<sup>310</sup> E não são apenas os juslaboralistas que fazem tal afirmação. Consta do editorial intitulado *Menos emprego, mais trabalho*, publicado no Jornal O Estado de São Paulo, Caderno Principal, 11.02.2000, p. A-3, que “*não faltou, nos anos 90, quem defendesse o desmonte completo da legislação trabalhista, como se fosse um obstáculo à competitividade, ao crescimento econômico e à criação dos empregos. O mercado brasileiro de mão-de-obra, afirmou-se com frequência, é muito rígido e por isso funciona mal. O desemprego seria uma das consequências desse perverso estado de coisas. O argumento da rigidez foi sempre desmentido pelos fatos: alta rotatividade e redução até de salários nominais são dificilmente compatíveis com um mercado pouco flexível. Flexível, mesmo, tem sido a autoridade em face da progressiva desmoralização da lei*”

<sup>311</sup> *A relação ...*, p. 59-61.

<sup>312</sup> *Direito do trabalho - globalização e flexibilização*, p. 887.

*Do lado da flexibilidade é evidente que ela não basta para anular totalmente o ataque, até aqui devastador, da Revolução Tecnológica contra o trabalho humano na sua função de força de sobrevivência social. A afirmação pode ser comprovada com a persistência dos altos índices de desemprego e da deserção sindical dos trabalhadores, nos países que assumiram a vanguarda do desenho de normas mais dúcteis para as relações trabalhista [sic] - e nos induz a pensar firmemente que a flexibilidade é um caminho e não um objetivo a ser alcançado pelo Direito do Trabalho*

O alvo principal do discurso da flexibilização do Direito do Trabalho é o contrato individual de emprego, a relação típica entre empregado e empregador caracterizada pelo tradicional elemento da subordinação jurídica. Mas não só a rígida e típica tipologia contratual é alvejada, como também os seus principais institutos: prazo de vigência, jornada de trabalho, remuneração, proteção contra despedida imotivada e vinculação direta com a empresa.

Assim é que Manuel Alonso OLEA <sup>313</sup> previu os reflexos da flexibilização: multiplicação de contratos atípicos; maior incidência dos contratos de tempo parcial; debilitação do princípio da estabilidade; maior utilização dos contratos por prazo determinado; ressurgimento do trabalho em domicílio; decadência do módulo hebdomadário; difusão da subcontratação; expansão da multiplicidade de empregos; incorporação das mulheres no mercado de trabalho; elasticidade da economia submersa; ambivalência da convenção coletiva, com admissibilidade dos efeitos *in melius* e *in pejus*; utilização do contrato de aprendizagem como medida de fomento ao emprego; e revisão da seguridade social, com vistas à contenção das despesas respectivas.

O que se pode constatar, portanto, é que, quando se fala em atualização do Direito do Trabalho, apenas um palavra vem à mente dos formadores de opinião: a flexibilização. E ninguém se sente confortavelmente disposto a refutá-la ou a contestá-la, para que não se lhe irroguem a pecha de “inflexível”.

Entretanto, nos moldes propostos no Brasil, a flexibilização não só distorce a aplicação do Direito do Trabalho como também, ao retirar o tratamento protetor conferido pelo Estado e transferi-lo para a esfera da manifestação dos sujeitos da relação de emprego ou das entidades sindicais que representam os seus interesses, afeta o princípio da proteção do trabalhador hipossuficiente <sup>314</sup>. A flexibilização tornou-se um fim em si mesma, não mais um meio de

---

<sup>313</sup> Apud Otávio Bueno MAGANO. *A flexibilização ...*, p. 7-8.

<sup>314</sup> Segundo Luiz de Pinho Pedreira da SILVA, a onde de flexibilização que varre o mundo atinge o Direito do Trabalho em seus alicerces, que são os princípios: “os princípio mais atacados são o de proteção, o *in dubio pro operario*, e o de norma mais favorável, precisamente os mais característicos desse ramo dogmático e que serviram de fundamento para a sua autonomia, pois é óbvio que não se rpestaram a esse fim os de continuidade,

tornar o Direito do Trabalho viável. Seus defensores não tratam mais de precisar qual o conteúdo protetor que deve ser assegurado pela ciência jurídica nas relações de trabalho, mas de flexibilizar a qualquer custo a legislação social, sob pena de ferir de morte o Direito do Trabalho. O primeiro tópico na pauta de reivindicações do empresariado junto ao Poder Público passa a ser a adoção do modelo negociado sobre o legislado, e os argumentos ultrapassam as fronteiras nacionais, dirigindo-se às experiências bem sucedidas em alguns países que já alcançaram considerável avanço social, principalmente na área da educação, e desviando-se de outros que, mesmo adiantados, não tiveram sucesso ao flexibilizar a legislação trabalhista.

A realidade brasileira, contudo, é outra. Como se pensar em flexibilização do Direito do Trabalho se os direitos mínimos de proteção dos trabalhadores são freqüentemente transgredidos? Como se pretender um processo sério de flexibilização se a Justiça do Trabalho é constantemente acionada para atestar a correção ou não de controles da jornada de trabalho? Como continuar flexibilizando o Direito do Trabalho no Brasil se a primeira e uma de suas principais manifestações - a terceirização - desde logo foi procedida incomensuravelmente e por empresas inidôneas?

Não se veja, aqui, a defesa da inflexibilidade e da desnecessidade de atualização do Direito do Trabalho, procedimento que se impõe até mesmo em função das novas formas de trabalho e de contrato que se verificam na atualidade. Também não se nega que a flexibilização deve ser incrementada no Direito do Trabalho, mas não como única forma de sua atualização, não como um fim em si mesmo e não como um instrumento de precarização do trabalho e à custa do desmantelamento do patrimônio jurídico dos trabalhadores, mas tendo como norte o princípio da proteção.

Talvez um dos melhores exemplos da distorção e da distância entre o que se pretendem pela flexibilização e o que se observa na realidade brasileira é o que se verifica na terceirização. Empresas criadas da noite para o dia e com período de atividade econômica pré-fixado contratam dezenas ou centenas de empregados para sublocarem a força de trabalho de modo a atender a atividade-fim de empresas tomadoras. Aí então os abandonam logo após o termo final do contrato de prestação de serviços. Ora, se terceirizar é preciso, então que se exija efetivamente da empresa prestadora de serviços obrigações como, por exemplo, as de registro e prestação de contas, para não se falar em solidez financeira, e que se imponha

---

*tratamento igual, razoabilidade e primazia da realidade, os dois últimos bastante novos e todos três comuns a outras disciplinas". Os princípios do direito do trabalho em face da globalização, p. 28.*

legalmente à empresa tomadora a responsabilidade solidária e objetiva, além da prescrição de elevadas multas para os casos de interposição ilegal de mão-de-obra.

Não parece, portanto, que o correto seja rechaçar indiscriminadamente a flexibilização do Direito do Trabalho, uma vez que, ignorar a realidade das relações de trabalho, não contribui para a solução do problema, mas para o seu agravamento. A flexibilização deve ser aceita não como um fim em si mesma, mas como um instrumento a serviço do Direito do Trabalho e não o contrário. O processo flexibilizante deve ser adotado segundo limites rígidos, objetivos e, preferencialmente, pré-definidos no Direito Positivo, que deverão ser traçados pelos legisladores e interpretados pelos juristas sob a luz do princípio da proteção, de forma a resguardar a dignidade do trabalhador.

### 3.2.3 A DESREGULAMENTAÇÃO

Se por um lado a total repulsa da flexibilização conduz à supressão da autonomia dos trabalhadores e das entidades sindicais, por outro a sua ampla e irrestrita adoção implica a desregulamentação do Direito do Trabalho, fenômeno que ganha fôlego em nome da competitividade e do combate ao desemprego. Daí porque os juslaboralistas tendem a enaltecer uma posição intermediária, pois as idéias de que trabalhadores e sindicatos não são capazes de negociar livremente os seus interesses e de que o Estado nada deve assegurar nas relações de trabalho afiguram-se extremamente radicais.

Quando se fala em desregulamentação no contexto das relações de trabalho, a dúvida exsurge na mente do intérprete quanto ao destinatário dos efeitos desse processo. Afinal, é o Direito, em sentido amplo, ou o Direito do Trabalho, em sentido estrito, que sofrerá a desregulamentação? A primeira hipótese é inviável, uma vez que as relações de trabalho sempre serão regidas pelo Direito, seja pelo Direito do Trabalho, seja por qualquer outro ramo da ciência jurídica. Retirar do espectro de atuação do Direito as relações travadas entre trabalhadores e empregadores é ação impossível de ser realizada na atualidade em face do regime democrático adotada no Brasil. Já a desregulamentação do Direito do Trabalho implicaria a extinção desta disciplina jurídica, e os conflitos de interesses do capital e do trabalho passariam a ser resolvidos pelo Direito Comum. E, por óbvio, é sob essa conotação que a desregulamentação vem sendo abordada pelo Estado, pela sociedade civil e pelos operadores do Direito do Trabalho.

Há que se salientar que o Direito do Trabalho não atingiu a sua plenitude em solo brasileiro e já se discute seriamente sobre a desregulamentação das relações de trabalho como se já tivesse alcançado o nível de desenvolvimento de outras nações mais civilizadas. O principal diploma legal vigente no país – a CLT – teve como principal objetivo regular as relações de trabalho travadas no setor industrial da Economia. Não somente os outros setores da Economia foram esquecidos pelo consolidador, como também sucedeu que apenas com certo esforço da doutrina e da jurisprudência é que os tomadores da prestação de serviços que não visavam a lucro puderam ser considerados empregadores, na acepção jurídica do termo. Também o trabalho rural, equiparado com o trabalho urbano apenas a partir da vigência da Constituição Federal de 1988, recebeu tratamento legal de forma incompleta e tardia. Enfim, veja-se o trabalho doméstico, recebedor de tratamento diferenciado não só em sua criação, como também em seu desenvolvimento, a partir de direitos pinçados do artigo 7º da Constituição da República.

Este quadro confirma a necessidade de atualização do Direito do Trabalho que, obviamente, não se dará pela desregulamentação:

*“Que a legislação seja passível de melhoras importantes ninguém, seriamente, pode contestar. Que se deva abrir mais espaço à livre contratação também é razoável – embora se deva garantir, independentemente dos contratos, um conjunto mínimo de direitos. Mas é preciso distinguir: uma coisa é defender uma legislação mais moderna e mais favorável à criatividade nos contratos (esta é a verdadeira flexibilidade); outra, muito distinta, é pregar a destruição das garantias sociais e imaginar o mercado sem regras como solução para todos os problemas. Esta visão das coisas, já se viu no mundo todo, nos últimos anos, é extremamente perigosa”*<sup>315</sup>.

Poder-se-ia até pensar em desregulamentação e abandono do tratamento protetivo se os contratantes da relação de emprego pudessem livremente negociar as condições de trabalho. Não é o que acontece no Brasil e não só pelo sempre lembrado motivo da debilidade da Economia, como também pelo relativamente curto período de regulamentação das relações de trabalho, pelo sistema sindical vigente e pela ausência de uma política de educação, não apenas profissionalizante, como quer o neoliberalismo.

Exigir da grande maioria dos trabalhadores empregados e desempregados um elevado grau de maturidade para que, não mais amparados pelo Estado e, por vezes, não assistidos pelo sindicato profissional, possam dispor sobre as condições de trabalho quando à sua volta encontram-se milhares de excluídos e em sua mente forma-se o espectro da fome é, no

---

<sup>315</sup> Editorial do Jornal O Estado de São Paulo intitulado de *Combate à ilegalidade*, p. A-3.

mínimo, uma ação de má-fé. Em um primeiro momento, até se pode atingir a majoração da taxa de ocupação da mão-de-obra, mas o custo seria demasiadamente alto e acarretaria a precarização do trabalho humano genericamente considerado<sup>316</sup>.

A doutrina tende a reputar a desregulamentação como um estágio avançado da flexibilização. O grau de amadurecimento da classe trabalhadora, a autonomia conquistada pelas entidades sindicais e o novo papel do Estado não permitiriam o Direito do Trabalho tratar dos trabalhadores como particulares hipossuficientes e carentes de qualquer espécie de proteção. Contudo, defende-se que a desregulamentação significaria a efetiva mercantilização do trabalho humano, notadamente no Brasil. Aí sim haveria realmente um “mercado” de trabalho, expressão tão ao gosto do “economês” que vem invadindo a seara do Direito. Com a desregulamentação, a ciência jurídica, que encontra no Direito do Trabalho um de seus mais recentes, dinâmicos e importantes ramos, brotado em um contexto de verdadeira selvageria no campo das relações de trabalho, sofreria considerável avanço, mas avanço do retrocesso.

E não é difícil prever o que aconteceria no mundo do trabalho sem a regulamentação conferida pelo Direito do Trabalho. Sem a proteção e o equilíbrio entre a oferta e a procura de emprego, o desempregado (se é que haveria emprego, assim considerado na acepção jurídica do termo) tornar-se-ia o algoz do empregado, retirando-lhe o posto de trabalho a partir do momento em que aceitasse condições menos onerosas para o empregador, independentemente da sua real vontade e da do seu sindicato. Dizer que ninguém melhor do que os particulares para regularem os seus interesses nas relações de trabalho, é dizer que somente aqueles que detêm o poder – os empregadores – terão os seus interesses resguardados<sup>317</sup>.

No que concerne ao princípio da proteção, a desregulamentação simplesmente significaria o seu trágico fim, após séculos de maturação<sup>318</sup>. Não se imagina que, em um

---

<sup>316</sup> Enoque Ribeiro SANTOS afirma que na Europa houve o aumento do número de trabalhadores assalariados em tempo integral e de empregados em tempo parcial, mas ressalta que “*a outra face da desregulamentação tem sido a precarização das relações de trabalho, aprofundando a dualização no mercado de trabalho dos países desenvolvidos. Uma oferta e uma demanda de mão-de-obra atuando em um contexto concorrencial podem até reduzir drasticamente os níveis de desemprego, mas têm muito pouco a oferecer em termos de redução das desigualdades e oferta de postos de trabalho de qualidade. Nos países anglo-saxões, a desregulamentação ocorrida nos anos 80 foi acompanhada de uma notável elevação da demanda de trabalho, mas também de dualização social e de um crescimento de pobreza que induziu questionamentos sobre a qualidade dos postos de trabalho oferecidos*”. *O direito do trabalho ...*, p. 201-202.

<sup>317</sup> Neste sentido, veja-se o trabalho informal que cresce vertiginosamente no Brasil. Nele, o trabalhador sequer negocia as condições de trabalho e contraprestação, quando menos, eventual registro na Carteira Profissional e conseqüente inserção no mercado formal.

<sup>318</sup> Neste sentido José Affonso DALLEGRAVE NETO afirma que “*a flexibilização da relação de trabalho é uma corrente doutrinária desenhada por juristas do novo paradigma neoliberal, patrocinada por empresários e organizações financeiras mundiais, que visa basicamente: a) - desregulamentar a legislação trabalhista; b) - estimular formas flexíveis de contratação de empregados e rescisões sem ônus e c) - acabar com o princípio de proteção ao empregado - introduzido pelo paradigma do Estado Social Intervencionista, no início deste*

cenário de livre embate de forças, haja espaço para o tratamento protetivo do trabalhador, nem mesmo à semelhança do que se verifica nas relações de consumo. Ainda que as relações de trabalho não mais sofram regulação de fontes heterônomas e passem a ser regidas sob a rígida égide do Direito Civil, acredita-se que a diretriz protecionista não vingará, porque, em última *ratio*, ela é o alvo da desregulamentação. Sucumbindo o Direito do Trabalho, o princípio protetivo seguirá a mesma sorte.

## 4 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NA ATUALIDADE BRASILEIRA

### 4.1. NOVAS MODALIDADES DE PRESTAÇÃO DE TRABALHO

Ainda não tendo logrado êxito a empreitada pela flexibilização ampla, geral e irrestrita do Direito do Trabalho e, ainda porque inviável a proposta de desregulamentação na atualidade brasileira, vem-se presenciando a disseminação de novas modalidades de prestação de trabalho com o nítido objetivo de afastar o tratamento protetivo assegurado pelo Direito do Trabalho ao empregado, assim considerado na acepção jurídica do termo.

E, para que tal propósito seja alcançado, a receita do neoliberalismo consiste, de um lado, na aceitação e na majoração do alcance da autonomia da vontade das partes que rege os contratos civis e comerciais e, de outro, na diminuição da heteronomia, forma típica de regulação das relações de trabalho juridicamente subordinado e caracterizada pela produção do Direito pelo Estado ou pelas entidades sindicais.

Na busca desenfreada pela redução do custo da produção e com o auxílio das inovações tecnológicas, a relação individual de emprego por tempo indeterminado perde força na exata medida em que novas e criativas formas atípicas de prestação do trabalho humano são incorporadas ao processo de desenvolvimento da atividade econômica das empresas, instaurando-se o que Jorge Eduardo Levi MATTOSO<sup>319</sup> denomina de “insegurança no emprego”:

*“Estas “novas”, “atípicas” ou “contingenciais” formas de trabalho e de trabalhadores são, no entanto, muito diferenciadas entre si e heterogêneas. Algumas têm algo de déjà vu relativamente a outros momentos pretéritos do desenvolvimento capitalista, como os trabalhos doméstico e independente, mas são hoje também resultado da terceirização levada a cabo pelas empresas e da maior utilização da informática e de outras tecnologias que favorecem o trabalho realizado a distância da empresa. Outras são relativamente novas e ampliadas pelas novas relações das empresas com o mercado (consumidores e fornecedores) e/ou pelas estratégias empresariais de flexibilização e redução do custo do trabalho com forma de romper a anterior relação de trabalho e de fazer face à crescente concorrência doméstica ou internacional. Neste sentido, o capital reestruturado buscou reduzir o tamanho da força de trabalho diretamente empregada pelas empresas, substituindo o trabalho integral, de longo prazo ou indeterminado, pelo trabalho contingencial, temporário, part-time, etc.”.*

---

<sup>319</sup> A desordem ..., p. 87.

Tais modalidades atípicas atingem a categoria central do Direito do Trabalho - o contrato individual de emprego - em suas principais características e conduzem à debilidade do trabalho humano. Nessa linha de raciocínio, Boaventura de Souza SANTOS <sup>320</sup> afirma que a dessocialização da economia operou-se pela redução do trabalho a fator de produção e que, na luta pela reconstrução da economia como forma de sociabilidade democrática, haveria uma condição indispensável, qual seja, a redescoberta democrática do trabalho, atingível, dentre outros fatores, pelo reconhecimento do polimorfismo do trabalho:

*“O trabalho regular a tempo inteiro e por tempo indeterminado foi o tipo ideal de trabalho que norteou todo o movimento operário desde o séc. XIX, tendo, no entanto, tido uma aproximação na economia real apenas nos países centrais e apenas no curto período do fordismo. Esse tipo ideal está hoje a distanciar-se da realidade das relações de trabalho na medida em que proliferam as chamadas formas atípicas de trabalho e o Estado promove a flexibilização da relação salarial. Neste domínio, a exigência cosmopolita assume duas formas. Por um lado, o reconhecimento dos diferentes tipos de trabalho só é democrático na medida em que cria em cada um deles um patamar mínimo de inclusão. Ou seja, o polimorfismo do trabalho só é aceitável na medida em que o trabalho permanece como critério de inclusão. Ora é sabido que a atipicização das formas de trabalho tem vindo a ser utilizada pelo capital global como modo disfarçado de transformar o trabalho em critério de exclusão, o que sucede sempre que os trabalhadores não conseguem com o seu salário passar o limiar da pobreza. Nestes casos, o reconhecimento do polimorfismo do trabalho, longe de ser um exercício democrático, configura um ato de fascismo contratual. A segunda forma assumida pelo reconhecimento democrático do trabalho reside na promoção de qualificação profissional qualquer que seja o tipo e a duração do trabalho. Se não for acompanhada pelo reforço da qualificação profissional, a flexibilização da relação salarial não é mais que uma forma de exclusão social por via do trabalho”.*

E o Direito do Trabalho, separado do Direito Civil justamente por este se mostrar impotente em tratar adequadamente das relações de trabalho com base na vetusta teoria da plena autonomia da vontade, observa que, se antes a debilidade econômica do trabalhador impedia a livre estipulação das formas contratuais e, até mesmo, das condições de trabalho, agora, está obstando a livre estipulação das formas de prestação de trabalho.

Novidade alguma há nesta constatação, é bem verdade, uma vez que a prestação de trabalho assumiu diversos matizes no passado e sempre com a finalidade de afastar o caráter tido como cogente do Direito do Trabalho. Isso acarretou a elaboração de pressupostos teóricos para a delimitação de sua área de atuação, destacando-se, nesse sentido, a formulação da clássica teoria da subordinação.

---

<sup>320</sup> Reinventar a democracia ..., p. 114-115.

Aliás, a subordinação, tida no passado como a nota típica da relação de emprego, foi escolhida na atualidade como o alvo das novas modalidades de contratação do trabalho humano, pois as finalidades de superar o Direito do Trabalho e o seu arcabouço protecionista e de majorar a autonomia dos sujeitos da relação de trabalho não foram alcançadas pelos instrumentos da flexibilização e da desregulamentação, e, na incessante busca pela acumulação do capital, não se pode esperar pela demorada assimilação destes institutos pelo Estado e pela sociedade civil <sup>321</sup>.

Ao tratar da questão da proteção do trabalho, Adrián O. GOLDIN <sup>322</sup> assevera, acerca das dificuldades de identificação dos sujeitos alcançados pelas instituições do Direito do Trabalho e das lacunas entre o trabalho autônomo e subordinado, que:

*“Hay que decir, em primer lugar, que si el concepto de dependencia laboral (que es el que define la “pertenencia” al conjunto de categorías laborales protegidas) se construyó históricamente como réplica conceptual del modo de desempeño del trabajador industrial típico que prevaleciera a partir de la primera revolución industrial, no debe llamar la atención que la idea misma de dependencia laboral iniciara un trayecto de pérdida de representatividad y abarcatividad a partir del momento en que la figura del trabajador industrial comenzara de modo gradual a resignar su condición dominante en el sistema productivo y el mercado de trabajo. Si imaginamos un hipotético “continuo” en uno de cuyos extremos se localizan las formas más nítidas de desempeño en relación de dependencia y en el otro, las de trabajo claramente autónomo, los tramos intermedios - aquellos en los que se localizarían los supuestos difíciles de categorizar (los denominados “casos grises”) - han de verse crecientemente frecuentados a medida en que cambian los modos de prestación de trabajo”.*

A tendência apontada pela doutrina é a de que o trabalho subordinado e por conta alheia perca a exclusividade como centro gravitacional do Direito do Trabalho e passe a figurar lado a lado com novas formas de trabalho sujeitas a diferentes níveis de intensidade da subordinação.

---

<sup>321</sup> Ao comentar a Conferência da Comissão Européia sobre as mudanças do trabalho e o futuro do Direito do Trabalho na Europa, realizada em Madrid no ano de 1998, Alfredo Montoya MELGAR afirma que *“el rapport final de la reunión comunitaria de Madrid volvió a poner sobre el tapete la idea de la crisis del llamado <<modelo fordista>> de producción y relaciones laborales, resaltando la actual existencia de una pluralidad de mundos productivos>> que piden respuestas diferentes. La expansión del trabajo independiente renueva em nuestros días las exigencias en cuanto a su protección, que se hacen coincidir en parte con la propuesta de reordenación de la noción de dependencia, bien sea intentando volver a la más amplia idea de <<dependencia económica>> característica de los primeros estadios de la legislación social, bien extendiendo el concepto de dependencia a través de nociones como la de <<parasubordinación>>, ideada por los juristas italianos, o la de <<quasi-laboralidad>> alcuñada por los alemanes; nociones fronterizas elaboradas con el evidente objetivo de ensanchar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo más allá de su contenido clásico”.* Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del derecho del trabajo. In: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al professor José Cabrera Bazán.* p. 59.

O que é novo e, por tal motivo, deixa a sociedade civil e os operadores do direito perplexos, é o fato de que a imaginação dos interessados em relegar o Direito do Trabalho a um segundo plano vem-se revelando impressionantemente fértil e, o que antes poderia ser resumido a duas ou três formas de desvirtuamento do Direito do Trabalho tipificadas em codificações que não a CLT, hoje conta com dezenas de modalidades, muitas delas sequer previstas no ordenamento positivo genericamente considerado.

A Reestruturação Produtiva implicou, necessariamente, a reformulação da gestão da produção e, conseqüentemente, na reorganização do trabalho, rompendo as estruturas seculares sobre as quais se funda o Direito do Trabalho. Nesse processo, cumpre salientar o papel da informática, outrora útil como um meio de desenvolvimento da atividade econômica empresarial, hoje indispensável e quase um fim em si mesma, a partir do momento no qual ocorreu a substituição da eletromecânica pela eletrônica e pela robótica como bases do novel sistema tecnológico de produção.

Entra em cena um novo tipo de trabalhador: não mais o empregado juridicamente subordinado, nem o trabalhador autônomo coordenado, mas o trabalhador colaborador, que deixa de integrar a estrutura interna de produção. Este se considera livre e parceiro de seus ex-empregadores, trabalha em sua residência, conforme a demanda de trabalho e recebe por metas atingidas.

Uma nova empresa se forma, descartando mão-de-obra, renunciando ao comando direto, autoritário, visível e externo, e acentuando a subordinação indireta, invisível, internalizada, mas nem por isso menos autoritária. O empregado torna-se seu próprio algoz, uma vez que, quanto mais produtivo, maior o risco de se tornar desempregado <sup>323</sup>.

#### 4.1.1 A TERCEIRIZAÇÃO

Não obstante não se trate a flexibilização de uma "nova" modalidade de prestação de trabalho, ela trata-se de uma nova forma de organização do mundo do trabalho, com reflexos na regulamentação jurídica na prestação do trabalho. Algumas considerações são ainda necessárias a respeito dessa figura, não só pela sua larga utilização em solo brasileiro, como também pelos contornos que se traçam pela reorganização do trabalho.

---

<sup>322</sup> *La protección del trabajo en la encrucijada*, p. 100.

<sup>323</sup> Neste parágrafo, nos valem dos ensinamentos de Márcio Túlio VIANA, *A proteção social ...*, p. 164.

Basicamente, o que se observou desde o início do processo de adoção da terceirização no Brasil foi a contratação ilegal de mão-de-obra por interposta pessoa. Não havendo amparo legal para a contratação genérica desse tipo de serviços entre as empresas prestadora e a tomadora de serviços, a jurisprudência posicionou-se no sentido da ilegalidade da intermediação e da formação da relação de emprego diretamente com a empresa beneficiária do trabalho prestado, a não ser que este fosse trabalho temporário ou serviços de vigilância (súmula 256, do Tribunal Superior do Trabalho e Leis 6019/74 e 7102/83).

Destaca-se, aqui, relevante papel desempenhado pelo princípio da proteção, pois nele se fundaram diversos julgados, que determinaram a nulidade do contrato de emprego entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços e ainda impôs a responsabilidade solidária e objetiva da empresa tomadora, em face do ilícito trabalhista praticado com o intuito de fraudar a legislação do trabalho.

Em um segundo momento, talvez premida pela realidade sócioeconômica que registrava altos índices de aceitação da terceirização, a jurisprudência abrandou o seu posicionamento e passou a admiti-la sem restrição quanto à natureza do trabalho prestado, desde que relacionado à atividade-meio da empresa tomadora dos serviços (súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho). Interessante notar que não houve alteração substancial do direito positivo, e a revisão da orientação jurisprudencial mitigou o princípio protetivo na exata medida em que não só restringiu as hipóteses de caracterização do vínculo de emprego com a empresa prestadora de serviços, como também delimitou subjetivamente a responsabilidade desta, a partir de conceitos de culpas *in eligendo* e *in vigilando* e de idoneidades econômica e financeira.

Hodiernamente, a terceirização vem adquirindo uma nova coloração. Em decorrência da Reestruturação Produtiva, uma mesma empresa divide-se em diversas unidades, tantas quantas forem as etapas do sistema de produção, e as considera autônomas e coordenadas (não subordinadas) entre si. Esses condomínios industriais lembram o despertar da terceirização, mas com uma diferença: antes, apenas as atividades consideradas como instrumento (meio) de desenvolvimento econômico eram terceirizadas e, normalmente, as empresas prestadoras e tomadora nada tinham em comum, a não ser direitos e obrigações de natureza estritamente civil; agora, também as atividades relacionadas à finalidade econômica da tomadora são terceirizadas às prestadoras, estas geralmente criadas após a extinção dos antigos setores produtivos da empresa-mãe, novas empregadoras dos seus ex-empregados, situadas no mesmo parque industrial e seguidoras dos planos traçados pela destinatária dos

serviços. Não se exige das prestadoras somente um resultado, um produto final, mas um *modus operandi* que vai desde a determinação do conteúdo da prestação do trabalho até a quantidade de metas a serem atingidas.

E o que se teme na presente época é uma nova relativização do princípio protetor em função do processo histórico de mitigação desta diretriz. É possível e até mesmo fácil imaginar as dificuldades que trabalhadores das unidades formadas a partir da empresa-mãe terão ao pleitear, em face desta e perante a Justiça do Trabalho, o reconhecimento da relação de emprego ou, quando menos, a equiparação salarial, por exemplo. O que não se pode admitir, contudo, é a abolição da responsabilidade entre a empresa terceirizante e as terceirizadas que, segundo se defende como regra geral, deve ser fixada de forma objetiva e solidária, por força do princípio da proteção.

Reitere-se que a terceirização é um fato que, se não pode ser ignorado pelo Direito do Trabalho, deve ser reconhecido e interpretado segundo o princípio da proteção, pois, se pelas ordens econômica e jurídica são reconhecidos os direitos do empregador de dispor dos meios de produção como melhor entender e de terceirizar atividades em função da Reestruturação Produtiva, também deve, em contrapartida, serem assegurados objetivamente ao trabalhador os direitos trabalhistas. Há que se admitir, sim, a terceirização, desde que séria e responsável. E o passo seguinte ao da responsabilização solidária deve ser dado pelo legislador e igualmente com fulcro no princípio protetor, que criará requisitos mais rígidos de constituição de empresas prestadoras de serviços e sistema efetivo de fiscalização das obrigações.

#### 4.1.2 O COOPERATIVISMO

Impulsionado pela inserção de um parágrafo único ao artigo 442 da CLT, pela Lei 8949/94, que nada de novo introduziu na legislação ordinária pátria, eis que o artigo 90 da Lei 5764/71 já estabelecia a inexistência do vínculo de emprego entre a cooperativa e seus cooperados, o falso cooperativismo dissemina-se Brasil afora e, o que é mais lamentável, incentivado pela própria Administração Pública, a qual deveria zelar pela aplicação dos princípios da legalidade, moralidade e eficiência, dentre outros.

Em flagrante violação aos princípios mais elementares da economia solidária e ao contido na Lei 5764/71, constata-se frequentemente a intermediação de mão-de-obra por meio de cooperativas de prestação de serviços e de forma completamente dissociada da realidade

social e do ordenamento jurídico, que mascara a relação de emprego flagrantemente mantida entre o “cooperado” e o beneficiário da prestação de serviços.

Além de buscarem lucros, o que já é suficiente a demonstrar a real intenção dos fundadores das cooperativas, estas não raro: a) selecionam candidatos a associados a partir de entrevistas e testes, condicionando a filiação ao preenchimento de um formulário de proposta de adesão; b) prestam serviços relacionados à atividade-fim da empresa tomadora; c) estipulam jornada de trabalho a ser cumprida e registrada em controles de frequência; d) remuneram os cooperados conforme a hora trabalhada; e) concedem aos associados alguns benefícios típicos da relação de emprego.

À semelhança do verificado na terceirização, entende-se que as cooperativas assumem relevante função no atual modelo econômico, como alternativa, devendo, por força do artigo 174, § 2º, da Constituição Federal, ser incentivado o cooperativismo. Contudo, isso não significa dizer que a CLT, por mais ultrapassada que seja, deva ser relegada a um segundo plano, pois, no ordenamento jurídico brasileiro coexistem, em perfeita sintonia, os regimes cooperativista e celetista.

Óbvio e infelizmente, a inclusão de um apêndice a um artigo que guarda relação indireta com a matéria disciplinada recentemente deve-se a pressões exercidas por segmentos da sociedade. Mas, pretender interpretar a inclusão do parágrafo único do artigo 442 consolidado como a tábua de salvação de cooperativas criadas com o intuito de desvirtuar a relação de emprego é, no mínimo, um equívoco de interpretação e um atentado a todo o Direito do Trabalho, inclusive ao princípio protetivo, que deve inspirar o hermenêuta para que não seja ratificada a exploração do trabalho de supostos cooperados, cujos baixos índices de qualificação profissional e escolaridade não lhes retiram a condição de seres humanos e o direito de serem tratados condignamente.

#### 4.1.3 O TRABALHO VOLUNTÁRIO

Com Ricardo ANTUNES <sup>324</sup>, pode-se perceber que, no processo de desmanche do Estado de bem-estar social, ganha força a idéia de que a sociedade deve arcar com parte das atividades anteriormente desenvolvidas pelo ente público. O terceiro setor, por meio do trabalho comunitário e assistencial, é aclamado como a solução para os males do desemprego.

---

<sup>324</sup> *Os sentidos ...*, p. 113-115.

Entretanto, como adverte o autor, há dois aspectos a serem ressaltados nas novas formas de sociabilidade que o trabalho voluntário proporciona à sociedade contemporânea: a) o aspecto positivo, que consiste na realização, por parte dos excluídos do mercado de trabalho, de atividades úteis e dotadas de algum sentido social, mas à margem dos mecanismos de acumulação; b) o aspecto negativo, qual seja, a funcionalidade destas atividades para o sistema, que não quer se preocupar pública e socialmente com os empregados.

Por definição do artigo 1º, da Lei 9608/98, considera-se trabalho voluntário, no Brasil, a atividade não remunerada e prestada por pessoa física à entidade pública de qualquer natureza ou à instituição privada sem fins lucrativos e que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social. E, em que pese o digno e nobre propósito colimado pelo voluntarismo, o Direito do Trabalho não pode fechar os olhos a uma realidade que nem sempre aponta no sentido do correto emprego dessa modalidade de prestação de trabalho.

O trabalho genuinamente voluntário não se insere nas esferas de aplicação e de proteção do Direito do Trabalho, mas lhe afeta em dois aspectos independentes entre si: a) o primeiro, no sentido de que, mesmo quando legítimo, o voluntarismo contribui para minar as relações de emprego anteriormente travadas com os entes da Administração Pública, pois esta optará pela gratuidade da prestação de serviços ao invés de contraprestá-los e de se submeter ao pagamento e recolhimento de encargos trabalhistas e previdenciários; b) o segundo aspecto diz respeito ao trabalho voluntário que se destina ao mascaramento da relação de emprego, à semelhança do que se observa quanto à terceirização e ao cooperativismo na esfera da Administração Pública. Nesses casos, distorce-se a missão original do trabalho voluntário, que passa a ser um elemento de precarização do trabalho humano e de fraude ao Direito do Trabalho.

#### 4.1.4 O TRABALHO EM DOMICÍLIO

Trata-se de modalidade de prestação de trabalho revitalizada, nada tendo de inovadora, uma vez que existente mesmo antes da Primeira Revolução Industrial. Tal modalidade é um fenômeno histórico a partir do qual vários trabalhadores passaram a ser contratados por agentes de empresas para a realização de partes ou etapas de um determinado artigo ou procedimento em suas próprias residências. Outrora abandonado em nome do controle

patronal direto das atividades prestadas decorrente dos sistemas de manufatura e mecanização, o trabalho em domicílio ganha fôlego na atualidade com as inovações tecnológicas.

Sem muito esforço, observa-se no trabalho em domicílio amplamente divulgado na atualidade a espoliação do trabalho humano no mesmo grau verificado no início da Revolução Industrial, quando, para cumprir um prazo de entrega do produto e suplantar a demanda, o trabalhador via-se forçado a utilizar a mão-de-obra de toda a sua família, inclusive a de seus filhos menores. Mas as pretensas autonomia e liberdade, resultantes na suposta livre fixação da jornada de trabalho a ser cumprida pelo próprio trabalhador, hoje se encontram muito mais mitigadas do que antigamente, pois foram aperfeiçoadas as formas de fiscalização indireta da prestação de trabalho.

Ao precisar o significado do verbete “*trabalho a domicílio*”, Lorena Holzmann da SILVA<sup>325</sup> resumiu com exatidão os malefícios desta modalidade de prestação de trabalho:

*“Os estudos sobre trabalho industrial a domicílio na atualidade, ainda que pouco numerosos, têm assinalado um conjunto de características recorrentemente observadas. São elas: a) sonegação dos benefícios e direitos assegurados pela legislação aos trabalhadores; b) baixa remuneração; c) intensificação do trabalho e extensão da jornada de trabalho para que se possam cumprir os prazos contratados; d) irregularidade dos rendimentos devido à demanda variável de trabalho; e) pequena ou nula capacidade de negociação com os contratantes em decorrência da dispersão e inexistência de contatos entre os trabalhadores contratados, tornando difícil ou inviável qualquer forma de organização e atuação coletiva; f) difícil registro fidedigno de sua magnitude devido a seu caráter oculto ou invisível; g) utilização predominante de mão-de-obra feminina”.*

Logo, nítido que o trabalho em domicílio foi ressuscitado com a finalidade de esbulhar o trabalho humano pela inaplicabilidade de diversos institutos protecionistas regulados pelo Direito do Trabalho; pela parca contraprestação por serviços prestados à exaustão; pela praticamente inexistente condição obreira de negociar e fazer prevalecer seus interesses e pela divisão sexual do trabalho, para não se falar da questão da utilização de mão-de-obra de menores. O custo da produção é reduzido pela empresa através: a) do repasse ao trabalhador de gastos com energia elétrica, água, telefone e instalações; b) da economia com a inexistência de responsabilidade pelos infortúnios do trabalho (acidente e doença); e c) pela maleabilidade de contratação conforme a variação da demanda.

---

<sup>325</sup> *Trabalho e tecnologia: dicionário crítico*. Organização de Antonio David CATTANI, p. 276-277.

E, mesmo naquelas hipóteses nas quais o trabalhador tem o contrato de emprego anotado em sua Carteira Profissional, a precarização do trabalho humano é manifesta, pois normalmente a remuneração consiste em reduzidíssimo salário básico e condicionado à produção (uma vez que horas extras não são contraprestadas) e, destina-se, em verdade, ao pagamento do trabalho realizado por mais de um trabalhador, sendo que somente o responsável encontra-se assegurado pelas legislações trabalhista e previdenciária.

A mesma linha de argumentação aplica-se ao teletrabalho, forma de prestação de serviços que, impulsionada pela tecnologia da informação, revela-se uma variante do trabalho em domicílio e inunda os lares da sociedade pós-industrial.

O teletrabalho propaga-se com a mesma intensidade do desenvolvimento tecnológico e seus efeitos se fazem notar principalmente no setor terciário. Alojados em um cômodo de suas residências, trabalhadores altamente qualificados operam equipamentos adquiridos pelas empresas às quais se encontram vinculados e não raro cumprem jornada de trabalho superior àquela que seria realizada nos tradicionais locais de trabalho e ainda recebem contraprestação variável inferior àquela que aufeririam se ela fosse condicionada à unidade de tempo.

A qualificação profissional é o diferencial entre o teletrabalho e o trabalho em domicílio, eis que o conhecimento de telecomunicações e de informática é indispensável. O que não se modifica é a produção de efeitos danosos sobre o trabalhador, quer em nível profissional (perda da noção de coletividade e do valor da profissão), quer em nível pessoal (perda da individualidade e do valor familiar, além do aumento de doenças ocupacionais).

No dizer de Otávio Bueno MAGANO, “*volatiza-se o elemento subordinação como característica do contrato de trabalho e surgem dúvidas a respeito da própria configuração deste*”<sup>326</sup>. E é por este motivo que se trata do teletrabalho como uma nova forma de prestação de serviços, uma vez que a tendência verificada no meio empresarial é a de contratar trabalhadores como se autônomos fossem, apenas por não trabalharem nas dependências da empresa.

#### 4.1.5 A PARTILHA DO EMPREGO

Segundo Maria Regina Gomes REDINHA, esta nova forma de prestação de trabalho desenvolveu-se em países onde a teoria da autonomia da vontade é aplicada em sua máxima

---

<sup>326</sup> A flexibilização ... , p. 10.

extensão, notadamente nos Estados Unidos e na Inglaterra, e implica a quebra da dualidade tradicionalmente verificada na relação de emprego, uma vez que dois ou mais trabalhadores dividem o mesmo posto de trabalho e responsabilizam-se solidariamente pelo cumprimento das obrigações:

*“Rompendo com a clássica correspondência entre emprego e o posto de trabalho, este arranjo equaciona-se através da repartição de um posto de trabalho a tempo completo e de um só salário por dois ou mais trabalhadores, que, assim, dividem tarefas, responsabilidades e benefícios sociais segundo um cálculo proporcional”*<sup>327</sup>.

Fácil perceber, pois, que a partilha do emprego (forma também chamada de trabalho compartilhado) é um ótimo instrumento de fomento da ocupação para aqueles que defendem a centralidade da sociedade nessa categoria e, por mais que se trate de inovação sobre a tradicional categoria central das sociedades - o trabalho juridicamente subordinado -, tal modalidade também as conduz à precariedade do trabalho humano, ora pela exploração do empregador sobre os “aquinhoados” com o emprego, ora pela exploração de um trabalhador sobre o(s) outro(s).

Seus defensores argumentam que é preciso trabalhar menos e dividir os empregos remanescentes. Essa linha de raciocínio, contudo, parte de uma premissa totalmente equivocada, pois o trabalho não é mercadoria e não se pode dividi-lo como se fosse um conjunto formado por diversas partes, mas tratá-lo como um todo indissociável. A redução da jornada de trabalho, desde que não acompanhada do processo de intensificação desse mesmo trabalho, pode vir a ser um instrumento de fomento ao emprego, ao trabalho ou à ocupação; mas não se pode admitir que a grande massa de excluídos, subcontratados e empregados resumam-se a dividir o que restou de empregos sem imaginar que há alternativas melhores e culpar exclusivamente o Direito do Trabalho pelo alto índice de desocupação<sup>328</sup>.

Felizmente, no Brasil, dificilmente vingará essa modalidade de trabalho, não só pelas legislações trabalhista e previdenciária vigentes, que condicionam a formação do vínculo de

---

<sup>327</sup> *A relação laboral* ..., p. 65.

<sup>328</sup> Pertinente o pensamento de Enoque Ribeiro dos SANTOS: “Neste sentido, a partilha do trabalho continua sendo objeto de intensos debates pelos estudiosos, constituindo uma saída para amenizar o desemprego para uns, e medida efêmera e ineficaz para outros. Uma coisa é certa. Não poderemos nos limitar apenas a buscar alternativas tímidas para combater o desemprego. A intensidade e a magnitude das transformações no mundo do trabalho e a evolução da complexidade econômica, social, política, cultural da sociedade global exige não apenas uma fórmula única ou padronizada, mas sim uma combinação de políticas de índole pública, privada interna e externa, e a combinação de vários institutos do Direito do Trabalho, da economia, de políticas micro e macroeconômicas, na direção de não apenas mitigar o desemprego, como também criar novas formas de trabalho ou de ocupação”. *O direito do trabalho e o desemprego*, p. 263.

emprego ao requisito da pessoalidade e não admitem a cumulação de segurados ligados ao mesmo contrato de trabalho, como também em função do princípio protetor, aplicado em sua máxima extensão, pois a partilha do emprego significa, além da divisão de obrigações, é bem verdade, a repartição de direitos sociais e, conseqüentemente, implica grave violação à dignidade do trabalhador.

#### 4.2 NOVOS TIPOS CONTRATUAIS

Há que se enfatizar, novamente, que o frágil estado econômico em que se encontram trabalhadores e ex-trabalhadores no Brasil vem-lhes retirando qualquer grau de autonomia na regulamentação dos seus interesses, diante da tipicidade contratual, quando da eleição das formas de contratação do trabalho. O Direito do Trabalho pátrio, acomodado em regular apenas uma forma de contratação, defronta-se com a ampliação de modalidades contratuais, todas elas menos favoráveis que aquela asseguradora do emprego por tempo integral e sem prazo de vigência. O Direito do Trabalho, censurado por ser um Direito do Emprego, deve passar a ser o Direito da Atividade.

Em favor da diversidade de tipos contratuais, os seus patronos argumentam que é chegada a hora de outorgar a “maioridade” ao trabalhador brasileiro, não mais carente do “paternalismo” estatal e da “corporativa” assistência sindical. Qualificado ou requalificado, conhecedor do que acontece à sua volta e ciente dos efeitos jurídicos de cada regime contratual, o trabalhador é tido como possuidor de suficiente “autonomia de vontade” para negociar direitos e obrigações.

Nesse sentido, Luiz Carlos Amorim ROBORTELLA <sup>329</sup> anuncia um novo diálogo do Direito do Trabalho com o Direito Civil e, além de propor que aquele busque nestes alguns princípios e institutos, defende, também, que se poderia “*acrescentar o grande espaço aberto à autonomia da vontade, com a multiplicação dos contratos atípicos, a ampliação do trabalho a tempo parcial e a revalorização do trabalho autônomo, como sintomas reveladores de um neocontratualismo, que resgata de certa forma valores próprios do direito*

---

<sup>329</sup> *O moderno ...*, p. 45.

civil”. Na esteira desse raciocínio, da mesma forma Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER<sup>330</sup> assevera que:

*“Pese a los riesgos que suponen las tendencias individualizadoras, el Derecho del Trabajo se muestra más propicio a la ampliación del margen de disponibilidad individual del trabajador en la determinación del contenido del contrato, en la regulación del intercambio trabajo/salario y en la propia prestación de trabajo. Esa ampliación de la autonomía negocial afecta, en primer lugar, al papel de la voluntad negocial en la elección del tipo contractual, admitiendo con menores reservas de tipos contractuales distintos al contrato de trabajo dependiente, bajo formas de prestación autónoma de prestación autónoma de trabajo, frente a la tendencia precedente a imponer la preferencia forzosa del contrato de trabajo restricción sustancial de la libertad de elección del tipo contractual, al confundirse lo que es una interpretación favorable a la existencia del contrato de trabajo, con el imponer un sistema de calificación del contrato a espaldas de la voluntad real e incluso de la realidad de las prestaciones de hecho”.*

No Brasil, contudo, tem-se visto que a grande maioria dos inseridos e excluídos do mercado de trabalho não é capaz de livremente manifestar a vontade e de, conscientemente, eleger a forma contratual que determinará os direitos e as obrigações de cada um dos sujeitos da relação de trabalho. Os motivos são vários: a) baixa ou nenhuma qualificação profissional; b) deficiência educacional, principalmente quanto à alfabetização; c) eminente estado de miséria da população; d) impossibilidade de subsistência por meios próprios e diversos da força de trabalho; e) a tortura da fome; f) a saturação do mercado de trabalho, com oferta de mão-de-obra infinitamente superior à procura. Ademais, a doutrina mais recente no direito privado recebe a contratualidade dentro da perspectiva da autonomia privada, sendo a vontade mero impulso criador<sup>331</sup>.

Assim é que, ao invés da nova tipologia contratual contribuir no combate ao desemprego, em verdade ela proporciona a precarização do trabalho humano no Brasil, incentiva a rotatividade da mão-de-obra e afeta as relações de emprego, na medida em que

---

<sup>330</sup> *Contrato de trabajo y autonomía del trabajador*. In: VILLALÓN, Jesús Cruz (preparação). *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al professor José Cabrera Bazán*. p. 29.

<sup>331</sup> Paulo Roberto Ribeiro NALIN “A identificação da complexidade da relação (o autor defende que o contrato é uma relação complexa solidária) também se destina ao reconhecimento e à superação de um contrato identificado em seu momento do acordo de vontades. Muito para além desta ocasião temporal, conforme visto nas breves incursões sobre a boa-fé, o contrato, por força da sua atual orientação principiológica, está em todos os momentos da relação e não somente no início, quando da manifestação de vontade, que ocupa, nestes tempos pós-modernos, breve conotação de impulso contratual. Em outros termos, o contrato não é só o acordo de vontades, pois o acordo, em que pese sua atual presença, não possui a mesma relevância que em outras épocas. O contrato se posiciona, hodiernamente, antes do acordo, na contratação, na execução e na sua pós-eficácia, movido pela boa-fé, princípio que materializa o valor constitucional da solidariedade, sendo dele, em verdade, derivado”. *Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*, p. 256-257.

ocupantes de postos de trabalho cujos contratos não têm previsão de termo final são substituídos por trabalhadores provisórios ou temporários. Enoque Ribeiro SANTOS<sup>332</sup> é um dos autores que atribui à majoração das formas de contratação a responsabilidade pela debilidade do trabalho e pela escassez de mão-de-obra:

*“Ao longo das últimas décadas, principalmente após os anos 1950, vimos assistindo a um desenvolvimento tecnológico inusitado, e a um grande esforço das empresas no sentido de colocar a ciência a serviço do capital, o que alterou profundamente as relações de trabalho entre empregado e empregador e fez surgir uma miríade de novas formas de contratação, especialmente as economizadoras de mão-de-obra e de forma precarizada”.*

Em decorrência, há um nivelamento “por baixo” das relações de trabalho que, regidas por novas formas contratuais, asseguram tratamento diferente e pior que aquele proporcionado pela típica relação de emprego. E é justamente sob essa ótica que, por não se tratar de uma regra jurídica aplicável a situações concretas de predeterminadas, o princípio da proteção pode e deve se prestar a regular casos indefinidos e sequer imaginados pelo consolidador.

#### 4.2.1 O CONTRATO DE TRABALHO PROVISÓRIO

Um dos melhores exemplos de que as novas modalidades de contratação de trabalho vêm em detrimento do patrimônio jurídico do trabalhador é o do contrato de trabalho provisório (temporário, de fomento, etc.) previsto na Lei 9601/98. O ordenamento jurídico brasileiro sempre teve como regra geral a contratação sem prazo e, como exceção, a contratação com prazo, nas hipóteses previstas no artigo 443, § 2º, da CLT, permitida, dentro do prazo máximo, uma prorrogação. A contratação de trabalho provisório formou uma fenda neste sistema, uma vez que: a) a única condição exigida pelo legislador para adoção dessa figura consiste no acréscimo de mão-de-obra; e b) a regra geral passou a ser a contratação com prazo e suscetível de diversas prorrogações.

Muito embora o legislador tenha proibido a substituição de pessoal regular e permanente, contratado sem prazo, por certo que a inovação legislativa tenderia a espolar o trabalho humano caso tivesse caído ao gosto do empresariado (e não caiu!), pois a sua adoção não se condicionava à transitoriedade do trabalho ou à atividade econômica, mas ao

---

<sup>332</sup> *O direito do trabalho ...*, p. 213.

acréscimo de mão-de-obra que, em última *ratio*, é o principal motivo de contratação de trabalhadores.

Alguém teria de arcar com o preço da nova modalidade contratual. E não foram as empresas, beneficiadas com a redução de diversos encargos sociais e, conseqüentemente, com a redução do custo da produção. O governo federal não ganhou e nem perdeu, pois a baixa aceitação do contrato de trabalho temporário não implicou considerável perda de receita com a redução dos encargos sociais. Os trabalhadores “provisoriamente” contratados, esses sim foram os grandes prejudicados, não só pela insegurança no emprego transitório, como também pela redução do valor da contribuição para o FGTS.

Interessante destacar que o nível de desemprego não baixou no Brasil, e o próprio empresariado tratou de não contratar mão-de-obra sob a forma provisória, possivelmente por considerar antijurídica a Lei 9601/98 e pequena a diferença de custo e, também, pela necessidade de prévia negociação coletiva. O objetivo almejado pelo governo (ao menos aquele que foi anunciado) não foi atingido, à semelhança do que ocorreu em outros países que adotaram essa forma contratual:

*“A seu favor (o Projeto de Lei nº 1724/94, que resultou na Lei 9601/98), pode-se argumentar que vem ao encontro de uma tendência que se alastra na Europa (especialmente na Espanha) e já chegou a outros países da América Latina (como a Argentina). A palavra de ordem é flexibilizar não só a execução e a extinção do contrato, mas a sua formação. ... . Em sentido contrário, porém, os argumentos são ainda mais fortes. De um lado, as estatísticas têm provado que a precarização do contrato de trabalho não faz crescer as taxas de emprego. De outro, os trabalhadores europeus têm gordura a perder, o que não acontece entre nós. De mais a mais, há sindicatos e sindicatos ... . Na verdade, a precarização da mão-de-obra é uma nova exigência do capital, que hoje se desloca ao menor aceno de mão-de-obra mais barata. Por isso, o mais provável é que as empresas utilizem os novos contratos não tanto para gerar empregos, mas principalmente para gerir a sua própria crise”*<sup>333</sup>.

Nelson MANNRICH é outro autor que defende a tese de que deve ser combatida, inclusive pelas leis de fomento do emprego, a utilização dos contratos “precários” para o preenchimento de funções permanentes e vinculadas à atividade normal da empresa. E, no que pertine ao princípio protetivo, diz o autor que:

*“O contrato de prazo determinado, por sua vez, em razão do nível de proteção que assegura, não pode contribuir para a criação de trabalhadores de segunda categoria, ferindo princípios*

---

<sup>333</sup> Palavras de Márcio Túlio VIANA e Luiz Otávio Linhares RENAULT. *Os novos contratos a prazo*. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (coordenadores). *O que há de novo em direito do trabalho*, p. 380.

*de ordem constitucional, que visam à melhoria da condição do trabalhador. Ao mesmo tempo, deve ser ele fator de geração de empregos. Esse é o desafio: como compatibilizar os direitos assegurados aos trabalhadores permanentes, sem desestimular a empresa na contratação de novos empregados, tornando possível um desenvolvimento sócio-econômico conjugado”* <sup>334</sup>.

Não obstante o fracasso no combate ao desemprego, a fissura foi feita no ordenamento jurídico brasileiro e ainda abriu as portas para novas e criativas modalidades contratuais atentatórias aos princípios da continuidade da relação de emprego e da proteção. Vale o registro de que o posicionamento da doutrina sobre a matéria revelou-se dividido, o que não deixa de ser um avanço no sentido da interpretação do Direito do Trabalho segundo regras jurídicas e princípios.

#### 4.2.2 O CONTRATO DE TRABALHO EM TEMPO PARCIAL

Segundo Maria Regina Gomes REDINHA <sup>335</sup>, o trabalho parcial é uma das modalidades de prestação de serviços que mais cresce no sistema contemporâneo de organização do trabalho. Antes verificado em apenas algumas atividades transitórias ou secundárias e desprovido de profissionalismo, ele passa na atualidade a atingir diversos trabalhadores e ramos da produção como instrumento flexível da gestão do trabalho e figura simpática à maleabilidade do tempo de prestação de serviços e de lazer. Embora reconheça a dificuldade em precisar a fronteira que separa o trabalho prestado a tempo parcial daquele prestado em tempo integral, a autora define o primeiro como sendo o trabalho prestado regular e voluntariamente por um número de horas diárias ou semanais sensivelmente inferior à duração normal.

No caso do Brasil, a medida provisória nº 1952-19, de 06 de janeiro de 2000, acrescentou à CLT o artigo 58-A e fixou o máximo de 25 horas semanais para essa modalidade. Em verdade, inovação não houve no ordenamento jurídico, pois sempre foi possível a contratação com duração da jornada de trabalho inferior à máxima permitida, o que evidencia que a iniciativa apenas contribuiu para reduzir direitos, notadamente o relacionado às férias. A preocupação se dá não no sentido da fixação objetiva dos limites da jornada de trabalho, mas no sentido das potenciais distorções que podem ocorrer, seja em função da prorrogação do número de horas contratadas pelos sujeitos da relação de trabalho,

---

<sup>334</sup> *A modernização ...*, p. 220.

<sup>335</sup> *A relação laboral ...*, p. 62.

dissimulação que transforma os contratos em tempo parcial em verdadeiros contratos em tempo integral, seja pela substituição destes por aqueles, duas condutas que acarretam a precarização do trabalho humano.

E, mesmo que o comando dos artigos 58-A, § 2º, e 59, § 4º da CLT, condicione a opção do trabalhador já empregado em tempo integral pela conversão ao emprego por tempo parcial à negociação coletiva e impeça a prestação de horas extras, há de se convir que a empresa tenderá a optar pelo recrutamento de desempregados, cuja admissão não estará convencionalmente condicionada, e pela compensação de horas extras eventualmente prestadas, dada a manifesta tendência dos órgãos mais altos da Justiça do Trabalho em validar regimes compensatórios sob as mais diversas hipóteses <sup>336</sup>.

Há que se acrescentar, ainda, que, premido pela competitividade empresarial e pela necessidade de redução de custos, obviamente que o empregador optará pela contratação de trabalhadores em tempo parcial, sequer podendo-se argumentar que dessa forma não logrará êxito em suplantar a demanda de trabalho, uma vez que o sistema contemporâneo de produção exige cada vez mais a intensificação das atividades realizadas durante a jornada de trabalho. Daí não será necessária elucubração alguma para imaginar que, dependendo da natureza, o mesmo trabalho que levava 8 horas diárias para ser realizado antigamente, hoje pode ser perfeitamente executado em menos de 5 horas, em função do emprego da tecnologia e da informática.

Não que os propósitos anunciados de propiciar o aumento de empregos e o equilíbrio da vida social do trabalhador não sejam nobres, pois jovens, mulheres e aposentados, sempre lembrados em defesa da forma contratual em comento, terão mais tempo livre para cuidar de seus afazeres pessoais. O problema reside justamente no fato de a empresa vislumbrar no trabalho em tempo parcial uma possibilidade de reorganizar o setor de recursos humanos e contribuir para o aumento da taxa de desocupação.

Enfim, agindo em desconsideração ao princípio protetivo e valendo-se da famigerada via da medida provisória, o que bem revelam os propósitos do legislador, este considerou urgente e relevante a regulação de uma nova modalidade de contratação de trabalho e introduziu no ordenamento jurídico, sem ressalvas substanciais, notadamente quanto à natureza das atividades a serem desempenhadas, o instituto do trabalho em tempo parcial, que, ao invés de servir à contratação daqueles que, por excepcionais e delimitadas

---

<sup>336</sup> A respeito, veja-se o contido nas súmulas 85, 108 e 349 e nos precedentes jurisprudenciais 182 e 220 do TST.

circunstâncias não podem se dedicar em tempo integral a um emprego, poderá implicar o aumento da rotatividade de mão-de-obra e da penúria do trabalho humano no Brasil.

#### 4.2.3 O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

Tal como alerta Maria Regina Gomes REDINHA <sup>337</sup>, nada de novo tem o trabalho intermitente, eis que consiste em uma variante do trabalho descontínuo, à semelhança do que ocorre com os trabalhos sazonal e por safra. A única novidade reside no fato de que, neste novo tipo negocial, não mais há o encadeamento de diversos contratos com prazo para atender às flutuações da demanda de trabalho, mas há a estipulação de um só contrato de trabalho com cláusula de intermitência e em cuja vigência ocorrerão períodos de trabalho e de ociosidade não passíveis de determinação quando da contratação do trabalhador.

No contrato de trabalho intermitente, a remuneração é calculada com base na quantidade de trabalho prestado e, muito embora seja possível a fixação de quantidade mínima de horas e de remuneração periódica <sup>338</sup>, esta não é a regra geral e, no dizer de Maria Regina Gomes REDINHA <sup>339</sup>:

*“... apesar da intermitência pressupor sempre a existência de um contrato de duração indeterminada, as condições de instabilidade e incerteza que rodeiam o estatuto do trabalhador intermitente não diferem muito da precariedade de um contrato a termo ou a tempo parcial. Do ponto de vista jurídico-laboral, porém, a atipia deste modo de adaptação da força de trabalho à cadência das necessidades de produção apresenta uma contradição incontornável, ao ficcionar um contrato de duração indeterminada a que não corresponde um estado de subordinação contínuo - o trabalhador durante o intervalo de inatividade não está vinculado a nenhuma prestação e pode, inclusivamente, recusar as tarefas que lhe são propostas - nem a obrigação de pagamento ininterrupto da remuneração e das contribuições sociais. Ultrapassadas as aparências formais não será o trabalho intermitente mais uma sédula organização de um ciclo de contratos a termo do que um contrato de duração indeterminada”.*

Entende-se que a inserção dessa modalidade contratual no Direito do Trabalho brasileiro não é recomendável. Primeiramente, porque eliminará postos de trabalho, não somente aqueles ocupados por empregados contratados sem prazo de vigência definido, como

---

<sup>337</sup> *A relação laboral ...*, p. 68-69.

<sup>338</sup> Variante do trabalho intermitente denominada de “kapovaz” e oriunda do Direito Alemão, que prevê, segundo Otávio Bueno MAGANO, a repartição de 80 horas semanais entre duas, três ou quatro semanas. *A flexibilização ...*, p. 11.

<sup>339</sup> *Ibid.*, p. 70.

aqueles que, em função de condição ou termo, foram admitidos por determinado período. Em segundo lugar, porque o contrato de trabalho intermitente não se coaduna com a natureza do princípio protetivo que informa o Direito do Trabalho, pois retrata, dentre tantos outros aspectos maléficis, o trabalho como mercadoria e como subproduto do capital.

#### 4.3. CONTEÚDO DO CONTRATO DE TRABALHO

Nas duas primeiras seções deste capítulo, pôde-se observar que cada vez menos o trabalhador influencia na decisão sobre quais as modalidades de trabalho a ser prestado e de contratação a ser efetivada. Analisar-se-á, agora, o que se passa em relação à determinação do conteúdo do contrato de trabalho.

À semelhança do que é verificado nas abordagens às novéis tipologias de prestação de trabalho e contratação, observa-se, também na fixação do conteúdo do contrato de trabalho, que uma antiga questão legitimadora da adoção do princípio protetor volta à tona, qual seja, a manifesta incapacidade do trabalhador de livremente estipular as condições de trabalho em função da premente necessidade de subsistência própria e da família por ele passível de obtenção tão-somente através da sua força de trabalho.

Não se está a falar da exceção, a minoria formada de altos empregados cujas condição pessoal e qualificação profissional ainda lhes possibilitam discutir aspectos relacionados às condições de trabalho com relativa autonomia, mas da regra geral, a classe trabalhadora genericamente considerada, que no Brasil apresenta baixos índices de escolaridade e formação profissional e quase sempre “adere” a um contrato de trabalho padronizado.

No contrato de trabalho prima a heteronomia, não a autonomia das partes. Nele não se pode verificar a assimetria negocial que impera nos contratos civis e comerciais. As recentes inovações legislativas, contudo, vêm proporcionando o aumento da autonomia dos particulares (assim considerados os trabalhadores e os entes sindicais) também na determinação das condições de trabalho, em detrimento do intervencionismo estatal, este responsável por décadas de asseguaração de um conteúdo mínimo da relação de emprego.

Em verdade, tais inovações são reflexos do enfraquecimento do Estado preconizado pela ideologia neoliberal que, quando muito, outorgam às entidades sindicais, também bastante enfraquecidas pelo sistema sindical vigente e pela fragmentação da relação de emprego, poderes para dispor sobre direitos dos trabalhadores até então tidos como

inegociáveis. Hodiernamente, o requisito da negociação coletiva pode não significar proteção adequada.

Tratar-se-á, na seqüência, de algumas inovações controvertidas e relacionadas ao conteúdo do contrato de trabalho.

#### 4.3.1 O “BANCO DE HORAS”

Talvez o exemplo mais óbvio da inadequação das políticas de combate ao desemprego por meio de alterações flexibilizadoras do Direito do Trabalho consista na implantação do “banco de horas” no intrincado sistema de compensação da jornada de trabalho previsto no ordenamento jurídico brasileiro <sup>340</sup>.

Com a promulgação da Constituição Federal em 05.10.88, somente poderia ser considerado válido e eficaz o regime de compensação da jornada de trabalho que, respectivamente, não superasse os limites diário e semanal de oito e quarenta e quatro horas e decorresse de processo de negociação coletiva (artigo 7º, inciso XIII). Com o advento da Lei 9601, de 22.01.98, houve significativa inovação quanto à matéria, principalmente no que diz respeito ao requisito de validade do regime, pois, segundo o artigo 59, § 2º, da CLT, o módulo temporal de compensação passou a ser de cento e vinte dias, desde que observado o limite diário de dez horas. Poucos meses após, nova alteração sofreu o referido artigo consolidado, agora pela via das medidas provisórias, com a de número 1709-1, de 03.09.98, majorando o limite máximo temporal de compensação para um ano.

À toda evidência, as alterações imprimidas ao texto legal revelam, de certa forma, as diversas finalidades perseguidas pelo legislador ao longo dos tempos. Inicialmente, o intento era o de suprimir o labor em um dos dias da semana, geralmente os sábados, por meio de uma modalidade de flexibilização constitucionalmente prevista e perfeitamente razoável. Quando da passagem para o módulo quadrimestral, a argumentação foi exposta no sentido da

---

<sup>340</sup> A propósito, Jose Affonso DALLEGRAVE NETO, após mencionar o contrato de trabalho provisório, o trabalho voluntário, o trabalho em tempo parcial, a suspensão temporária do contrato e as modificações ocorridas no Programa de Alimentação do Trabalhador e sistema de seguro-desemprego, afirma que: “*Desse alvoroçar normativo, o chamado banco de horas, oriundo da compensação anula de jornada, foi o mais sensível, sobretudo porque permite aplicação a todos os contratos individuais de trabalho. Na esteira da política neoliberal adotada pelo Executivo e sob os auspícios do Congresso Nacional, o banco de horas traduz-se em mais uma medida de flexibilização das relações de trabalho*”. *Compensação anual de jornada e banco de horas*, p. 92.

manutenção do nível de empregos e do incentivo à criação de outros postos de trabalho <sup>341</sup>, reforçando-se o discurso quando da transição para o módulo anual. Assim, criou-se o instituto por muitos denominado de “banco de horas”, com a possibilidade de o empregado trabalhar além dos limites de 08 horas diárias e de 44 semanais, sem a contraprestação pelo trabalho suplementar.

E, não obstante a previsão legal no sentido de que o novel instituto deve resultar da negociação coletiva, inequívoco é que tais medidas legislativas apenas contribuem para a fragilização das relações de trabalho, uma vez que os empregadores não mantêm e nem reduzem os postos de trabalho, mas encontram facilidades em reduzi-los em função da possibilidade de contarem com as horas extras não remuneradas com o adicional para suplantarem a demanda por mão-de-obra. As horas extras não são coibidas, mas apenas não são pagas com o adicional em face da compensação e, talvez outro fosse o efeito se, por exemplo, houvesse a redução do limite semanal das horas trabalhadas e/ou a majoração do adicional de horas extras.

É verdade que não houve a transição do estágio de flexibilização para o de desregulamentação, mas se verificou, sim, a precarização não só da relação de emprego submetida ao regime de compensação sob a espécie do “banco de horas”, como também do trabalho considerado em sua generalidade, justamente em face da possibilidade de os empregadores poderem contar com menos empregados trabalhando mais e sem contraprestação condigna para atenderem à demanda de mão-de-obra.

Máxima atenção deverá ter o intérprete na análise do “banco de horas” em face dos intensos efeitos que tal categoria produz nos âmbitos da relação de emprego e do próprio mercado de trabalho. O princípio protetor deve inspirá-lo principalmente na coibição dos abusos que podem surgir da ampla compensação da jornada de trabalho. Também essa diretriz deve orientar as entidades sindicais profissionais a fim de que sejam estabelecidos requisitos rígidos e objetivos para a adoção do “banco de horas”.

---

<sup>341</sup> Ricardo SAMPAIO, analisando a Lei 9601/98, traz à discussão a argumentação do senador Waldeck ORNELAS, relator do projeto de lei, na Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, que, em defesa do instituto do “banco de horas” disse: “... ao possibilitar a compensação de horas, sem custo adicional, no prazo de quatro meses, observado nesse período como limite o somatório das jornadas semanais e sem que, em nenhuma hipótese, se ultrapasse o limite de duas horas-extras por dia, o Projeto cria uma alternativa ao uso, abusivo das horas-extras, que tem tido reflexo negativo sobre a criação de novos postos de trabalho. ... essa regra, vale lembrar, passa a ser aplicada não somente aos contratos por prazo determinado, mas também ao contrato por prazo indeterminado, e terá vigência permanente” (grifos no original). *O novo temporário no contrato de emprego*, p. 76.

#### 4.3.2 A SUSPENSÃO CONTRATUAL

Por força da Medida Provisória 2164-40, de 26 de julho de 2001, encontra-se em vigor, em nosso ordenamento jurídico, o artigo 476-A da CLT, dispositivo que faculta a suspensão dos contratos de trabalho por um período de dois a cinco meses. A inovação foi apresentada como facilitadora da participação dos empregados em cursos de qualificação profissional oferecidos pelos empregadores.

Em verdade, trata-se de mais uma medida legislativa que não se presta a alcançar a finalidade anunciada, a de aumentar o número de empregos e manter os existentes a partir do retreinamento de trabalhadores, a fim de que estes possam acompanhar o desenvolvimento tecnológico que se disseminou por todo o processo produtivo.

Jeremy RIFKIN <sup>342</sup> analisou a questão nos Estados Unidos da América e, após constatar que menos de 20% dos trabalhadores demitidos que haviam sido retreinados pelos programas federais conseguiram novas colocações e, ainda assim, com salários equivalentes a 80% de seus empregos anteriores, arrematou:

*“Os poucos bons empregos disponíveis na nova tecnologia estão no setor do conhecimento. É ingenuidade acreditar que grandes números de trabalhadores sem qualificação e semiqualeificados, trabalhadores administrativos e operários possam ser treinados para tornarem-se físicos, cientistas da computação, técnicos de alto nível, biólogos moleculares, consultores empresariais, advogados, auditores etc. para começar, a lacuna nos níveis educacionais entre aqueles que precisam de emprego e o tipo de cargos de alta tecnologia disponíveis é tão grande que nenhum programa de retreinamento poderia esperar atualizar de forma adequada o desempenho profissional de trabalhadores, para que estivessem à altura do número limitado de oportunidades de cargos especializados que existem”.*

É bem verdade que, no Brasil, a idéia é de que os cursos sejam patrocinados pelos empregadores, não pelo Poder Público; mas não se pode esquecer que a redução de custos tornou-se a tábua de salvação do empresariado, o que não só dificulta a oferta de cursos, como também compromete a qualidade daqueles realizados. Por outro lado, também é verdade que o setor da educação brasileira é bem pior que o americano, sendo muito mais difícil retreinar um trabalhador aqui do que lá.

Enfim, longe da finalidade originária, a suspensão contratual em comento apenas contribui para a precarização do trabalho humano, cada vez mais desprotegido e relativizado.

---

<sup>342</sup> *O fim dos empregos ...*, p. 38-39.

Argumente-se com a existência de vagas no setor do conhecimento que não são preenchidas por trabalhadores qualificados, mas não se ignore que a grande massa de trabalhadores e extrabalhadores não qualificados jamais terá condições de ocupá-las, e o grande problema a ser enfrentado é justamente este.

#### 4.3.3 O NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

Muito embora a questão da substituição do modelo legislado pelo negociado esteja diretamente relacionada ao princípio da irrenunciabilidade, seu enfrentamento também se revela pertinente no que diz respeito ao princípio da proteção, uma vez que grande parte do tratamento protetivo assegurado no ordenamento jurídico brasileiro consta do artigo 7º da Constituição da República, justamente o alvo da reforma pretendida pelo Ministério do Trabalho e do Emprego.

Segundo a proposta governamental, a legislação deve ser substituída pela negociação, por meio da modificação do *caput* do referido dispositivo constitucional ou do acréscimo de outro parágrafo. Alguns acreditam que todos os direitos dos trabalhadores previstos na Constituição Federal poderiam ser reduzidos ou, até mesmo, suprimidos pela negociação coletiva, ao passo que outros afirmam a necessidade da existência de um núcleo mínimo de regras protecionistas e inderrogáveis, relegando-se o restante ao campo da autonomia privada coletiva. A negociação coletiva, antes bandeira empunhada apenas pelos sindicatos profissionais e forma de melhorar a condição da classe trabalhadora, passa a ser tremulada também pelo empresariado, agora como instrumento de redução do protecionismo da legislação trabalhista.

O certo é que, como afirmou Nelson MANNRICH <sup>343</sup>, *“quando se defende a prevalência do negociado sobre o legislado, o objetivo é ampliar as reformas econômicas, tornando as empresas mais modernas e competitivas no mercado global”*. É bem verdade que na redação do artigo 7º da Constituição Federal alguns excessos foram cometidos pelo constituinte, tanto em favor, como em detrimento da classe trabalhadora. Contudo, o que se pode perceber das propostas de reforma é que aqueles excessos favoráveis aos trabalhadores

---

<sup>343</sup> *Modelo de relações trabalhistas: reflexão sobre propostas de reforma - o negociado e o legislado*, p. 72.

apenas servem de pretexto para uma ampla investida contra todos os direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal e até então tidos como inalienáveis<sup>344</sup>.

Acredita-se que, com base no conceito e no alcance propostos ao princípio da proteção, a reforma do artigo 7º da Constituição Federal não pode ser outra que não aquela que: a) mantenha um núcleo considerável (e não mínimo, como muitos querem) de proteção de direitos indisponíveis e valores fundamentais, principalmente os relacionados à dignidade humana do trabalhador, sobre o qual não se possa individual ou coletivamente transigir<sup>345</sup>; b) possibilite que a negociação coletiva seja realizada indene de vícios, o que pressupõe, necessariamente e dentre tantos outros fatores, a reforma do sistema sindical<sup>346</sup>; c) permitam que os sindicatos passem a imitar as empresas, descentralizando-se sem perder a sua unidade<sup>347</sup>.

Há de se manter, portanto, o artigo 7º da Constituição Federal, não só como forma de resistência a uma eventual investida desregulamentadora, principalmente nos momentos de

---

<sup>344</sup> A respeito, veja-se o posicionamento de Luiz Carlos Amorim ROBORTELLA: “É visível, pois, por obra da Carta de 1988, com a subsequente elaboração doutrinária e jurisprudencial, a ampliação objetiva e subjetiva da negociação coletiva. Todavia, para imprimir-lhe maior clareza e velocidade, seria desjável a reforma do artigo 7º da Carta de 1988, onde, além da supressão de alguns incisos, por sua errada ubicação ou pormenorização excessiva, figurasse a supremacia da negociação coletiva sobre os direitos consagrados na lei. Assim, ficaria imune a controvérsia a imperatividade da lei apenas frente ao contrato individual, eis que, perante o contrato coletivo, seria norma dispositiva. Esta, aliás, a tendência que se expressa na jurisprudência dos tribunais, que abrem cada vez maior espaço para a força derogatória das normas coletivas de trabalho, até porque já se sabe que o conceito de norma mais favorável é polissêmico. Em determinadas situações, a aplicação pura e simples da norma legal ou convencional é apenas aparentemente mais favorável; por isso, esse conceito vai sendo relativizado”. *Prevalência do negociado sobre o legislado*, p. 50.

<sup>345</sup> Nei Frederico Cano MARTINS defende que a edição de emenda constitucional ao artigo 7º da Constituição Federal, no sentido de permitir por negociação coletiva, insubstissem os direitos ali consagrados “colidiria de frente com o princípio protetor, especialmente em seu aspecto de prevalência da norma mais favorável. Isto porque, permitindo a Constituição Federal que uma norma coletiva autorize o não cumprimento do art. 7º em relação a dada categoria profissional (convenção coletiva), ou aos empregados de uma ou de algumas das empresas da categoria econômica (acordo coletivo), estaria agredindo o princípio da norma mais favorável. A norma coletiva, certamente, seria menos favorável ao trabalhador que os direitos consagrados constitucionalmente, mas ser-lhe-ia, não obstante, aplicada, em detrimento daqueles direitos”. *Os princípios de direito do trabalho ...*, p. 853.

<sup>346</sup> Nelson MANNRICH aventa com a possibilidade de classificar as normas de ordem pública em absolutas e relativas. As primeiras, afinadas com os valores da sociedade e referente a interesses gerais; as segundas, destinadas a proteger os interesses diretos dos trabalhadores. Para o autor, as normas de ordem pública “devem ser entendidas como os valores que dizem respeito, não às relações individuais entre empregado e empregador, nem aos interesses perseguidos nas negociações coletivas, mas à própria sociedade”, motivo pelo qual “fixar os patamares mínimos envolve determinar quais os valores da sociedade a serem preservados quando da implantação da reforma das nossas relações trabalhistas ou qual o modelo de relações trabalhistas que pretendemos”. *Modelo de relações trabalhistas...*, p. 77-99.

<sup>347</sup> A idéia original é de Márcio Túlio VIANNA, acrescentando o autor que “Tal como os produtos, que ele (sindicato) se desdobre, se fragmente, procurando em cada nicho do mercado os novos segmentos de trabalhadores - mas conservando-se inteiro. Que não seja um sindicato de empresa, mas na empresa; que não se restrinja aos trabalhadores formais, mas alcance os subempregados, os desempregados e até o s excluídos - o que implica, naturalmente, reforma constitucional. Que ele lute, por fim, para participar intensa e diretamente

agudeza da crise vivenciada no mundo do trabalho e que tende a se eternizar, mas também como forma de valorizar o Direito do Trabalho como expressão reveladora e asseguradora de direitos fundamentais <sup>348</sup>.

---

*do processo legislativo, mesmo porque disso depende, em boa parte, a sua própria reestruturação” . A proteção social ...., p. 181.*

<sup>348</sup> Mais uma vez concordamos com o pensamento de Nelson MANNRICH, *Modelo de relações trabalhistas....* p. 81.

## CONCLUSÕES

O Direito do Trabalho, inspirado no princípio da proteção do trabalhador hipossuficiente e fundado no típico e tradicional contrato de emprego por tempo integral, vem sendo apontado como o ramo do Direito que favorece e protege apenas uma minoria privilegiada e que não mais atende aos anseios dos trabalhadores genericamente considerados.

As soluções preconizadas para a fase crítica que atravessa o Direito do Trabalho e, conseqüentemente, o princípio protetivo, assumem os mais diversos matizes e, se é verdade que o Direito e o Estado nunca se preocuparam tanto com o problema do desemprego como na atualidade, isto se deve ao fato de que, no passado, não havia carência desta categoria, que permanece central na sociedade contemporânea.

O “novo” Direito do Trabalho que se quer implementar no contexto jurídico brasileiro aponta no sentido do rompimento da rigidez na fixação das tipologias de prestação de trabalho e de contratação e do conteúdo do contrato de trabalho. Em poucas palavras, pretende-se uma transição paradigmática, por meio da qual o Direito do Trabalho se desvencilhe do emprego, como valor nuclear das relações de trabalho, e do princípio protetivo, como principal diretriz a ser observada pelo hermenêuta.

Assim como todos os outros ramos da ciência jurídica, também o Direito do Trabalho não deve quedar imóvel frente às transformações que brotam da capacidade criativa do homem e afetam o mundo das relações de trabalho. O caráter progressivo, ditado pelo forte conteúdo econômico que o impregna, torna o Direito do Trabalho expansionista e dinâmico, motivo pelo qual a sua destruição deve ser prontamente descartada.

Impõe-se, sim, a reconstrução do Direito do Trabalho, mas não para continuar o mesmo, isto é, um instrumento de mascaramento de uma relação de poder por meio do princípio protetor e pelo qual o capital sempre prevaleceu sobre o trabalho. O intento antes preconizado de regular o conflito de interesses entre trabalho e capital pelo asseguramento do tratamento protecionista ao trabalhador jamais foi plenamente atingido.

A reedificação, portanto, deve necessariamente partir da premissa segundo a qual o Direito do Trabalho, que se dizia protetor, jamais plenamente protegeu, mas apenas ocultou uma relação de dominação. Assim é que, para a solução da crise, além de se reconhecer que o Direito do Trabalho jamais poderá, por si só, resolver o problema afeto à exclusão social, uma vez que as suas causas devem ser combatidas também e principalmente pela Economia e pela Política, ele deve buscar uma alternativa que melhor atenda ao ideal de proteção.

E, ao contrário do que muitos sustentam, o grande obstáculo a ser transposto não diz respeito aos efeitos causados pela Economia e pela Tecnologia nas relações de trabalho. A maior barreira a ser superada foi construída pelos próprios juslaboralistas que, de certa forma e em sua grande maioria, ratificaram o discurso de dominação do capital e, hodiernamente, deixam-se seduzir pelo raciocínio simplório da ideologia neoliberal, segundo o qual o Direito do Trabalho deve se curvar ao “mercado” e submeter-se passivamente às suas transformações e exigências que envolvem, necessariamente, o abandono do princípio protetivo.

Ora, antes de tudo, o Direito do Trabalho deve procurar em si e não em outros ramos do conhecimento as soluções para o enfrentamento da crise de identidade que o assola. E, para tal mister, deve o juslaboralista perquirir se, ao invés de assegurar uma tutela satisfatória através da interpretação e da aplicação do princípio protetor, não está legitimando a cooptação do trabalho pelo capital a partir do momento em que interpreta o Direito do Trabalho como mero elemento funcional do sistema capitalista de produção e assim, olvidando o trabalho como fruto da energia do trabalhador. Este, antes de ser sujeito de direito, é um ser humano e que, por tal motivo, deve ser protegido, qualquer que seja a forma de prestação de serviços.

Persistindo a tradicional disposição do sistema capitalista de acumular capital e de aumentar a margem de lucro a partir do aviltamento do trabalho humano, deve o Direito do Trabalho encontrar meios de plena efetivação da proteção ao trabalhador, pois, de modo contrário, o conteúdo tutelar dessa disciplina jurídica não mais existirá e ela se tornará mero apêndice da Economia. Ainda, a realização do ideal protetivo não se resume à catalogação normativa de direitos sociais ou à enunciação de poucas formas de aplicação do princípio da proteção. Para concretizarem a proteção ao trabalhador, os operadores do Direito do Trabalho devem pautar a sua conduta pela defesa da dignidade da pessoa humana que, muito mais do que um princípio de Direito Constitucional ou um princípio jurídico, é fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito, conforme artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988<sup>349</sup>.

Há que se afastar o viés patrimonialista do Direito Civil, que impregnou o Direito do Trabalho e a principiologia que o informa, no sentido de tratar o trabalhador não como um

---

<sup>349</sup> Deve-se valer, aqui, dos ensinamentos de José Afonso da SILVA, para quem a dignidade da pessoa humana não deve ser observada em função do tratamento constitucional porque se trata de um princípio inerente à própria natureza da pessoa humana: “*poderíamos até dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica. Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também na ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional*”. *A dignidade ...*, p. 92.

sujeito de direito (pessoa física), mas como um ser humano (pessoa natural) que, não tendo outros recursos de sobrevivência além da força de trabalho, historicamente vem sendo explorado pelo economicamente mais forte. A força de trabalho não tem um preço a ser pago e não pode ser mensurada pelo Direito; daí ser a dignidade da pessoa humana um enorme empecilho ao processo de mercantilização do homem e de seu trabalho <sup>350</sup>.

E isso somente será possível se for considerado que, além da desigualdade econômica e da subordinação jurídica, também a dignidade da pessoa humana explica e justifica a existência do princípio da proteção, não se podendo, portanto, tratar a força de trabalho como mera mercadoria, sujeita às leis do mercado, notadamente a da oferta e da procura, mas como um atributo da personalidade da pessoa do trabalhador <sup>351</sup>.

Com efeito, trata-se da dignidade da pessoa humana de importante valor da contemporânea civilização ocidental e, no Brasil, constitui fundamento do Estado Democrático de Direito e exige o asseguramento de condições mínimas de existência, não de qualquer existência, tal como é aquela proporcionada pelo trabalho precário - assim também considerado sob a forma de emprego e não suficiente à adequada subsistência do trabalhador e de sua família -, mas de uma existência digna. Em um Estado verdadeiramente Democrático de Direito, não se pode admitir que apenas aqueles que “têm” sejam considerados cidadãos e titulares de direitos; enquanto que aqueles que apenas “são” submetem-se a um Estado formalmente Democrático de Direito e vivem às margens do Direito. É o câmbio do paradigma do “ter” pelo do “ser”.

Se em TAYLOR o trabalhador chegou a ser comparado aos animais e em FORD foi tido como coisa, na atualidade a proteção deve ser dirigida ao homem trabalhador e não ao sujeito de direito, garantindo-se-lhe uma vida digna em face de qualquer forma de degradação do ser humano. Isso conduz o intérprete do Direito do Trabalho a concluir que o aviltamento e

---

<sup>350</sup> Válida a menção do pensamento de Aldacy Rachid COUTINHO a respeito: “Até agora o direito do trabalho somente tratou de proteger um trabalhador subordinado, regulamentando um negócio jurídico bilateral, dando conta de uma relação jurídica patrimonial. Está em tempo de proteger o trabalhador ainda que no mercado informal, onde estiver realizando um trabalho, exercendo uma ocupação. O direito do trabalho é muito mais do que uma mera relação objeto do direito das obrigações; é, principalmente, uma relação de poder, na qual o empregador detém o poder e o empregado é um “bearer of power”. O trabalhador quando está no mercado “vendendo” sua força de trabalho, não entrega um objeto patrimonial, senão se dá a si mesmo. Imaginar que possa haver liberdade sem liberação do medo e da necessidade é instituir, para sempre, a barbárie e o egoísmo”. *Direito do trabalho de emergência*, p. 118-119.

<sup>351</sup> Comunga desta opinião, também, Orlando Teixeira da COSTA, que afirma: “ao falar-se de dignidade da pessoa humana quer-se significar a excelência que esta possui em razão da sua própria natureza. Se é digna qualquer pessoa humana, também o é o trabalhador, por ser uma pessoa humana. É a dignidade da pessoa humana do trabalhador que faz prevalecer os seus direitos, estigmatizando toda manobra tendente a desrespeitar ou corromper de qualquer forma que seja esse instrumento valioso, feito à imagem de Deus”. *O trabalho e a dignidade do trabalhador*, p. 73.

a destruição do trabalho devem ser repelidas com base no princípio protetor, em plena harmonia com o fundamento da dignidade humana <sup>352</sup>.

Em uma sociedade que persegue a justiça e a solidariedade e em um Estado que se diz Democrático de Direito e se baseia nos valores da dignidade da pessoa humana e do trabalho, a histórica finalidade do capital de se expandir e se acumular jamais poderá, por força do princípio da proteção, ser alcançada por meio da implantação de novas formas de prestação de trabalho, de contratação e de determinação do conteúdo contratual, todas elas causadoras da precarização e da destruição do trabalho humano.

Defende-se, pois, que a conceituação e a interpretação do princípio protetivo deve, necessariamente, passar pela dignidade do trabalhador <sup>353</sup>, não só por se tratar de pressuposto da idéia de justiça humana e de princípio e fim do Direito contemporâneo, mas também porque ele, trabalhador, depende, apenas e tão somente, da colocação da sua força de trabalho à disposição do empregador para subsistir.

Assim é que qualquer fórmula de aplicação do princípio da proteção deve ter como ponto de partida a dignidade do trabalhador que, na condição de ser humano, deve ser amparado não só pela inexistência de posses e pela sujeição ao comando de outra pessoa. E o estabelecimento de formas de aplicação não deve servir de limitação ao princípio protetor, o

---

<sup>352</sup> Revela-se adequada a transcrição de parte do pensamento de Ingo Wolfgang SARLET, que, antes de conceituar a dignidade da pessoa humana, afirmou que “*o que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. Tudo, portanto, converge no sentido de que também para a ordem jurídico-constitucional a concepção do homem-objeto (ou homem-instrumento), com todas as conseqüências que daí podem e devem ser extraídas, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa, embora esta, à evidência, não possa ser, por sua vez, exclusivamente formulada no sentido negativo (de exclusão de atos degradantes e desumanos), já que assim se estaria a restringir demasiadamente o âmbito de proteção da dignidade*”. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal*, p. 59-60.

<sup>353</sup> É pertinente a citação de Carmen Lúcia Antunes ROCHA a respeito da ligação entre a dignidade humana e a igualdade jurídica, um dos fundamentos do princípio da proteção: “*Tem-se acentuado que a dignidade da pessoa humana irmana-se e, eventualmente, até se confunde com a igualdade jurídica. Se é da humanidade que emerge o fundamento daquele princípio, é na humanidade igual de todas as pessoas que se põe a base desse último princípio. Dito de outra forma, a humanidade que é idêntica em berço (o qual pode ser, contudo, dessemelhante) não altera a igualdade da pessoa, o que a sepultura testemunha igual em qualquer canto do mundo. Mas conquanto seja exato que a igualdade funda-se na dignidade que a humanidade da pessoa assegura, não parece correto pensar-se haver confusão de princípios, pois aquele é mais amplo em seu conteúdo e em sua eficácia como fundamento do direito. Aliás, a dignidade da pessoa humana é fundamento do princípio da igualdade jurídica sem que haja absorção de um pelo outro. A interpretação haverá de ser no sentido de que todos são igualmente dignos porque iguais em sua humanidade, em virtude da qual não se admitem preconceitos que degradem, aviltem ou asservissem homens em benefício indébito de outros, que homens não são vassalos ou objetos em proveito de outros*”. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*, p. 32.

qual possui conteúdo inesgotável a ser incessantemente explorado pelo intérprete do Direito do Trabalho.

Portanto, a reconstrução do Direito do Trabalho não deve descartar os princípios que o informam. Ao contrário, pela plasticidade inerente aos princípios, notadamente o da proteção, esses princípios devem ser preservados como fiéis instrumentos de aplicação do Direito do Trabalho frente às adversidades e incertezas que se descortinam no horizonte. E, ao contrário do que o anunciado a cântaros, o princípio protetivo não se revela como obstáculo à atualização e ao desenvolvimento dessa disciplina jurídica, mas como um meio de manter a natureza e a coerência do Direito do Trabalho.

Há que ser interpretado o princípio protetor, então, como cumpridor de relevante função no Direito do Trabalho brasileiro, uma vez que, reafirmando o nobre ideal da dignidade humana, não admite que a interpretação e a solução de conflitos de regras jurídicas, qualquer que seja a sua natureza, preste-se à precarização do trabalho humano e à diminuição do patrimônio do trabalhador hipossuficiente.

## BIBLIOGRAFIA

- A revolução de 30: textos e documentos*. Vol. 1, Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1982. 2 v.
- ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. 4. ed., São Paulo : Boitempo Editorial, 1999.
- ARAÚJO, Francisco Rossal de. *O direito do trabalho e o ser humano*. Revista da FEMARGS, Porto Alegre, n. 2, junho de 1999.
- . *A boa-fé no contrato de emprego*. São Paulo : LTr, 1996.
- BARBAGELATA, Hector-Hugo. *O direito do trabalho na América Latina*. Tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Rio de Janeiro : Forense, 1985.
- . *O particularismo do Direito do Trabalho*. Tradução de Edílson Alkmim Cunha. São Paulo : LTr, 1996.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Fontes do Direito do Trabalho*. In: BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá*. São Paulo : LTr, 1993.
- BERNARDES, Hugo Gueiros. *Direito do Trabalho*. Vol. 1, São Paulo : LTr, 1989, 1 v.
- BONFIM, Benedito Calheiros. *Globalização, flexibilização e desregulamentação*. In: MACCALÓZ, Salete Maria et al. *Globalização, neoliberalismo e direitos sociais*. Rio de Janeiro : Destaque, 1997.
- CANOTILHO. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 3. ed., Coimbra : Livraria Almedina, 1999.
- CARONE, Edgard. *A segunda república (1930-1937)*. 3. ed., Rio de Janeiro – São Paulo : Difel / Difusão Editorial S.A., 1978.
- CASTELO, Jorge Pinheiro. *O direito do trabalho do século novo*. Revista LTr, São Paulo : LTr, ano 65, n. 1, janeiro de 2001.
- CASTILHO, Santiago Pérez de. *Hierarquia das fontes no Direito do Trabalho*. In: RODRIGUEZ, Américo Plá (coordenador). *Estudos sobre as fontes do direito do trabalho*. Revisão técnica de Irany FERRARI e tradução de Edilson Alkmim CUNHA. São Paulo : LTr, 1998.
- CATTANI, Antonio David (organizador). *Trabalho e tecnologia: dicionário crítico*. 2. ed., Petrópolis : Vozes, 1999.
- CHACÓN, Gaspar Bayon e BOTIJA, Eugenio Pérez. *Manual de derecho del trabajo*. 6. ed., vol. 1, Madrid Pons - Libros Jurídicos, 1965. v. 1.
- Combate à ilegalidade*. O Estado de São Paulo, São Paulo, 11 de fevereiro de 2000, caderno principal, p. A-3.
- COSTA, Orlando Teixeira da. *O trabalho e a dignidade do trabalhador*. Revista Trabalho & Processo, São Paulo : Editora Saraiva, nº 7, dezembro de 1995.
- COUTINHO, Aldacy Rachid. *Direito do trabalho de emergência*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, ano 30, nº 30, 1998.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, ano 30, nº 30, 1998.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Alcance e limites do princípio constitucional da norma mais benéfica ao empregado (reflexões a partir de alguns casos controvertidos)*. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso (coordenador). *Direito do trabalho: estudos*.

- São Paulo : LTr, 1997.
- . *Análise de conjuntura socioeconômica e o impacto no Direito do Trabalho*. Revista LTr, São Paulo : LTr Editora, ano 65, n. 04, abril de 2001.
- . *Compensação anual de jornada e banco de horas*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba : Setor de Gráfica do TRT da 9ª Região, v. 24, nº 1, jan./jun. de 1999.
- . *Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural*. São Paulo; LTr, 1998.
- . *O Estado neoliberal e seu impacto sócio-jurídico*. In: MACCALÓZ, Salette Maria et al. *Globalização, neoliberalismo e direitos sociais*. Rio de Janeiro : Destaque, 1997.
- DAMAS, Joaquim Augusto Domingo. *O princípio da igualdade na relação jurídica do trabalho*. Revista Jurídica do Trabalho, Salvador, n. 1, abr./jun. de 1998.
- DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*. 3. ed., México D. F. : Editorial Porrúa S.A., 1949.
- DE MASI, Domenico. *Desenvolvimento sem trabalho*. 2. ed., São Paulo : Editora Esfera, 1999.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios do direito do trabalho*. Revista LTr, São Paulo : LTr, ano 59, n. 04, abril de 1995.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios do direito do trabalho*. Revista LTr, São Paulo : LTr, ano 59, n. 04, abril de 1995.
- DEVEALI, Mario L. *El derecho del trabajo em su aplicación y sus tendencias*. Buenos Aires : Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1983. 1 t.
- DURAND, Paul; JAUSSAUD, R. *Traité de droit du travail*. Paris : Libraire Dalloz, 1947. 1 t.
- Digesto de Justiniano, livro I. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. 2. ed. rev., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, Osasco : Centro Universitário FIEO - UNIFEO, 2000.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6ª ed., Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- FERNÁNDEZ, Manuel García. *Manual de derecho del trabajo*. Barcelona : Editorial Ariel S.A., 1990.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Tradução de Manuel A. Domingues de Andrade. 4. ed., Coimbra : Armênio Amado Editor, 1987.
- FORRESTER, Viviane. *O horror econômico*. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo : Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.
- FRANCO, André Ricardo. *Princípios do direito do trabalho - uma nova visão*. Jornal Trabalhista, Brasília: Consulex, ano XVII, n. 816, ed. semanal, 12 de junho de 2000.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *As mudanças no mundo: a globalização, os princípios do direito do trabalho e o futuro do trabalho*. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba : Setor de Gráfica do TRT da 9ª Região, v. 25, nº 1, jan./jun. de 2000.
- FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. *Direito do trabalho na era do desemprego: instrumentos jurídicos em políticas públicas de fomento à ocupação*. São Paulo : LTr, 1999.
- GARCIA, Manoel Alonso. *Curso de derecho del trabajo*. Barcelona : Libreria Bosch, 1964.
- GENRO, Tarso. *Direito individual do trabalho: uma abordagem crítica*. 2. ed., São Paulo :

- LTr, 1994.
- . *Calor e humanismo para o Direito do Trabalho*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho/Tribunal Superior do Trabalho, Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, ano 65, nº 1, out./dez. de 1999.
- GIGLIO, Wagner. *Direito processual do trabalho*. 11. ed., São Paulo : LTr, 2000.
- . *Desemprego: causas, efeitos e perspectivas*. Revista LTr, São Paulo : LTr, ano 65, n. 4, abril de 2001.
- GOLDIN, Adrián O. *La protección del trabajo en la encrucijada*. In: Revista de direito do trabalho, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, ano 26, n. 97, jan./mar. de 2000.
- GOMES, Flávia Resende et al. *A Justiça do Trabalho*. In VIANA, Márcio Túlio (coordenador). *Direito e trabalho: crise e transformações - Compêndio de pesquisas realizadas em 1999 - Turma de 2000*. Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais [s.n.].
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro : Forense, 1991.
- GOUNET, Thomas. *Fordismo e toyotismo na civilização do automóvel*. São Paulo : Boitempo Editorial, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 5. ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2000.
- . *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2000.
- JAVILLIER, Jean-Claude. *Pragmatismo e innovación en el derecho internacional del trabajo – Reflexiones de un especialista en derecho del trabajo*. Revista Trabalho & Processo, São Paulo, n. 7, dezembro de 1995.
- JEAMMAUD, Antoine. *Las funciones du droit du travail*. In: COLLIN, Francis et al. *Le droit capitaliste du travail*. Grenoble : Presses Universitaires de Grenoble, 1980.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 4. ed., Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed., Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Sobre o princípio da condição mais benéfica ao trabalhador, o “jus variandi” do empregador e as privatizações*. Repertório IOB de Jurisprudência : São Paulo, vol. 2, 1ª quinzena, fevereiro de 2001.
- LIMA FILHO, Francisco das C. *Hierarquia das normas - Prevalência da Constituição e o princípio da norma mais favorável no Direito do Trabalho*. Revista Síntese Trabalhista, Porto Alegre, v. 11, n. 132, junho de 2000.
- LIMA, Francisco Meton Marques de. *Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência*. 2. ed., São Paulo : LTr, 1997.
- . *Os princípios de direito do trabalho diante da reforma neoliberal*. Revista LTr, São Paulo : LTr, ano 61, n. 5, maio de 1997.
- MACHADO, Sidnei. *O direito à proteção ao meio ambiente de trabalho no Brasil: os desafios para a construção de uma racionalidade normativa*. Curitiba, 1999. Dissertação (mestrado em Direito). Pós-graduação em Direito na Universidade Federal

- do Paraná. 125 p.
- MAGANO, Octávio Bueno. *As novas tendências do direito do trabalho*. São Paulo : LTr, 1974.
- . *A flexibilização do direito do trabalho*. Revista Síntese trabalhista, Porto Alegre, v. 10, n. 116, fevereiro de 1999.
- MALLET, Estêvão. *Conflito de leis trabalhistas no espaço e globalização*. Revista LTr, São Paulo : LTr, ano 62, n. 3, março de 1998.
- MANNRICH, Nelson. *A modernização do contrato de trabalho*. São Paulo : LTr, 1998.
- . *Modelo de relações trabalhistas: reflexão sobre propostas de reforma - o negociado e o legislado*. In: Revista de direito do trabalho, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, ano 27, n. 101, jan./mar. de 2001.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- MARQUEZ, Miguel Hernainz. *Tratado Elemental de Derecho Del Trabajo*. 12. ed., Madrid : Institutos de Estudios Políticos, 1977.
- MARTINS, Nei Frederico Cano. *Os princípios do Direito do Trabalho e a flexibilização ou desregulamentação*. Revista LTr, São Paulo : LTr, ano 64, n. 07, julho de 2000.
- MATTOSO, Jorge Eduardo Levi. *A desordem do trabalho*. 1. ed., São Paulo : Página Aberta Ltda., 1995.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed., Rio de Janeiro : Revista Forense, 1999.
- MEIRELLES, Jussara. *O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial*. In: FACHIN, Luiz Edson (coordenador). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.
- MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho y trabajo*. Madrid : Editorial Civitas S.A., 1997.
- . *Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del derecho del trabajo. Contrato de trabajo y autonomía del trabajador*. In: VILLALÓN, Jesús Cruz (preparação). *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al professor José Cabrera Bazán*. Madrid : Editorial Tecnos S.A., ed. preparada por Jesús Cruz Villalón, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed., São Paulo : Malheiros Editores Ltda, 1999.
- . *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 5. tir., São Paulo : Malheiros Editores Ltda, 1998.
- Menos emprego, mais trabalho*. O Estado de São Paulo, São Paulo, 09 de julho de 2000, caderno principal, p. A-3.
- MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Lisboa : Editorial Estampa, 1994.
- MORAES FILHO Evaristo de e MORAES Antônio Carlos Flores de. *Introdução ao direito do trabalho*. 6. ed., LTr : São Paulo, 1993.
- MOREIRA, Vital. *A ordem econômica do capitalismo*. 3. ed., Coimbra : Centelha, 1973.
- NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. *Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*. Curitiba : Juruá Editora, 2001.

- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*. 9. ed. atual., São Paulo : Saraiva, 1991.
- OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Comentários aos enunciados do TST*. 3. ed. rev. e atual., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- PASTORE, José. *A agonia do emprego*. São Paulo : LTr, 1997.
- . *Obsolescência das instituições do trabalho. Como proteger as novas formas de trabalhar que não têm nada que ver com o emprego?* Jornal O Estado de São Paulo. São Paulo, Caderno de Economia, 04 de abril de 2000.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed., 11. reimpressão, Coimbra : Coimbra Editora, 1996.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. *Dreito do trabalho - globalização e flexibilização*. São Paulo : LTr, suplemento trabalhista, ano 34, n. 185/98, 1998.
- . *O Direito do Trabalho e as questões do nosso tempo*. São Paulo, LTr, 1998.
- . *O direito do trabalho no limiar do século XXI*. Revista LTr, São Paulo : LTr, ano 60, n. 08, agosto de 1996.
- POCHMANN, Márcio. *O emprego na globalização: a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu*. São Paulo : Boitempo Editorial, 2001.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 11. ed., São Paulo : Saraiva, 1984.
- REDINHA, Maria Regina Gomes. *A relação laboral fragmentada*. Coimbra : Coimbra Editora, 1995.
- RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*. Organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro - RJ, F. Alves, 1977.
- RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos: o declínio inevitável dos níveis de empregos e a redução da força global de trabalho*. São Paulo : Makron Books, 1995.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo : LTr, 1994.
- . *Prevalência do negociado sobre o legislado*. In: VI Ciclo de estudos de direito do trabalho, Cabo de Santo Agostinho, 2000.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Revista Interesse público, São Paulo : Notadez, ano 1, n. 4, 2000.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio. 3. ed. atual., São Paulo : LTr, 2000
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. *Contrato de trabajo y autonomía del trabajador*. In: VILLALÓN, Jesús Cruz (preparação). *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al professor José Cabrera Bazán*. Madrid : Editorial Tecnos S.A., ed. preparada por Jesús Cruz Villalón, 1999.
- ROMITA, Arion Sayão. *Globalização da economia e direito do trabalho*. São Paulo : LTr, 1997.
- . *A flexibilização e os princípios de Direito do Trabalho*. In: Rodrigues PINTO, José Augusto (coordenador). *Noções atuais de direito do trabalho: estudos em homenagem ao professor Élson Gottschalk*. São Paulo : LTr, 1995.
- . *As cláusulas normativas da convenção coletiva integram os contratos individuais de*

- trabalho?* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, vol. 25, nº 1, jan./jun., 2000.
- RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios de direito do trabalho*. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo : LTr, 1995.
- SAMPAIO, Ricardo. *O novo temporário no contrato de emprego*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba : Setor de Gráfica do TRT da 9ª Região, v. 23, nº 1, jan./jun. de 1998.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo*. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia (organizadores). *Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global*. Petrópolis : Vozes; Brasília : NEDIC, 1999.
- SANTOS, Enoque Ribeiro. *O Direito do trabalho e o desemprego*. São Paulo : LTr, 1999.
- SANTOS, Roberto A. O. *O futuro do trabalho e o emprego*. In: Revista de direito do trabalho, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, ano 26, n. 100, out./dez. de 2000.
- SARDEGNA, Miguel Angel. *Considerações sobre a teoria do "Direito do trabalho mínimo"*. Revista Síntese Trabalhista, Porto Alegre, v. 12, n. 133, julho de 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro : Renovar, v. 212, abr. a jun. de 1998.
- . *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1995.
- SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. São Paulo : LTr, 1999.
- . *Os princípios do direito do trabalho em face da globalização*. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa (coordenador). *Presente e futuro das relações de trabalho - "Estudos em homenagem a Roberto Araújo de Oliveira Santos"*. São Paulo : Ltr, 2000.
- SILVA, Reinaldo Pereira. *O mercado de trabalho humano: a globalização econômica, as políticas neoliberais e a flexibilidade dos direitos sociais no Brasil*. São Paulo : LTr, 1998.
- SINGER, Paul. *Globalização e desemprego: diagnóstico e alternativas*. 4. ed., São Paulo : Contexto, 2000.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Modernidade e direito do trabalho*. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho/Tribunal Superior do Trabalho, Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, ano 67, nº 1, jan./mar. de 1999.
- SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 16. ed. atual., São Paulo : LTr, 1996.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.
- TAYLOR, Frederick Winslow. *Princípios de administração científica*. Tradução de Arlindo Vieira Ramos. 3. ed., São Paulo : Editora Atlas S.A., 1957.
- TRINDADE, Washington Luiz da. *Regras de aplicação e de interpretação no Direito do Trabalho*. São Paulo : LTr, 1995.
- VIANA, Márcio Túlio. *A proteção social do trabalhador no mundo globalizado - o direito do trabalho no limiar do século XXI*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade

Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte : Gráfica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. nº 37, 2000.

VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Os novos contratos a prazo*. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (coordenadores). *O que há de novo em direito do trabalho*. São Paulo : LTr, 1997.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Princípios de direito – Princípio jurídico do direito do trabalho*. In: BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá*. São Paulo : LTr, 1993.

VITELLI, Eliana Pedroso. *O princípio da proteção em face da flexibilização dos direitos trabalhistas*. Revista LTr, São Paulo : LTr, ano 62, n. 10, outubro de 1998.