

# JUSTIÇA & CIDADANIA

Edição 145 • Setembro 2012



**CÁRMEN LÚCIA, UMA MINISTRA  
A FRENTE DO SEU TEMPO**

Editorial: É ela...



# Os princípios jurídicos e sua densidade normativa

Ives Gandra da Silva Martins Filho | Ministro do TST

## I. Princípios como pilares do Direito

Que são **pilares** da Ciência Jurídica? São justamente os **fundamentos** que **sustentam** e **iluminam** a aplicação do Direito em cada ramo da **Árvore Jurídica**.

Quais são esses pilares de sustentação do Direito? São os **princípios** que distinguem e caracterizam cada um desses ramos.

No caso do **Direito do Trabalho**, o  **pilar por antonomásia** é a Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, do Papa **Leão XIII**, constituindo a **Carta Magna da Justiça Social**.

Os **princípios básicos** contidos na Encíclica *Rerum Novarum*, que plasmam a **Doutrina Social Cristã** e que

serviram de norte e fundamento para as Constituições Sociais e legislação trabalhista no mundo inteiro são:

a) **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana** – a **pessoa humana** tem uma dignidade essencial, por ser criada à **imagem e semelhança de Deus**, em **igualdade natural** entre homem e mulher, estando acima de qualquer outra criatura material, razão pela qual não pode ser tratada como objeto ou mercadoria. Constitui o fim último da sociedade, que a ela está ordenada: não pode ser instrumentalizada para projetos econômicos, sociais ou políticos.

b) **Princípio do Bem Comum** – sendo o bem comum o **conjunto das condições da vida social** que permitem aos grupos e a cada um dos seus membros atingirem de maneira

mais completa a própria perfeição, deve ser buscado como meta pela sociedade politicamente organizada que é o Estado. Assim, o objetivo do Estado não é apenas buscar a máxima felicidade do maior número, mas conseguir que **todos possam atingir seus fins existenciais**.

c) **Princípio da Destinação Universal dos Bens** – Deus destinou a terra, com tudo que ela contém, para o **uso de todos os homens** e de todos os povos, de tal modo que os bens criados devem bastar a todos, com equidade, segundo a regra da justiça, inseparável da caridade. Razões de ordem **jurídica** (garantir o pacífico e ordenado desfrute dos bens da terra por parte de todos), **econômica** (garantir a solicitude e o interesse necessários para fazer render os bens) e **política** (garantir a liberdade individual frente ao Estado) justificam o reconhecimento da **propriedade privada**. No entanto, o direito à propriedade privada não é absoluto, mas deve atender à sua **função social** (responsabilidade social pelos pobres e mais necessitados), estando **subordinado à destinação universal dos bens** (que não se confunde com o domínio comum de todos os bens).

d) **Princípio da Subsidiariedade** – o Estado não deve fazer aquilo que podem e devem fazer as **peessoas** e os **grupos sociais menores**, como as famílias, as escolas, as associações, os sindicatos etc (deve **coordenar, proteger, apoiar, incrementar e incentivar a iniciativa privada**, suprimindo suas deficiências e retirando-se quando os grupos menores já promovem diretamente essas iniciativas, pois, do contrário, o paternalismo estatal sufocaria a liberdade e autonomia individual e a originalidade da iniciativa pessoal).

e) **Princípio da Dignidade do Trabalho Humano** – a **pessoa** é o parâmetro da dignidade do trabalho. A **encarnação do Verbo** (Deus assume a natureza humana) e o fato de Jesus Cristo (Filho Unigênito de Deus) ter escolhido **trabalhar** numa **profissão humilde**, de carpinteiro, mostra a dignidade do trabalho humano, como **participação do poder criador de Deus**, e da dignidade de toda e qualquer profissão, intelectual ou manual. O trabalho do homem passa a ser **caminho de perfeição** humana (transformação própria e do mundo) e cristã (santificação pessoal).

f) **Princípio da Primazia do Trabalho sobre o Capital** – partindo do pressuposto de que o trabalho humano tem uma **dimensão objetiva** (conjunto de atividades, recursos, instrumentos e técnicas de que o homem se serve para produzir bens e serviços; a obra realizada) e uma **dimensão subjetiva** (agir dinâmico do homem, transformando a terra, com os instrumentos do trabalho de que dispõe; as virtudes que o trabalhador adquire ao trabalhar), o princípio norteador das relações laborais é o de que a **dimensão subjetiva do trabalho deve ter preeminência sobre a objetiva**: o trabalho, pelo seu caráter subjetivo

ou pessoal, é superior a todo e qualquer outro fator de produção, em particular no que tange ao capital. Entre capital (causa instrumental) e trabalho (causa eficiente) deve haver uma **complementariedade** (necessidade da justa retribuição a cada um desses fatores da produção), com a possibilidade de participação dos trabalhadores na propriedade, gestão e frutos do capital.

g) **Princípio da Solidariedade** – como **princípio geral**, implica que os homens cultivem uma maior consciência do débito para com a sociedade, pelo patrimônio cultural, científico, tecnológico, material e espiritual recebido, **retribuindo com o seu trabalho e serviço em prol da comunidade** (perspectiva da caridade, que transcende a mera justiça). Como **princípio específico laboral**, representa o direito dos trabalhadores de se unirem, formando **associações e sindicatos**, com a finalidade de defender seus interesses vitais, através de meios pacíficos, dentre os quais se apresenta como recurso legítimo (e inevitável em algumas circunstâncias) o **direito à greve**.

h) **Princípio da Proteção** – que determina a **intervenção do Estado** para estabelecer os **limites de jornada de trabalho** e as **condições da prestação de serviços**, para evitar a exploração do trabalhador em detrimento de sua saúde física e mental, a par de garantir-lhe a justa retribuição pelo esforço despendido. A **mulher** e a **criança** devem gozar de uma tutela especial da lei, para que a jornada e a forma da prestação dos serviços sejam adequadas à sua compleição física.

## II. As funções dos princípios e sua operacionalização

Tais princípios nortearam nossa **Consolidação das Leis do Trabalho**, plasmando em lei positiva o que a encíclica albergava como princípios.

Essa é, precisamente, uma das **funções** dos princípios de uma Ciência Jurídica: servir de **manancial** no qual se nutre o legislador para disciplinar as condutas concretas dos membros da sociedade em cada campo das relações humanas.

São basicamente três as **funções** que os **princípios** desempenham:

**função informadora** – de orientação do legislador na confecção das leis, pelos valores que albergam;

**função interpretativa** – de iluminar as normas jurídicas para sua exegese, sinalizando ao juiz o sentido subjacente do texto legal;

**função normativa** – de fonte supletiva da norma jurídica, diante das lacunas da lei, integrando o direito.

A **função mais típica e diuturna** que os princípios desempenham é a **interpretativa**, orientando juízes, advogados e procuradores na arte de extrair da lei o seu sentido genuíno e compositor prévio dos conflitos sociais.

Já a **função mais delicada e excepcional** é a **normativa**, uma vez que supõe **extrair regra de princípio**, ou seja, impor **obrigação** com conteúdo econômico a partir de norma orientativa e não imediatamente geradora de direito.

Ora, a **função normativa** depende, essencialmente, da **densidade normativa** que o princípio tem no ordenamento jurídico, plasmado de tal forma que é possível extrair dele regra que sirva para impor obrigações em casos concretos não especificamente previstos pela legislação.

A nosso ver, a **densidade normativa** de um princípio não está ligada tanto à sua relevância e essencialidade quanto à sua **maior ou menor positividade** num determinado ordenamento jurídico. Ou seja, é tanto mais denso e de maior normatividade um princípio, quanto o **preceito constitucional ou legal** no qual estiver plasmado possuir **redação que incorpore positivamente os valores** por ele albergados.

Nesse sentido, em que pese o **princípio da dignidade da pessoa humana** ser dos **mais importantes e relevantes**, possui **baixa densidade normativa**, uma vez que apenas enunciado como fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III), sem maiores detalhamentos.

Por sua vez, e em contraste, o **princípio da inalterabilidade contratual** possui **alta densidade normativa**, na medida em que, insculpido no **art. 462 da CLT**, goza de **claros parâmetros**, positivados no dispositivo que o alberga, tornando clara e segura a sua aplicação às mais diversas situações conflituosas. Assim, a orientação de que **a alteração contratual não pode ser unilateral e/ou lesiva ao empregado** resolve, como princípio-regra, inúmeros casos de alteração contratual, ligados a jornada, remuneração, condições de trabalho, mudanças de local, função, etc.

### III. Classificação dos princípios segundo sua densidade normativa

Podemos, a partir desse prisma específico, **classificar** os 12 principais princípios trabalhistas, segundo sua **densidade normativa** no ordenamento jurídico brasileiro, englobando-os basicamente em 3 grupos, de **máxima, média e mínima** densidade normativa, conforme os dispositivos constitucionais ou legais a que estejam relacionados possuam dicção que especifique mais claramente regras de conduta:

#### 1) Princípios de Máxima Densidade Normativa:

a) **Princípio da Intangibilidade Salarial** – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa (CF, art. 7º, X), sendo **vedado** qualquer **desconto** salvo por **adiantamento, previsão legal ou de norma coletiva** e, no caso de dano, desde que a possibilidade seja **acordada com o empregado** ou resulte de dolo deste (CLT, art. 462 e §§).

b) **Princípio da Inalterabilidade Contratual** – só é lícita a alteração contratual que se dê por **mútuo consentimento** e da qual **não resulte, direta ou indiretamente, prejuízos para o empregado**, ressalvada a reversão do comissionado ao cargo de confiança (CLT, art. 468 e §).

c) **Princípio da Isonomia** – proibição de **discriminação** por motivo de sexo, idade, cor, estado civil (CF, art. 7º, XXX), deficiência (CF, art. 7º, XXXI) ou espécie de trabalho (CF, art. 7º, XXXII e XXXIV), garantindo-se **igualdade salarial** para aqueles que trabalhem nas **mesmas condições**, consideradas a mesma função, localidade, empregador, qualidade técnica, salvo diferença de tempo de serviço superior a 2 anos (CLT, art. 461).

d) **Princípio da Continuidade** – **proteção da relação de emprego** contra despedida arbitrária ou sem justa causa, mediante indenização compensatória (CF, art. 7º, I), bem como **preservação dos direitos trabalhistas** em casos de alteração da estrutura jurídica da empresa (CLT, art. 10) ou mudança de proprietário da empresa (CLT, art. 448).

#### 2) Princípios de Média Densidade Normativa:

a) **Princípio da Proteção e Irrenunciabilidade** – visa a proteger a parte economicamente mais fraca, que é o trabalhador, estabelecendo a impossibilidade jurídica de o trabalhador **privar-se voluntariamente das vantagens** conferidas pelo Direito do Trabalho; concretiza-se na **nullidade** de cláusulas que **desvirtuem ou fraudem** a aplicação da lei trabalhista (CLT, art. 9º), ou que, na livre estipulação das condições de trabalho, **contraponham-se às disposições de proteção ao trabalho** (CLT, art. 444).

b) **Princípio da Subsidiariedade** – pela qual a intervenção estatal no campo laboral somente se dá quando os próprios agentes sociais (sindicatos e empresas) não logram estabelecer condições de trabalho dignas e justas; concretiza-se no reconhecimento das **convenções e acordos coletivos** (CF, art. 7º, XXVI) e na possibilidade destes estabelecerem **condições de trabalho menos favoráveis** do que as legalmente previstas, em matéria de **salário**, pela sua redução (CF, art. 7º, VI), ou de **jornada**, pela sua dilatação (CF, art. 7º, XIII e XIV), desde que promovida mediante negociação coletiva.

c) **Princípio da Boa-Fé** – a **conduta** tanto negocial quanto processual das partes deve ser **interpretada como um agir de boa-fé**, até que se demonstre, por provas ou indícios concretos, que se agiu de má-fé; assim devem ser interpretados os contratos (CC, art. 113), devem se portar as partes nos contratos (CC, art. 422) e no processo (CPC, art. 14, II), presumindo-se inocente o acusado, até prova em contrário (CF, art. 5º, LVII).

d) **Princípio da Primazia da Realidade** – consiste em dar **preferência à realidade fática** verificada na

prática da prestação de serviços em vez de ao que possa emergir dos **documentos que corporificam o contrato** de trabalho, quando houver discordância entre ambos; plasmado positivamente apenas na norma que determina que, nas declarações de vontade se atenderá mais à **intenção** das partes do que na literalidade do contrato (CC, art. 112).

#### 4) Princípios de Mínima Densidade Normativa:

a) **Princípio da Normalidade** – diz respeito ao uso normal do direito, de modo a atingir a finalidade pela qual a norma existe, **opondo-se ao abuso de direito**, que ocorre quando se busca, através do exercício do direito, fim outro não previsto na lei e com ela incompatível; concretiza-se na regra da ilicitude do exercício do direito além dos limites impostos pelo fim econômico, pela boa-fé e pelos bons costumes (CC, art. 187).

b) **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana** – pelo simples fato de ‘ser’ humano, **a pessoa merece todo o respeito**, independentemente de sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição social e econômica; encontra-se apenas enunciado na Carta Política de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III), sem que seja definido ou se enumere seus corolários.

c) **Princípio da Preservação da Empresa** – não comprometimento da viabilidade da empresa como unidade produtiva de bens e serviços para a sociedade e geradora de renda e emprego

para os trabalhadores; concretiza-se na colocação dos valores do trabalho e da **livre iniciativa** como fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, IV) e da **justa retribuição** ao capital e ao trabalho (CLT, art. 766).

d) **Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade** – diz respeito à **ponderação e adequação** entre fins buscados pelo legislador, juiz ou partes e os meios por eles utilizados; positivado apenas na menção à **proporcionalidade** da resposta em caso de agravo, com direito à indenização por dano material ou moral (CF, art. 5º, V), e no **devido processo legal** a ser observado pelo juiz (CF, art. 5º, LIV).



Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho

Como se pode perceber, os princípios, **desenvolvidos pela doutrina, não são uniformemente positivados**. Alguns ganham, no ordenamento jurídico, pleno foro de cidadania, pela sua nítida positividade em dispositivo legal e constitucional. Para outros, a doutrina **busca algum suporte minimamente relacionável**, para que possa aplicá-lo na solução de casos concretos, mormente quando se necessita dar suporte legal a uma decisão judicial e, principalmente, no caso de recursos de natureza extraordinária, empolgar apelo calcado no desrespeito a preceito de lei ou da Constituição.

Justamente pela **dificuldade em se verificar a violação literal e direta** a determinado dispositivo de lei ou da Constituição, invocado como supedâneo do princípio, é que se percebe sua **baixa densidade normativa**.

#### IV. Baixa densidade normativa, ativismo judiciário e voluntarismo jurídico

A tentação do julgador, de dar a **maior efetividade aos princípios**, quando estes possuem baixa densidade normativa, impondo obrigações concretas, extraídas exclusivamente dos princípios, quando inexistente preceito de lei que preveja a obrigação, é real e instigante. No entanto, gera no sistema uma **proteção fictícia** e uma **insegurança jurídica** que não compensam a supervalorização do princípio.

A essa tentação tem-se dado o nome de **ativismo judiciário**, ou seja, um protagonismo do Poder Judiciário na conformação do ordenamento jurídico que não se limita a interpretar e aplicar as leis, mas **inovar no mundo jurídico**, paralelamente ao legislador. Penso que a melhor expressão para sintetizar essa tendência seria a de **voluntarismo jurídico**, ou seja, à míngua de norma legal específica prevendo a obrigação que se quer impor a um dos litigantes, será a **vontade do juiz** (e não mais a do legislador plasmada na lei) que criará o direito.

Ora, o perigo e a insegurança estão no **subjetivismo** necessariamente decorrente desse ativismo e voluntarismo: cada juiz extrairá do princípio que mais lhe aprouver a obrigação que menos se poderia esperar, desnortando o jurisdicionado.

Não posso deixar de louvar a postura prudente e equilibrada de nossa Suprema Corte, nos anos que lá pontificou o Ministro **Moreira Alves**, ao dar a tônica, no Mandado de Injunção 107-DF, do papel do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade das leis e das decisões judiciais: pode ser **legislador negativo**, retirando do mundo jurídico leis inconstitucionais ou reformando decisões judiciais exaradas ao arrepio da Constituição, mas **não pode ser legislador positivo**, substituindo-se àquele a quem a Constituição atribuiu exclusivamente a missão de, segundo a vontade popular manifestada na representação parlamentar, criar o direito.

A tentação atual de **protagonismo**, no desejo de resolver os problemas que angustiam a sociedade, pela via fácil do **ativismo judiciário**, tem provocado inclusive atrito entre os Poderes da República. A recente decisão do STF de admitir o **aborto de anencéfalos**, criando nova hipótese de exceção à norma penal, quando o Poder Legislativo já havia rejeitado reiterados projetos de legalização do aborto e a esmagadora maioria da população, em repetidas pesquisas de opinião, se manifestava contrária à prática, é exemplo disso. Após a decisão da Suprema Corte, houve proposta de Decreto Legislativo na Câmara dos Deputados, para preservar a competência do Congresso Nacional contra a

**usurpação da função legislativa** por outro Poder, calcada no art. 49, XI, da CF.

O sofisma que tem animado juristas e julgadores a defender esse ativismo judiciário é o de que a **inércia do Legislativo** em regular situações que clamariam por novo marco jurídico justificaria essa intervenção excepcional. Nota-se o sofisma pelo fato de que essa aparente “inércia” constitui, na realidade, **vontade política** contrária à mudança pretendida pela via judicial. E o paradoxo maior é que o Poder Judiciário, caracterizado pela sua **inércia ontológica**, já que só pode atuar quando provocado, pretende substituir-se ao legislador, formulando opções políticas para as quais **não recebeu mandato popular**. Como um **Poder técnico**, com seus quadros formados fundamentalmente pela seleção em concursos, com a garantia da vitaliciedade e não sujeito ao controle do voto popular, pode se arvorar em representante do povo para reconstruir o direito à sua imagem e semelhança? Trata-se, repito, de **voluntarismo jurídico inaceitável num regime democrático de direito**.

Se nem o constituinte derivado, na **ação de inconstitucionalidade por omissão**, permitiu que o Supremo se substituísse ao Poder Legislativo, no caso de não regulamentação de preceito constitucional, como pode o Judiciário, em ações comuns, esgrimir essa pretensão inércia, para impor obrigações, calcadas exclusivamente em princípios sem suficiente densidade normativa?

#### V. Os desafios na aplicação dos princípios

Nesse contexto, não é demais lembrar que a **finalidade do Poder Judiciário é pacificar a sociedade**, distribuindo justiça. E, no caso do **Judiciário Laboral**, a finalidade é, essencialmente, **harmonizar as relações trabalhistas** pela justa distribuição dos frutos da produção entre capital e trabalho.

No entanto, corre-se um **perigo real**, quando se envereda pelo ativismo judiciário e se quer extrair de princípios de baixa densidade normativa obrigações concretas de conteúdo econômico: **acirrar o conflito social** e tornar a Justiça **ideologizada e parcial**.

Assim, os **desafios para a Justiça do Trabalho** dos dias de hoje são basicamente três:

- a) aplicar imparcialmente uma legislação que é naturalmente parcial;
- b) racionalizar o sistema recursal, sem cercear o direito de defesa;
- c) efetivar a execução, sem que esta venha a ser espoliativa.

Penso que são desafios que merecem soluções criativas e ponderadas, audazes e refletidas, que componham os meios mais aptos para se atingir os fins. 

As notas de rodapé do texto original foram retiradas, para composição da revista, com autorização do autor.