

O VIGOR, A ATUALIDADE E A FORÇA NORMATIVO-CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO(*)

THE VIGOR, THE CURRENT RELEVANCE AND THE CONSTITUTIONAL-NORMATIVE STRENGTH OF THE PROTECTION PRINCIPLE IN LABOR LAW

José Roberto Dantas Oliva**

Resumo: Em época que se fala muito de flexibilização da legislação trabalhista, o presente estudo defende a necessidade de manutenção da intervenção do Estado para regular as relações de trabalho. Vai mais além: a partir da concepção de que os princípios são espécies do gênero normas (ao qual pertencem também as regras), posiciona o Princípio da Proteção – hoje por muitos criticado – como expressão da igualdade (isonomia) consagrada na própria Constituição Federal, exigindo, por isto, concreção. Neste sentido, referido princípio nunca esteve tão vivo e atual.

Palavras-chave: Princípios. Atualidade. Flexibilização. Direito do trabalho.

Abstract: In a time when flexibilization of Labor laws is greatly discussed, the present study defends the necessity of keeping the State intervention to rule Labor relations. It goes further: from the conception that the principles are species of a genre called norms (which the rules also belong to), the Protection Principle – nowadays

* Com alterações e acréscimos reputados pertinentes, foram utilizados trechos de textos resultantes de pesquisas anteriormente publicadas pelo autor, especialmente do livro *O Princípio da Proteção Integral e o Trabalho da Criança e do Adolescente no Brasil* (São Paulo: LTr, 2006) e do artigo “O Magistrado em face da equidade como instrumento válido de interpretação e integração normativa” (*Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, São Paulo: LTr, 3º trim. jul/set 2002, n. 20, p. 41-84, mar. 2003)

** Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho e Diretor do Fórum Trabalhista de Presidente Prudente-SP, Mestre em Direito das Relações Sociais (sub-área Direito do Trabalho) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor de Direito e Processo do Trabalho das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente (graduação e pós-graduação), Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil, membro do Conselho Editorial da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Representante da Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho da 15ª Região na circunscrição de Presidente Prudente e Diretor Regional da Associação dos Magistrados do Trabalho da 15ª Região (Amatra XV).

very criticized – stands as the expression of equality (isonomy) acclaimed in the Federal Constitution, and, for this reason, it demands concretion. This way, referred principle has never been so live and update.

Key words: Principles. Current relevance. Flexibility. Labor law.

Sumário: 1 Introdução; 2 A ascensão dos princípios ao plano normativo; 3 O pós-positivismo como resultado da evolução e normatividade dos princípios; 4 A força normativa do Princípio da Proteção; 5 Conclusão; 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em cenário jurídico que confere aos princípios – notadamente àqueles positivados na Constituição Federal – status de norma, constata-se, como já identificado por inúmeros doutrinadores, que estamos, também no Brasil, vivendo a cognominada era do pós-positivismo. Nesse momento histórico, conquanto se reconheça a importância das regras e não seja possível abdicar da utilização do velho e bom método de interpretação que parte da subsunção dos fatos a elas para decidir, é preciso reconhecer que houve uma ascensão irreversível dos princípios ao plano normativo-jurídico.

Mas o que isto quer dizer exatamente?

Significa, como já tivemos a oportunidade de defender, que a hermenêutica jurídica, a doutrina e a jurisprudência modernas não se satisfazem mais com a carcomida idéia de que todas as soluções só podem ser extraídas das leis (regras), sendo vedado ao juiz qualquer exercício criativo que permita, a partir de juízo de ponderação de

valores, buscar a solução mais adequada e justa para o caso que lhe chega às mãos para resolver.

Neste novo cenário jurídico que se descortina, os princípios, tal qual as regras, são espécies do gênero normas. Vale dizer: os princípios, especialmente os que já se encontram positivados no ordenamento constitucional, deixam de ser utilizados apenas como elementos de integração de lacunas e passam a ocupar posição de destaque, sendo exigido do intérprete que lhes dê concreção, ainda que para isto tenha que afastar a aplicação de uma regra que com ele não se conforme e que, por isto, afrontaria a Carta Maior.

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura, no seu art. 5º, que todos são iguais perante a lei. É o princípio constitucional da isonomia, posicionado entre os direitos e garantias fundamentais que, a todo custo, se visa a resguardar.

Não é de igualdade meramente formal, porém, que estamos tratando.

Assente, na doutrina e jurisprudência, que a isonomia aqui deve ser analisada a partir da pers-

pectiva aristotélica de que, para ser verdadeira, real, deve conferir tratamento igual apenas para os iguais, desiguando os desiguais e conferindo maior proteção àqueles considerados hipossuficientes.

O propósito deste trabalho é demonstrar, para reafirmar seu vigor e atualidade como já se anuncia no título, que o Princípio da Proteção está para o Direito do Trabalho como o da isonomia, positivado no art. 5º da Carta Magna, para todos os ramos do Direito. Se fizermos análise mais detida dos contornos do princípio especial da proteção, verificaremos, aliás, que ele é imanente ao princípio constitucional da isonomia. Ou seja: traduz nada mais, nada menos, que o cumprimento de uma imposição constitucional, no plano específico de um dos diversos ramos do direito: o trabalhista.

Parece-nos, pois, equivocada a posição sustentada por quem defende a desatualização e morte do princípio especial trabalhista da Proteção. Sobre a força normativa dos princípios e, depois, especificamente deste que é o alicerce de todo o Direito do Trabalho, nos debruçaremos em seguida.

2 A ASCENSÃO DOS PRINCÍPIOS AO PLANO NORMATIVO

No direito contemporâneo, os princípios têm um novo e desta-

cado papel: o de regentes de poderes normativos. Por este prisma, os princípios, de maneira especial aqueles já positivados nas Constituições, pautam, na esfera de criação, o legislador, e no campo da aplicação, o Estado-Juiz.

Aquele (legislador) deve produzir leis que se conformem aos princípios constitucionais, sob pena de serem elas expungidas do ordenamento, por flagrante inconstitucionalidade (ou, se já vigentes anteriormente, pelo fenômeno da não-recepção). Já o último (Estado-Juiz), deve adotar os princípios como base para solucionar os casos concretos que lhe são submetidos para análise, em autêntica hermenêutica libertadora de amarras dogmáticas.

No campo da ação não normativa, os princípios devem regular, também, a conduta de governos (orientando políticas públicas, por exemplo) e governados, destinatários finais das normas jurídicas. Não nos ocuparemos, porém, de análise mais detida deste aspecto, direcionando o foco do estudo ao plano normativo.

E sob tal enfoque, conforme já tivemos a oportunidade de destacar anteriormente, é “[...] superada a idéia de que os princípios servem apenas de diretrizes, tendo conteúdo meramente programático. Na nova concepção, princípios e regras são espécies do gênero norma.”¹ Embora haja, ainda hoje, quem se

¹ OLIVA, José Roberto Dantas. *O Princípio da Proteção Integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil*. São Paulo: LTR, 2006, p. 89. Para Celso Ribeiro Bastos, as normas não exercem função idêntica dentro das Constituições: “[...] É possível vislumbrar duas categorias principais: uma denominada de princípios e outra de regras. As regras seriam aquelas normas que se aproximam às do direito comum, isto é, têm os elementos necessários para investir alguém da qualidade de titular de um direito subjetivo”.

apegue à superada tese de ausência de normatividade dos princípios, é forçoso reconhecer, com Paulo Bonavides, que essa velha hermenêutica está, a passos largos, “[...] a caminho de uma ab-rogação doutrinária irremediável.”²

Importante deixar claro, porém, que esta não é tese nova. A questão da normatividade dos princípios foi amplamente discutida nas últimas décadas. Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero³ atribuem o início do debate a Ronald Dworkin.

Em Levando os direitos a sério, Dworkin⁴ acentua:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Dworkin enxerga nos princípios uma dimensão que as regras não têm: a dimensão do peso ou importância. Esclarece:⁵

[...] Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.

As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes [...].

Qualquer análise sobre o conceito de obrigação jurídica deve levar em conta, segundo Dworkin, o importante papel desempenhado pelos princípios na formulação de decisões jurídicas específicas. Dentre as orientações possíveis de serem seguidas, destaca o autor: “Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juris-

vo. Outras, no entretanto [sic], pelo seu alto nível de abstração, pela indeterminação das circunstâncias em que devem ser aplicadas, têm o nome de princípios”. (BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed., rev. e ampl., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 208).

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 259.

³ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Sobre Principios y Reglas*. Doxa, v. 10, 1991, p. 101.

⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

⁵ op. cit. p. 42-43.

tas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas”.⁶

A concepção da força normativa dos princípios, na verdade, deve-se principalmente àqueles que nunca se conformaram com o positivismo extremado, nem admitiam o jusnaturalismo para a solução jurídica de litígios.

Os princípios começaram então a ser positivados nas legislações dos países. Primeiro no plano infraconstitucional, para ganhar, depois, espaço nas Constituições. Hoje, como bem identificou Bonavides, estamos vivendo a era do pós-positivismo. E neste novo ciclo, não se admite que os princípios tenham carga meramente programática, conferindo-se-lhes normatividade que não dispensa concreção no plano jurídico.

Relevante a constatação de Manuel Atienza, referindo-se à teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, de que a aplicação das regras se dá a partir da utilização da subsunção, conforme já salientado na introdução deste trabalho, ao passo que a dos princípios pelo critério da ponderação. Diz o autor:⁷

Alexy aceita um conceito de princípio que está muito próximo ao de

Dworkin. Para ele – assim como para Dworkin –, a diferença entre regras e princípios não é simplesmente uma diferença de grau, e sim de tipo qualitativo ou conceitual. “As regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem apenas ser cumpridas ou descumpridas. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que ela ordena, nem mais nem menos. As regras contêm, por isso, determinações no campo do que é fática e juridicamente possível” (Alexy, 1988d, p. 143-4). A forma característica de aplicação das regras é, por

isso, a subsunção. Os princípios, contudo, “são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam por poder ser cumpridos em diversos graus” (*ibid.*, pág. 143). Por isso, a forma característica de aplicação dos princípios é a ponderação.

Embora – como já foi dito – não seja possível construir uma teoria dos princípios que os coloque numa hierarquia estrita, pode-se estabelecer uma ordem frouxa entre eles, que permita a sua aplicação ponderada (de maneira que sirvam

⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 46-47.

⁷ ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. De Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed., São Paulo: Landy, 2003, p. 181-182.

como fundamento para decisões jurídicas), e não o seu uso puramente arbitrário [...]. E com relação às possibilidades jurídicas, a obrigação de otimização corresponde ao princípio da proporcionalidade, que se exprime nesta lei de ponderação: “Quanto mais alto for o grau de descumprimento ou de desprezo por um princípio, tanto maior deverá ser a importância do cumprimento do outro” (Alexy, 1988d, p. 147).

Mais adiante, o mesmo Atienza, destaca que o processo de aprendizagem do Direito deveria ter, como objetivo central, “[...] aprender a pensar ou a raciocinar ‘como um jurista’, não se limitando a conhecer os conteúdos do Direito positivo”.⁸ A partir desta visão – acertada –, as próprias faculdades de Direito devem abandonar o formato de só ensinar o direito positivado, abrindo espaço para novas construções jurídicas.

Para além dos bancos escolares, a metodologia jurídica tradicional que distingue princípios de normas também não encontra mais eco entre os constitucionalistas modernos. O jurista português J. J. Gomes Canotilho é também da opinião de que regras e princípios pertencem ao gênero (segundo ele superconceito) normas, acentuando que a tarefa para estabelecer a distinção entre aqueles é complexa, exigindo alguns critérios:⁹

a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstrac-

ção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.

b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadores (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.

c) Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).

d) “Proximidade” da ideia de direito: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworkin) ou na “ideia de direito” (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

f) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

Para confirmar, definitivamente, a normatividade dos princípios, Canotilho não hesita em afiançar que os princípios, conquanto te-

⁸ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. De Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed., São Paulo: Landy, 2003, p. 225.

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1146-1147.

nham natureza e densidade diversas das regras, valem, igualmente, como “lei”. O direito constitucional, conclui o autor de forma lapidar, é direito positivo. É neste sentido, conforme destaca, que Garcia de Enterría fala na “constituição como norma” e Konrad Hesse na “força normativa da constituição”.¹⁰

Não se admite mais que se divise nas Constituições mera carta de intenções. Necessário que se rompa com a doutrina clássica que acolhia aquelas que deveriam ser Leis Fundamentais, pilares de todo o ordenamento jurídico, como textos simplesmente programáticos. Sentencia Canotilho com propriedade:

Em virtude da eficácia vinculativa reconhecida às “normas programáticas”, deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre “norma jurídica actual” e “norma programática” (*aktuelle Rechtsnorm-Programmsatz*): todas as normas são *actuais*, isto é, têm uma força normativa independente do *acto* de transformação legislativa. Não há, pois, na constituição, “simples declarações (sejam oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) a que não se deva dar valor normativo, e só o seu conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance específico do dito valor” (Garcia de Enterría). Problema diferente é o de saber em que termos uma norma constitucional é

susceptível de “*aplicação directa*” e em que medida é exequível por si mesmo.

Ou seja: muito do que antes se invocava como verdade decorrente do Direito Natural, hoje se encontra positivado nas Cartas Constitucionais, não apenas como conteúdo programático, mas com carga de normatividade intensa. A ponto de se reconhecer superado o mito da neutralidade axiológica dos textos constitucionais, vez que estes contêm normas (gênero), das quais são espécies os princípios e as regras, aqueles numa posição hierarquicamente superior.

Na busca de superação do interminável conflito entre direito natural e positivismo, a Espanha, no art. 1º de sua Constituição, afirmou, como “[...] valores superiores do seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político”.¹¹

A consagração da expressão “valores superiores” pela Carta espanhola permite, conforme Gregório Peces Barba, a superação do formalismo ético que tem por premissa a de que todo Direito regularmente criado é justo. Prossegue o autor:¹²

Al mismo tiempo, esse carácter histórico-racional evita caer en posiciones iusnaturalistas, a las que hubiera conducido, por ejemplo, la utilización del término ‘principio’ en el artículo 1º, que hubiera sugerido la existencia de unos

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1162.

¹¹ TAVARES, André Ramos. *Tratado de Arguição de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 128.

¹² PECES-BARBA, Gregorio. *Los Valores Superiores*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 51-52.

conceptos a priori que el Derecho positivo tenia que garantizar. Ciertamente ahora se intenta flexibilizar el concepto de Derecho natural haciéndolo compatible com posiciones como las que aquí defendemos, pero, me parece, el término tiene, además de un pasado glorioso, unas connotaciones más concretas que desdibujan y aconsejan abandonarlo.

Constatando, mais adiante, que os valores superiores são a cabeça da Constituição material, finaliza Gregório Peces-Barba:¹³

El artículo 1º-1 expresa el esfuerzo por superar el positivismo que se cierra ea consideraciones éticas de contenido y que, en el plano moral, sólo hace metaética, y al mismo tiempo no quiere expresar sus criterios éticos com lenguaje iusnaturalista. Creo que en esse planteamiento está la explicación última de la utilización del término “valores superiores”.

Destacando que “a quase-totalidade dos sistemas constitucionais – senão todos – tem incorporado expressamente determinados valores, que passaram a permear todas as demais leis e atos normativos estatais, sob pena de se atribuir a estes a pecha de ilegitimidade”, afirma André Ramos Tavares que “o acolhimento de valores fez com que se desmitificasse a neutralidade axiológica da Constituição, que vinha sendo apontada pela doutrina”.¹⁴

Apoiando-se em Crisafulli

(I Principi Costituzionali dell’ Interpretazione ed Applicazione delle Leggi, Padova: CEDAM, 1939, p. 18, apud Usera, Interpretación Constitucional y Fórmula Política, p. 151), o professor brasileiro observa que “os princípios constitucionais, que até então eram meras pautas dogmáticas ou científicas, são convertidos em Direito positivo, com plena eficácia normativa”. Ou, nas palavras de Usera, também citado por Tavares, “a inovação consiste, pois, na declaração formal que uma Constituição realiza de sua inspiração ideológica”.¹⁵

Em trabalho mais recente, Tavares explicita:¹⁶

Os princípios constitucionais são normas presentes na Constituição que se aplicam às demais normas constitucionais. Isso porque são dotados de grande abstratividade, e têm por objetivo justamente imprimir determinado significado às demais normas. Daí resulta o que se denomina sistema constitucional, que impõe a consideração da Constituição como um todo coeso de normas que se relacionam entre si (unidade da Constituição). Os princípios constitucionais, portanto, servem de vetores para a interpretação válida da Constituição.

Não se pode olvidar, contudo, como acentua o próprio André Ramos Tavares,¹⁷ que o sistema

¹³ PECES-BARBA, Gregorio. *Los Valores Superiores*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 89.

¹⁴ TAVARES, André Ramos. *Tratado de Argüição de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 127-128.

¹⁵ Op. cit. p. 128.

¹⁶ Id. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 87.

¹⁷ Op. cit. p. 86.

constitucional é aberto, “[...] encontrando-se em constante evolução, tendo em vista o contato com a realidade social, o que ocorre especialmente pelos valores albergados constitucionalmente”.

Isto faz com que não possa haver, no plano constitucional, radical separação entre realidade e norma, pois eventual ênfase numa ou noutra direção, como adverte Konrad Hesse¹⁸ (citado também por Canotilho), “[...] leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo”.

Mais adiante, após posicionar-se contrariamente à tendência para a freqüente revisão constitucional, Konrad Hesse explica que a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. Segundo ele, a interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. Desta forma, acrescenta Hesse, a interpretação adequada é “[...] aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”.¹⁹

Em outras palavras – sintetiza o autor – “[...] uma mudança das

relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição”. Não fosse assim, no seu entendimento, haveria “[...] a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito”.

Defendendo uma interpretação construtiva, que considera sempre possível e necessária, Hesse²⁰ destaca que a dinâmica existente na referida modalidade de interpretação “[...] constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente”.

Para concluir, os princípios, salientam com propriedade Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, “[...] são regras-mestras dentro do sistema positivo. Devem ser identificados dentro da Constituição de cada Estado as estruturas básicas, os fundamentos e os alicerces desse sistema”.²¹

Constitucionalistas de nomeada como Carlos Ari Sunfeld, Celso Ribeiro Bastos, José Joaquim Gomes Canotilho, José Afonso da Silva, Jorge Miranda e outros não menos brilhantes, também posicionam os princípios como vértice – balizador e de informação – de todo ordenamento jurídico, deixando claro que não pode haver contradi-

¹⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 14.

¹⁹ Op. cit. p. 22-23.

²⁰ Op. cit. p. 23.

²¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

ção entre eles (princípios) e os preceitos legais.

Carnelutti (*Sistema di Diritto Processuale Civile. I. Funzione e Composizione del Processo*, Pádua, 1936, p. 120), citado por Plá Rodriguez²², consagrou a idéia de que princípios e preceitos legais não podem colidir: “Os princípios gerais do direito não são algo que exista fora, senão dentro do próprio direito escrito, já que derivam das normas estabelecidas. Encontram-se dentro do direito escrito como o álcool no vinho: são o espírito ou a essência da lei”.

Desta forma, a lei não pode divorciar-se dos princípios, sendo comum recorrer-se ao aforismo de que mais vale a observância dos princípios do que da própria lei, pois esta tem, necessariamente, de inspirar-se naqueles.

3 O PÓS-POSITIVISMO COMO RESULTADO DA EVOLUÇÃO E NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS

Parece não haver dúvida, pois, que os princípios gerais do Direito foram sendo, ao longo do tempo, positivados nas Constituições, de início como norte meramente programático, mas, depois, com carga de normatividade intensa, exigindo concreção, ainda que a partir de uma interpretação construtiva, teleológica, consoante com a reali-

dade social, como defende, com absoluta correção, Konrad Hesse.

Ao discorrer sobre essa evolução, Paulo Bonavides²³ identifica na normatividade, “[...] o traço que é qualitativamente o passo mais largado pela doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios”.

A juridicidade dos princípios, ensina Bonavides, passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

Na primeira, a mais antiga e tradicional, a normatividade dos princípios é nula e duvidosa, contrastando “[...] com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça”.

Fazendo referência a Bobbio, anota Bonavides:²⁴

[...] por volta de 1880, um artigo de Vitorio Scialoja marcava o momento culminante da ascensão positivista, mediante uma certa desconfiança votada à equidade, a par de extrema e rígida confiança consagrada às leis, expressão ainda, ao nosso ver, de um culto da autoridade e dos Códigos.

Com o positivismo jurídico, ocorre o ingresso dos princípios nos Códigos e na legislação infraconstitucional como um todo, na condição de fonte normativa subsidiária. Contudo, como pondera o constitucionalista brasileiro,²⁵ “[...] o juspositivismo, ao fazer dos princípios na

²² PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do Direito do Trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio, 5. t., São Paulo: LTr, 1997, p. 20.

²³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 257.

²⁴ Op. cit., p. 259-260

²⁵ Op. cit., p. 263.

ordem constitucional meras pautas programáticas supralégais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica”.

Na fase do pós-positivismo, os princípios passam a ser tratados como direito. Corresponde referida fase, segundo Bonavides,²⁶ “[...] aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX”. Conforme o autor, “as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.

Arremata Bonavides, de forma absolutamente lúcida:²⁷

É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo

por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios.

Identificando em Jean Boulanger “[...] o mais insigne precursor da normatividade dos princípios”,²⁸ Bonavides acentua que os princípios são normas e as normas compreendem as regras e os princípios. Em outras palavras: as *normas* constituem gênero, do qual fazem parte as *regras* e os *princípios*.²⁹ Obtempera que Crisafulli não hesita “[...] em demonstrar que um princípio, seja ele expresso numa formulação legislativa ou, ao contrário, implícito ou latente num ordenamento, constitui norma, aplicável como regra [...] de determinados comportamentos públicos ou privados”³⁰

Bonavides atribui a construção doutrinária da normatividade dos princípios, em grande parte, ao empenho da Filosofia e da Teoria Geral do Direito, na tentativa de

²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 264.

²⁷ Op. cit., p. 265.

²⁸ Op. cit., p. 266.

²⁹ Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero acentuam que “[...] *los Derechos están formados por normas (y por otras entidades de las que aquí no nos ocuparemos, como las definiciones) y que las normas pueden, a su vez, ser reglas o principios.*” (1991, p. 106-107). O próprio Bonavides esclarece, mais adiante, em sua obra, que “pelo novo discurso metodológico a norma é conceitualmente elevada à categoria de gênero, do qual as espécies vêm a ser o princípio e a regra” (Op. cit., p. 276). Esta também a classificação adotada por André Ramos Tavares. Recomendável, a propósito, a leitura, no Capítulo II (Dos Preceitos Fundamentais), do item 2 (Das normas, princípios e regras: um imprescindível esclarecimento terminológico preliminar) da obra do insigne professor (TAVARES, 2001, p. 106-112). Mas, José Afonso da Silva parece não concordar com a classificação. Diz ele que a doutrina de quem concebe *regras* e *princípios* como espécies de *norma* exigiria, para sua compreensão, “conceituação precisa de *normas* e *regras*, inclusive para estabelecer a distinção entre ambas, o que os expositores da doutrina não têm feito, deixando assim obscuro seu ensinamento”. Apesar de dizer que não entraria a fundo na questão, em nota (5) que identifica Canotilho como um dos adeptos da doutrina mencionada, citando obra conjunta em que participou o mesmo autor e em que, segundo ele, “se afirma que a norma se distingue do princípio porque contém uma regra, instrução, ou imposição imediatamente vinculante para certo tipo de questões”, SILVA conclui: “Vale dizer, então, que a distinção é feita entre princípios e normas, e estas diferem daqueles porque contém uma regra” (SILVA, 2003, p. 92).

³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 273.

encontrarem “[...] um campo neutro onde se possa superar a antinomia clássica Direito Natural/ Direito Positivo”.³¹

Esta, definitivamente, parece-nos ter sido a gênese desta nova característica da qual se revestem atualmente os princípios, tendo sido válidos os esforços despendidos no sentido de sobrepujar as contradições entre as duas correntes, de tal sorte que não titubeamos, com Bonavides,³² em afirmar que também a jurisprudência dos princípios, enquanto “jurisprudência dos valores”, domina a idade do pós-positivismo.

Pelas razões até aqui expostas, é possível concluir, parafraseando Bonavides,³³ que quem decepa um princípio – seja o legislador, na formulação das leis, ou o juiz, na interpretação dada ao caso concreto – “[...] arranca as raízes da árvore jurídica”. Para nós, como para autor em questão, resta clara

[...] a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamen-

tos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder.

Cotejando os princípios gerais de direito de outrora e os de agora, conclui Bonavides:³⁴

Dantes, na esfera juscivilista, os princípios serviam à lei; dela eram tributários, possuindo no sistema o seu mais baixo grau de hierarquização positiva como fonte secundária de normatividade.

Doravante, colocados na esfera jusconstitucional, as posições se invertem; os princípios, em grau de positividade, encabeçam o sistema, guiam e fundamentam todas as demais normas que a ordem jurídica institui e, finalmente, tendem a exercitar aquela função axiológica vazada em novos conceitos de sua relevância.

Alguns sistemas já lhes reconhecem a chamada “função informativa”

ou função fundamentadora, ponto de partida para o inequívoco reconhecimento da liquidez da ascensão dos princípios aos andaimes mais elevados do ordenamento jurídico, onde costumavam aparecer ao começo como fontes meramente terciárias, de natureza civilista e supletória, ou seja, na expressão lapidar de Gordillo Cañas, “*in extremis* ante a fatalidade das lacunas legais”.

“...quem decepa um princípio – seja o legislador, na formulação das leis, ou o juiz, na interpretação dada ao caso concreto – “[...] arranca as raízes da árvore jurídica”.

³¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 276.

³² Op. cit., p. 285.

³³ Op. cit., p. 288.

³⁴ Op. cit., p. 292-293.

As Constituições fazem no século XX o que os Códigos fizeram no século XIX: uma espécie de positivação do Direito Natural, não pela via racionalizadora da lei, enquanto expressão da vontade geral, mas por meio dos princípios gerais, incorporados na ordem jurídica constitucional, onde logram valorização normativa suprema, ou seja, adquirem a qualidade de instância juspublicística primária, sede de toda a legitimidade do poder. Isto, por ser tal instância a mais consensual de todas as intermediações doutrinárias entre o Estado e a Sociedade.

Finalmente, sintetizando o seu profícuo estudo a respeito da evolução dos princípios, o constitucionalista brasileiro apresenta conclusões irrefutáveis:³⁵

Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e

normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.

Entre os juristas brasileiros que proclamaram a normatividade dos princípios, na mesma linha filosófica e científica dos constitucionalistas europeus ligados à teoria material da Constituição, Bonavides destaca Eros Roberto Grau.³⁶ Considera significativa também, no Direito Português, a posição de Jorge Miranda.³⁷

De nossa parte, encampamos as lições transcritas, por acreditarmos que elas realmente expressam a posição de relevo conferida aos princípios no Direito contemporâneo, com uma visão que facilita, até, a compreensão da dimensão e da importância da equidade como forma de interpretação e integração normativa.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 294.

³⁶ Hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, o insigne prof. Eros Roberto Grau é categórico: "Princípio é norma jurídica". Segundo ele, "os princípios, todos eles – os explícitos e os implícitos –, constituem norma jurídica. Também os princípios gerais de direito – e não será demasiada a insistência, aqui, em que se trata de princípios de um determinado direito – constituem, estruturalmente, normas jurídicas. Norma jurídica é gênero que alberga, como espécies, regras e princípios – entre estes últimos incluídos tanto os princípios explícitos quanto os princípios gerais de direito" (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discursos sobre interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, primeira parte, XXIII).

³⁷ Canotilho, constitucionalista português por nós citado, também faz menção a Jorge Miranda.

4 A FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Exposta a questão relacionada à normatividade dos princípios, cumpre posicionar, dentro do contexto, o Princípio da Proteção.

No Direito do Trabalho brasileiro, os princípios específicos teriam a função técnica de propiciar mera colmatação de lacunas, conforme art. 8º da CLT.

Segundo referido dispositivo, somente na falta de disposições legais ou contratuais é que poderia haver decisão com base na jurisprudência, por analogia, por equidade e outros “princípios e normas” (a lei ainda não posiciona os primeiros como espécies das últimas) gerais de direito, “principalmente do direito do trabalho”, bem como, por fim, de acordo com o direito consuetudinário, o direito comparado, mas sempre sem sobrepujar o interesse público.

A alusão a que as soluções deveriam ter em conta “principalmente” os princípios do Direito do Trabalho não afasta a condição secundária a que o legislador ordinário relegou os princípios, mesmo os específicos. O tratamento, de todo modo, não difere daquele atribuído aos demais ramos do direito, uma vez que o art. 4º da Lei de Introdu-

ção ao Código Civil (DL 4.657, de 4.09.1942) também prescreve: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Pela proposta que ora se defende, tanto no direito comum como no do trabalho, este com mais razão, deve-se inverter a ordem de importância, outorgando a devida preeminência aos princípios, em especial ao da Proteção. Eis, por sinal, as lições de Luiz de Pinho Pedreira da Silva a respeito:³⁸

“Enquanto o direito comum preocupa-se em assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação é voltada para a proteção daquele considerado hipossuficiente, ou seja, o empregado.”

Apesar da dicção do art. 8º da CLT, que atribui aos princípios unicamente a função de preencher lacunas, sua interpretação, neste particular, não deve se ater estritamente a esses termos porque, como leciona G. Lyon-Caën, os princípios do Direito do Trabalho não só tendem a cobrir

casos qualificáveis como vazio jurídico, mas também surgem e se desenvolvem para reajustar moldes jurídicos inadequados à proteção dos trabalhadores e, mais simplesmente, para restabelecer a eficácia da regra de Direito. Estas as funções dos princípios especiais.

O Direito do Trabalho sempre foi informado – e formado – a partir de pilares que se sustentam no aludido Princípio da Proteção, sua viga mestra, uma vez que, “[...]”

³⁸ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. 2. ed., São Paulo: LTr, 1999, p. 18.

ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador”.³⁹

Enquanto o direito comum preocupa-se em assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação é voltada para a proteção daquele considerado hipossuficiente, ou seja, o empregado. Por isto, o Princípio da Proteção consagra a desigualdade jurídica, tornando possível, a partir dessa preocupação central, “[...] alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes”.⁴⁰

Referido princípio implica, conforme Alfredo J. Ruprecht,⁴¹ “[...] violação do tradicional princípio da igualdade jurídica das partes, inclinando-se a favor de uma delas para compensar certas desvantagens” (inclusive sociais, acrescentaríamos para completar a idéia do consagrado jurista argentino, que faz referência a desigualdades econômicas e fraqueza do empregado diante do empregador).

Maurício Godinho Delgado⁴² relaciona o Princípio da Proteção à própria existência do Direito do Trabalho.

O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao cons-

truir-se, desenvolver-se e atuar como direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se afirmar que sem a idéia protetiva-retificadora o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente.

Conquanto não seja este o objeto central do presente estudo, para que não haja omissão, cumpre, de forma rápida e singela, trazer a lume os desdobramentos do Princípio da Proteção em três outros (que, para Plá Rodriguez seriam regras) princípios ou, como preferem alguns, subprincípios. São eles: *in dubio pro operario*, aplicação da norma mais favorável e o da condição mais benéfica. Eis suas principais características:

a) *In dubio, pro operario* – quando uma regra jurídica for passível de entendimentos diversos, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao trabalhador. Não se aplica na apreciação de prova (apesar da posição contrária, por exemplo, do jurista uruguaio

³⁹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio, 5. t., São Paulo: LTr, 1997, p. 28.

⁴⁰ Op. cit. p. 28.

⁴¹ RUPRECHT, Alfredo J. **Os Princípios do Direito do Trabalho**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995, p. 9.

⁴² DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2001, p. 41.

Plá Rodriguez), que deve ser decidida de acordo com o ônus *probandi*.

b) Aplicação da norma mais favorável (art. 7º da CF o consagra) – quando houver conflito entre duas ou mais normas (regras), deve prevalecer a mais favorável ao trabalhador, salvo lei proibitiva do Estado. A CLT, no artigo 620, manda aplicar a regra mais favorável quando houver conflito entre Convenção e Acordo Coletivo. Exceção no Brasil: salário, desde que por negociação coletiva (art. 7º, VI, da CF).

c) Condição mais benéfica – Aproxima-se do direito adquirido. Estipula que uma situação concreta, preexistente, deve ser respeitada, desde que mais favorável ao trabalhador. O art. 468 da CLT só permite alteração das condições ajustadas nos contratos individuais de trabalho por mútuo consentimento e, ainda assim, desde que não resultem prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula que infringir tal garantia. A Súmula 51, I, do C. TST estabelece 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 288 dispõe que “a complementação dos proventos de 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”. Pode haver supressão de direitos criados

por norma coletiva. Plá Rodriguez entende de forma contrária. A Lei n. 8.542, de 23.12.92, no § 1º do art. 1º, estabelecia que “as cláusulas dos acordos, convenções coletivas ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção coletiva ou contrato coletivo de trabalho”. Referido dispositivo foi, inicialmente, revogado pela MP 1.620, de 10.6.98, mas na ADI 1.849-0, o STF suspendeu a eficácia do art. 19 da referida MP. Depois, o governo novamente revogou o dispositivo, desta vez pela MP 1.675, de 25.9.98. Por fim, a ADI foi extinta, sem resolução de mérito, tendo o dispositivo novamente sido revogado, pela MP 2073-32, de 27.12.00. A Lei n. 10.192, de 14.2.01 (DOU de 16.2.01) revogou, definitivamente, referido dispositivo.

Parte da doutrina assevera que todos os outros princípios especiais do Direito do Trabalho estariam umbilicalmente relacionados ao da Proteção. Há até quem, como Francisco Meton Marques de Lima (que o designa Princípio Tutelar ou Princípio Protetor), não cinja a aplicação do referido princípio apenas ao plano material. Diz o autor:⁴³

Como um manto protetor contra a intempérie da desigualdade social, este princípio deve orientar o aplicador da norma trabalhista em todos os momentos processuais, inspirando-o tanto na apreciação material do Direito como na apreciação instrumental.

⁴³ LIMA, Francisco Meton Marques de. **Os Princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência**. 2. ed., rev. e ampl., São Paulo: LTr, 1997, p. 29.

No Direito Material, como veremos, a sua manifestação é expressa e inconfundível. No processual é que, à primeira vista, não é reconhecido na lei. Engano! O legislador recheou o processo do trabalho de particularidades qualificáveis como protetoras do hipossuficiente [...]

Como já assinalado na introdução deste estudo, vozes ilustres se levantam, no entanto, para defender a desatualização e morte do Princípio da Proteção.⁴⁴ Intercedemos sem receio, por ele, cuja atualidade e vigor, para nós, são incontestes.

Oportunas, por sinal, as palavras de Evaristo de Moraes Filho em prefácio a obra de Luiz de Pinho Pedreira da Silva. Para Moraes Filho, alguns princípios especiais do Direito do Trabalho são postos em dúvida pela “[...] crescente onda neoliberalista”. Vaticina, porém: “A verdade é que, enquanto houver contrato de trabalho (subordinado), haverá sempre um Direito do Trabalho protetor e cogente”.⁴⁵

Repetindo uma vez mais, dentro da percepção aristotélica de que igualdade verdadeira implica

tratar iguais de forma igual e desiguais de forma desigual, na exata medida das desigualdades que existam entre os últimos, pensamos que o Princípio da Proteção está, para o Direito do Trabalho, como o Princípio da Isonomia para o Direito de um modo em geral. Aliás, causa espécie que hoje seja tão criticado, ao passo que se vê consagrado, por exemplo, quando se defende um consumidor, considerado parte hipossuficiente numa relação de consumo; o locatário em face do locador, etc.

A proteção, tanto numa relação de emprego como nas hipóteses alhures mencionadas, está compreendida na própria essência do princípio da isonomia. Protege-se mais aquele que se encontra em desvantagem, considerado hipossuficiente. Conforme abalizada posição doutrinária, o próprio fundamento do princípio especial trabalhista da proteção “[...] decorre do art. 5º, I, da CF, segundo o qual todos são iguais perante a lei”.⁴⁶

No que respeita ao trabalho, não se pode olvidar que já no seu

⁴⁴ Entre os juristas pátrios, Arion Sayão Romita revelou-se um dos mais contundentes críticos do Princípio da Proteção que, segundo ele, está em xeque. “Surgem oposições como princípio da proteção x princípio da flexibilização ou, com maior ênfase na visão política: princípio autoritário e corporativista x princípio da democracia”, destaca em ensaio (ROMITA, Arion Sayão. **O Princípio da Proteção em xeque**: e outros ensaios. São Paulo: LTr, 2003, p. 22). Para Romita, “não constitui função do direito – de qualquer dos ramos do direito – proteger algum dos sujeitos de dada relação social. Função do direito é regular a relação em busca da realização do ideal de justiça” (Op. cit., p. 23). Dizendo, dentre outras coisas, que se foi válido outrora, hoje ele não o é mais e que “Princípio que hoje não existe, não existe mesmo, isto é, jamais existiu” (p. 25); que a proteção conferida fortalece o protetor e debilita o protegido (p. 29); que “não cabe ao Estado-legislador, menos ainda ao Estado-juiz, proteger o trabalhador”; que a Carta de 1988 reverencia o autoritarismo e o corporativismo (p. 31), representando “a vitória do retrocesso, o apego às concepções retrógradas impostas pelo Estado Novo e, assim, impede a democratização das relações de trabalho no Brasil” (p. 32), Romita apresenta juízo hostil e lacerante em relação ao princípio em tela.

⁴⁵ MORAES FILHO apud SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. 2. ed., São Paulo: LTr, 1999, p. 6.

⁴⁶ LIMA, Francisco Meton Marques de. **Os Princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência**. 2. ed., rev. e ampl., São Paulo: LTr, 1997, p. 34.

preâmbulo, ao expressar os valores que moveram os constituintes, a Constituição Federal de 1988 conferiu supremacia, entre outros, aos direitos sociais e individuais (e, entre estes, encontram-se os direitos dos trabalhadores), e, bem assim, à igualdade e à justiça, erigindo-as a alicerces de “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”.

Ato contínuo, logo no art. 1º, estabeleceu a magna Carta vigente como alguns dos fundamentos da República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana (III) e “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (IV). Em alusão a este último inciso, discorre Alexandre de Moraes:⁴⁷

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

A supremacia mencionada também é consagrada no Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), Capítulo I (Princípios gerais da atividade econômica), no qual a Constituição determina que a ordem econômica seja fundada na valorização do trabalho humano, com a

finalidade de assegurar a todos existência digna (art. 170, *caput*), tendo também por princípio – que não colide e deve conformar-se com os anteriores – a tão ansiada busca do pleno emprego (art. 170, VII).

Pois bem! Ao tratar, no Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais (e a dignidade humana e os valores sociais do trabalho, como visto, encontram-se entre eles), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), a Constituição Federal assentou, no art. 5º, o princípio da igualdade, prescrevendo tratamento isonômico para todos. Mas não se pode pensar apenas em igualdade formal, perante a lei. O estágio atual da interpretação constitucional do referido princípio, permite, segundo a hoje Ministra do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia Antunes Rocha,⁴⁸ concluir que:

[...] o direito abandona a veste nobre que o recobriu e ganha os uniformes das fábricas. O Direito faz-se forma e força de ação. O princípio jurídico da igualdade refaz-se na sociedade e rebaliza conceitos, reelabora-se ativamente, para igualar iguais desiguais por ato ou com a permissão da lei. O que se pretende, então, é que a ‘igualdade perante a lei’ signifique ‘igualdade por meio da lei’, vale dizer, que seja a lei o instrumento criador das igualdades possíveis e necessárias ao florescimento das relações justas e equilibradas entre as pessoas. Há se desbastarem, pois,

⁴⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 202.

⁴⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990, p. 39.

as desigualdades encontradas na sociedade por desvirtuamento sócio-econômico, o que impõe, por vezes, a desigualação de iguais sob o enfoque tradicional.

Mesmo sem referência expressa ao Princípio da Proteção, objeto do nosso estudo, pontua a mesma autora em seguida:⁴⁹

Por isto, o tratamento parificado das partes processuais, *verbi gratia*, sempre contemplado e assegurado como manifestação do princípio da igualdade (igualdade dos iguais, logo, sendo ambas as partes e sendo o processo uma situação específica e única, cuida-se de garantir-lhes idêntica conduta) passa a receber um novo balizamento jurídico no Direito do Trabalho. Ambas são partes, sim, mas o relevo não é mais para o dado processual que deixa empregado e empregador serem considerados iguais, mas para a questão econômica, que os deixa desiguais inclusive como partes, pela possibilidade diferenciada de ambos. O que se pretende, pois, é que a lei desigule iguais, assim tidos sob um enfoque que, todavia, traz conseqüências desigualadoras mais fundas e perversas. Enquanto antes, buscava-se que a lei não criasse ou permitisse desigualdades, agora pretende-se que a lei cumpra a função de promover igualações onde seja possível e com os instrumentos de que ela disponha, inclusi-

ve desigualando em alguns aspectos para que o resultado seja o equilíbrio justo e a igualdade material e não meramente formal.

José Afonso da Silva, apesar de ponderar que “[...] as constituições só têm reconhecido a igualdade no seu sentido jurídico-formal: igualdade perante a lei”, reconhece que a de 1988 “[...] reforça o princípio com muitas outras normas sobre a igualdade ou buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais”.⁵⁰ É o que ocorre, por exemplo, quando a Lei Fundamental veda a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão “por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (art. 7º, XXX). Trata-se de igualdade material.

No mais das vezes, observam por seu turno Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior⁵¹ em abono ao que já assentamos alhures, “[...] a questão da igualdade é tratada sob o vértice da máxima aristotélica, que preconiza o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade”. Esclarecem os autores, mais adiante, que “[...] a função da lei consiste exatamente em discriminar situações, pois só dessa forma procedendo é que pode vir a regulamentá-las”.

É também o pensamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho,⁵²

⁴⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990, p. 39.

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 210.

⁵¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 76.

⁵² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 243.

para quem, “na verdade, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência do próprio conceito de Justiça”.

Sob o ângulo exposto, reafirmando a proposição anteriormente feita, é que se tem por absolutamente atual e vivificado o princípio da proteção, informador do Direito do Trabalho internacional, agasalhado no Brasil pela Constituição Federal (em diversas partes, mas especialmente no artigo 5º, I) e por normas infraconstitucionais.

Isto não significa, evidentemente, que não possam evoluir os princípios ou o Direito. Mas, em se tratando de Direito do Trabalho no Brasil, de desmesuradas desigualdades sociais, o da Proteção, respeitadas posições contrárias, se nos afigura plenamente justificável e mais atual e vigoroso do que nunca.

Tanto que, como já destacado, tem inspirado, em outros ramos do Direito, leis modernas, como o Código de Defesa do Consumidor (apenas para exemplificar), onde também se consagra a desigualdade jurídica nas relações de consumo como expressão de isonomia. E, no particular, não enseja combate. Afinal, na condição de consumidores, gostamos,

“...tem inspirado, em outros ramos do Direito, leis modernas, como o Código de Defesa do Consumidor (apenas para exemplificar), onde também se consagra a desigualdade jurídica nas relações de consumo como expressão de isonomia. E, no particular, não enseja combate. Afinal, na condição de consumidores, gostamos, todos, de receber proteção diferenciada.”

todos, de receber proteção diferenciada.

E o tratamento normativo desigual se justifica. Referindo-se ao Direito do Trabalho (e à proteção dele derivada), Chaim Perelman⁵³ enfatiza:

Quando as relações são econômica e socialmente desiguais, a liberdade conduz à opressão do mais fraco; buscar-se-á protegê-lo com leis imperativas, que limitam o campo de liberdade contratual: passar-se-á do regime de “autonomia da vontade” para a determinação de um estatuto do trabalhador

elaborado no século XX por esse ramo essencial do direito social que recebeu o nome de direito do trabalho. Para evitar que uma igualdade de tratamento teórica aplicada a situações desiguais redunde em conseqüências iníquas, uma nova legislação social, visando a proteger

o operário e o empregado, o favorecerá, em vários pontos de vista, de modo que se compense a desigualdade real entre os contratantes.

É no sentido de compensar o desequilíbrio de forças (notadamente entre o capital e o trabalho) que o intervencionismo estatal se justifica, não apenas para proteger o trabalhador em geral, cunhado historicamente como hipossuficiente (social e economicamente, é sempre bom lembrar).

⁵³ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 221-222.

Conforme sentenciou Ripert, “[...] a experiência demonstra que a liberdade não basta para assegurar a igualdade, pois os mais fortes depressa se tornam opressores”.⁵⁴

Diríamos, parafraseando o religioso francês Jean Baptiste Henri Dominique Lacordaire (1802-1861): nas relações entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, a liberdade escraviza e a lei liberta. A frase, que se tornou célebre e permanece atual como nunca, é aqui reproduzida sem fonte certa e sem preocupação com a literalidade, mas sintetiza, e bem, o que pode ocorrer se a flexibilização por alguns incessantemente perseguida (inclusive com pretensão – inconstitucional, advirta-se! – de prevalência do negociado sobre o legislado) um dia encontrar amparo do legislador.

5 CONCLUSÃO

Com o intuito de sintetizar as idéias expostas no corpo deste estudo, para que os que nos honrarem com sua leitura tenham presentes os pontos centrais do que nele se defende, apresentamos, à guisa de conclusão e com o intuito de fomentar as discussões a respeito do tema, algumas considerações devidamente ordenadas.

Os princípios, que se distinguem das regras especialmente pelo maior grau de abstração, hoje ocupam posição de supremacia no ordenamento jurídico. Deixaram de ser meras diretrizes para, depois de

gradualmente positivados no plano infraconstitucional, ganhar espaço também nas Constituições dos países com status de norma.

Tendência irreversível dos constitucionalistas modernos é a de posicionar os princípios como espécie do gênero normas, ao qual também pertencem as regras. Estas, porém, se desconformes com os princípios, notadamente aqueles positivados em Lei Fundamental, cedem, para dar lugar a uma jurisprudência de valores.

As soluções das contendas jurídicas, nessa nova era do pós-positivismo, não são extraídas apenas das regras, pelo critério da subsunção. O juiz, a partir de inteligência que parta da Constituição Federal e assegure eficácia jurídica aos princípios, deve, a todo custo, ser criativo – há espaço para tanto, sem desbordar para soluções *contra legem* – e valer-se de hermenêutica emancipatória, de ponderação, que promova verdadeira Justiça.

Nessa nova ordem de idéias, vem a baila o Princípio da Proteção, especial do ramo jurídico-trabalhista. Para alguns, desatualizado, inanimado, devendo ser sepultado. Para nós, atual e vivo como nunca. Deriva, na verdade, do princípio da isonomia, consagrado no próprio artigo 5º da Constituição Federal. Igualdade verdadeira, que distingue os desiguais, conferindo maior proteção jurídica ao trabalhador, inferiorizado social e economicamente.

⁵⁴ RIPERT apud SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3. ed., São Paulo: LTr, 2000, p. 83.

Espinha dorsal do Direito do Trabalho, o Princípio da Proteção deve pautar a atuação de todos: do legislador, na elaboração das regras jurídicas; do juiz, na solução dos litígios que a ele são submetidos; e de governantes e governados, aqueles direcionando as políticas públicas para conferir prioridade no atendimento dos menos afortunados.

É hora de conferir ao Princípio da Proteção (e a outros trabalhistas) a importância e a força normativa com que a própria Constituição Federal já o revestiu. Assim, tal qual argamassa ao sol, solidificar-se-á cada vez mais, mantendo-se como esteio do Direito do Trabalho e da própria dignidade do trabalhador enquanto ser humano.

6 REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed., São Paulo: Landy, 2003.
- _____; MANERO, Juan Ruiz. *Sobre principios y reglas*. Doxa, v. 10, 1991.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed., rev. e ampl., São Paulo: Celso Bastos Ed., 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Di-**
- reito Constitucional**. 13 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed., Coimbra: Almedina, 2002.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1990.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- LIMA, Francisco Meton Marques de. **Os Princípios de Direito do Trabalho na lei e na jurisprudência**. 2. ed., rev. e ampl., São Paulo: LTr, 1997.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed., São Paulo: Atlas, 2002.
- OLIVA, José Roberto Dantas. **O Princípio da proteção integral e o**

trabalho da criança e do adolescente no Brasil. São Paulo: LTR, 2006.

_____. "O Magistrado em face da equidade como instrumento válido de interpretação e integração normativa". **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.** São Paulo: LTr, 3º trim. jul/set 2002, n. 20, p. 41-84, mar. 2003.

PECES-BARBA, Gregorio. *Los Valores Superiores.* Madrid: Tecnos, 1986.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito.** Tradução de Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do Direito do Trabalho.** Tradução de Wagner D. Giglio, 5. t., São Paulo: LTr, 1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade.** Belo Horizonte: Ed. Lê, 1990.

ROMITA, Arion Sayão. **O princípio da proteção em xeque:** e outros ensaios. São Paulo:LTr, 2003.

RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios do Direito do Trabalho.** Tradução de Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 22. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho.** 3. ed., São Paulo: LTr, 2000.

TAVARES, André Ramos. **Tratado de Argüição de Preceito Fundamental.** São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2002.