

**ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O
PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO**

RONIE CARLOS BENTO DE SOUZA (*)

Enquadramento do estudo

O princípio da proteção, no direito material, tradicionalmente, se desdobra em três aspectos: a) aplicação da norma mais favorável; b) prevalência da condição mais benéfica; e c) na dúvida, interpreta-se favoravelmente ao trabalhador. No âmbito do direito processual, onde o princípio da igualdade é aplicado como informador, com base na teoria geral do processo, não há como negar que a adequação das normas processuais à realidade trabalhista é influenciada pelo princípio da proteção, uma vez que as peculiaridades do processo do trabalho levam em conta, justamente, a hipossuficiência do trabalhador (simplicidade, gratuidade, exercício do *jus postulandi* pelas partes, revelia somente do empregador etc).

Em vista aos objetivos do presente trabalho, não será tratado a respeito dos desdobramentos do princípio protetivo, nem da sua aplicação no âmbito processual, mas tão somente serão abordados os fundamentos do princípio protetivo.

A função de correção de desigualdades

Pode ser afirmado que a proteção está entranhada no Direito do Trabalho, de forma a informar-lhe como princípio particular. A proteção foi fruto da frustração com o liberalismo¹, e visava a justiça pela distorção das desigualdades que naturalmente surgiam na relação entre partes profundamente desiguais, em que uma se colocava sempre em posição de superioridade econômica e social².

Neste sentido, o Direito do Trabalho tem início não para negar a autonomia da vontade, mas para limitá-la ao espaço até onde poderia ser livre, pois "... suas disposições ou resoluções surgem com o propósito de defender a vontade, mas naturalmente, a do mais débil, a do que se encontra em inferioridade de condições, para manter com isto o justo equilíbrio potencial das partes" (TISSEMBAUM – APUD A. F. Cesarino Júnior in "Direito Social Brasileiro", Saraiva, 6ª ed., 2º vol., p.22).

Não há mais espaço, portanto, para a posição simplista de Troplong que assim declarou: "Deixai o homem diante das necessidades, sem outra esperança além da de sua própria coragem para vencer a adversidade; ele fará prodígios de zelo, de trabalho, de perseverança" (APUD Evaristo de Moraes Filho, in "Introdução ao Direito do Trabalho", LTr, São Paulo, 1971, p.48). Aliás, o caminho tortuoso do mercado seguindo as suas leis naturais só tem levado a uma profunda desigualdade social. As próprias leis do capitalismo selvagem produzem contraditoriamente riqueza e miséria. As crises são fruto de suas bases egoísticas³, e levadas ao extremo engendram a desconfi-

ança e estas por sua vez o pânico da insegurança social. Assim, em última instância, não é o trabalhador, que não detém o poder diretivo da economia, o causador dos males sociais das crises econômicas, isto não significa que o caminho natural é a responsabilização do causador do dano, pelo contrário, as primeiras medidas corretoras são no sentido de sacrifício do trabalhador.

Por outro lado, não se deve raciocinar considerando que a abertura para o protecionismo será sempre crescente e duradoura, sem uma reação das classes sociais que detém o monopólio da produção⁴. Com esta consciência o Direito do Trabalho caminha com acertos e erros, adaptando-se à realidade econômico-social, pois não é uma disciplina alienada à época em que está inserida, mas nunca deverá afastar-se de sua vocação de correção das desigualdades sociais⁵, sendo neste sentido a valiosa lição de Radbruch quando disse que "A idéia central em que o Direito social se inspira não é a idéia da igualdade das pessoas, senão a nivelação das desigualdades que entre elas existem; a igualdade deixa de ser, assim, ponto de partida do Direito para converter-se em meta e aspiração da ordem jurídica" (APUD Efrén Borrajo Dacruz in "Introducción al Derecho del Trabajo", Editorial Tecnos, 6ª ed., Madri, 1989, pp.96/97).

Outrossim, a natureza tuitiva do Direito do Trabalho leva em conta a própria natureza do homem, e o seu sentido de dignidade⁶. O trabalho não existe para servir o sistema econômico, mas este é, em primeiro lugar, uma manifestação do caráter social do homem (*homos faber*). Como lembrou Batista Mondin "O homem não trabalha apenas para si mesmo, mas também e sobretudo para os outros. O trabalho coloca os homens em contato mútuo, seja no

1. No início do século, Evaristo de Moraes (o pai) já conectado à realidade de sua época, mostrava grande sensibilidade social ao dizer que "... o próprio interesse do Estado aconselha a modificação radical desse sistema de *laissez faire*, que deprime a energia humana e provoca a degeneração dos pobres... Aqui se complicam, na solução desse árduo problema, as exigências econômicas com as necessidades sociais... O interesse dos padrões deveria contribuir para o estabelecimento de novas regras de trabalho..." ("Apontamentos de Direito Operário", Ed. LTr, 3ª ed., p.88).

2. "...Conquistada pelo indivíduo a liberdade de trabalho, seguiu-se a fase histórica em que o individualismo alcançou seu máximo esplendor, após a Renascença, a Reforma e o Iluminismo do século XVIII.... Não intervinha o Estado individualista e liberal para verificar, por exemplo, se uma das partes, prevalecendo-se de suas forças econômica e social, oprimia a outra, causando-lhe grave lesão.

"Somente mais tarde, quando o Estado Liberal verificou o descalabro a que o arrastara a inflexibilidade de seus princípios filosóficos, recuou de sua atitude abstencionista, e começou a intervir nas relações de produção. Fê-lo por meio de sérias restrições à autonomia privada." (Orlando Gomes e Elson Gottschalk – "Curso de Direito do Trabalho" 3ª ed., Forense, pp.29/30).

3. "O Direito do Trabalho só poderia reconsiderar seus institutos básicos, se a emancipação do trabalhador fosse uma realidade e não apenas uma promessa. Enquanto o mundo se apresentar com desigualdades profundas, enquanto o homem continuar sendo o lobo do homem, as urgências que determinam o nascimento do Direito Coletivo do Trabalho

informadas persistirão pelos mesmos princípios básicos que medaram junto com ele". (Orlando Costa, Synthesis 5/87, p.108/110 – "Os Novos Princípios do Direito Coletivo do Trabalho").

4. "Por mais que se procure emprestar um caráter protetivo 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 do conflito 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." (Francisco Rossal Araújo, "A Boa-fé", p.79)

5. "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 de estrutura de poder. Há certo limite de cargos sociais admitidos pelo sistema. Uma vez ultrapassado este, as reações são certamente sentidas, como, por exemplo, a onda neoliberalista reinante em países desenvolvidos e mesmo no terceiro mundo... (ibidem, p. 79)"

6. "No princípio a tutela visava o respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador. Com ela se construiu o Direito do Trabalho e se fez dele um ramo da ciência jurídica a serviço do aperfeiçoamento das relações humanas no trabalho" (Orlando Teixeira, "A Tutela do Trabalhador na Atualidade", p.54 e segs., Synthesis 17/93).

momento da produção como no do consumo.” (“O Homem quem é ele? – Elementos de Antropologia Filosófica”, Ed. Paulinas, p.207).

Com o trabalho, o homem serve a si mesmo, à sua família e ao próximo. O trabalho humano não é mercadoria⁷. A auto-estima humana também é construída por aquilo que o homem faz, o homem não é só aquilo que possui e faz, mas a sua contribuição na transformação do mundo, a sua cooperação através do trabalho é um elemento formador da sua dignidade. Por isso o desemprego se manifesta como um grande mal para a sociedade. Nesta linha de pensamento, o saudoso ministro Orlando Teixeira da Costa apregoou que o desemprego é um flagelo que atinge o homem na sua dignidade e é um mal a ser evitado⁸. Infelizmente, no Brasil, os ventos da desproteção têm sido avassaladores. Paradoxalmente, os progressos sociais têm sido lentos e o seu abandono tem sido rápido⁹.

A pirâmide social não é dicotômica, mas é uma escala que tem graduações de desigualdades, situando em seus pólos a profunda miséria e a abundante riqueza. Em relação ao capital e ao trabalho, também não se deve raciocinar em termos de uma dicotomização simplista, pois entre empregados e empregadores existe igualmente um

7. “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 desprezar ou corromper de qualquer forma que seja esse instrumento valioso, feito à imagem de Deus...O obreiro, dessa forma, não pode ser considerado como uma mercadoria qualquer, nem tratado como se fosse um instrumento ou máquina. Na época atual, todavia, devido ao predomínio das considerações econômicas, os trabalhadores estão voltando a ser vistos como *recursos humanos*, ou, mais apropriadamente, como *capital humano*, assim como no século passado, até o tratado de Versalhes, eram tidos como uma mercadoria.” (Orlando T. Costa, “O Trabalho e a Dignidade do Trabalhador” – LTr. 59-05/591e segs.).

8. “O desemprego atinge o trabalhador naquilo que ele possui de mais respeitável, que é a sua dignidade pessoal de ser humano. Quase sempre desenvolve a amargura, compromete os laços de família, fomenta a rebeldia, incentiva a criminalidade, desencadeia fenômenos mórbidos, desmoraliza física e moralmente o desocupado involuntário e compulsório, porque o priva do único meio normal de subsistência que a sociedade desigualitária em que ele vive lhe reservou. A fome e a miséria, resultados mais imediatos da desocupação, resultam, além do mais, em consequências biológico-sociais importantes, pois provocam o aumento do índice de mortalidade infantil e do índice de doenças de carência, comprometendo a higidez e capacidade das gerações futuras, de que mais tarde deverá valer-se a sociedade para produzir. Trata-se, pois, como se disse de início, de um flagelo que deve ser evitado, pelas consequências funestas, de ordem econômica, social, espiritual e moral que desencadeia e faz refletir sobre o conjunto da sociedade. (Orlando Costa, “Desemprego e Garantia de Emprego”, RDT 55/85, p.12 e segs.)

9. “E o que ocorreu no Brasil nesse período de tempo? O texto da Consolidação continuou o mesmo no que diz respeito ao instituto da estabilidade decenária, mas a Constituição e a lei ordinária trataram de eliminar, na prática, essa pádua garantia de emprego para instituir o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, ao qual se adere, teoricamente, mediante opção livre, mas que acabou resultando numa condição necessária do contrato imposta pelo empregador, que só admite um candidato a emprego quando ele concorda em optar pelo regime do FGTS.” (“A CLT e o Direito Comparado” – Orlando Teixeira da Costa – p.7 e segs. – RDT n. 48, ano 9, março/abril 1984).

escalonamento de níveis de prosperidade¹⁰. Existem pequenas, médias, grandes e megaempresas; por outro lado existem trabalhadores simples, médios e até altos empregados, que quase confundem-se com o empregador. A atuação do Direito do Trabalho na distorção das desigualdades, deve levar em conta a dinâmica das desigualdades internas existentes no seio do próprio capital e também as que ocorrem no âmbito da realidade dos trabalhadores¹¹.

Por isso, o Estado, através de seus poderes, atua como o principal braço corretor das desigualdades, uma vez que não se pode fazer justiça com as próprias mãos. O Estado Democrático de Direito tem como objetivo constitucional construir um espaço de aplicação de justiça e correção de diferenças sociais e regionais¹² (embora nem sempre tenha sido este o papel desempenhado pelo Estado brasi-

10. No Direito do Trabalho, os juízos de valor também são adaptados levando-se em consideração as condições reais das partes. Assim, um grande empregador será tratado de forma diferenciada em contraposição a uma pequena empresa de fundo de quintal. O nível de exigência de deveres de um empregado ocupante de um alto posto dentro de uma organização empresarial é diferente daquele relativo a um empregado que executa funções menos especializadas ou até mesmo braçais”. (p.77, nota de rodapé – Francisco Rossal Araújo, “A Boa-fé no contrato de emprego”, LTr).

11. “A quebra de rigidez de certas normas tem que vir metodicamente, através de um processo de flexibilização diferenciada. Essa diversificação deve considerar não apenas a carência de muitos e o concentrado poder econômico de poucos mas a variedade que apresentam empresários e empregados. Teria de começar por um tratamento jurídico diferenciado entre pequenas, médias e grandes empresas, no que diz respeito aos direitos trabalhistas a serem reconhecidos àqueles que elas empregam. (...)O Brasil possuía um sistema rígido de estabilidade no emprego. A partir de 1964, começou a ser mitigado, pelo que instituiu-se um regime de garantia do tempo de serviço. Como os empregadores só passaram a admitir empregados que optassem pelo novo regime, manifestou-se grande mobilidade de mão-de-obra.” (p.38 e segs., Synthesis 13/91, “Rigidez e flexibilidade do Direito do Trabalho no Brasil”). E ainda em outro artigo: “Por outro lado, é necessário considerar que há empresas que nem sempre são capazes de suportar os mesmos encargos, quer fiscais, quer trabalhistas, das grandes instituições produtivas. Daí porque venho propondo, para o Brasil, a adoção, quando possível, de uma flexibilização diferenciada, quer em relação às categorias profissionais, quer em relação às categorias econômicas.(...)As macro, média e pequena empresas também receberiam da lei um tratamento tutelar, relativamente aos seus empregados, bastante diferenciado, permitindo que os encargos sociais mais pesados recaíssem sobre as organizações mais ricas ou economicamente mais poderosas.” (Orlando Costa, “O Direito do Trabalho na sociedade moderna” – LTr 56-06/647 e segs.).

12. “O enfoque desenvolvimentista que todos os assuntos assumem no País, também está convertendo o caráter tradicionalmente protecionista do Direito do Trabalho em Direito de finalidade econômica. (...) Quando prevalece o jogo dos interesses individuais ... ainda é possível salvaguardar o fundamento original do Direito Laboral como um Direito que pretende proteger o hipossuficiente. E é salutar que essa preocupação não se concentre apenas naqueles Poderes que têm competência ou iniciativa para legislar. Manifestando-se também no Judiciário, bem demonstra o papel que ele pode e deve desempenhar sob nova forma, numa espécie de moderno sistema de freios e contrapesos, agora para estimular a complementar o papel do Executivo e do Legislativo, evitando que a excessiva concentração das suas atenções na organização econômica do País impeça que novos direitos individuais do trabalhador venham a ser protegidos, em que pese a hipertrofia da atual tendência econômica do Direito do Trabalho” (Orlando Gomes, pp.125/126, RDT 24,25/1980).

leiro¹³). A inclinação e virtude do direito social é o seu caráter tuitivo. Retirando-se da legislação trabalhista¹⁴ o amparo ao hipossuficiente, fica descaracterizada de sua essência. Neste sentido se engrandece uma atuação do Poder Judiciário, através do Poder Normativo, suprimindo lacunas sociais¹⁵.

O Juiz do Trabalho¹⁶, como aplicador do direito especializado, deve estar consciente de sua vocação, estar plugado à realidade social, e mergulhado nas entranhas formadoras do Direito do Trabalho, a ponto de atualizar-se à sua época, sem desfigurar a essência protetiva deste ramo peculiar da ciência jurídica. A proteção no século XXI, certamente não terá as mesmas bases daquela do século XIX. O caminho evolutivo das leis trabalhistas não pode ser negado, e isso ocorreu de forma acelerada, ao comparar-se com os outros ramos do Direito. Por isso a maleabilidade do Direito do Trabalho. Essa a razão do seu desenvolvimento, a atualidade de reger relações que produzem os produtos que a sociedade consome no dia-a-dia e produzir o próprio alimento do trabalhador (caráter alimentar). Contudo, maleabilidade não se confunde com volubilidade (ou seja, algo instável e que muda conforme as circunstâncias)¹⁷.

(*) Juiz do Trabalho Substituto da 18ª Região

13. "Deve ser assinalado que o Estado, como interlocutor social, age, por vezes, à semelhança de um tirano, manipulando a legislação que lhe cabe observar como parte da relação laboral. Com isso, da noite para o dia, o tratamento de certos direitos pode sofrer radical alteração na regulamentação legal. Como se vê, o conflito coletivo com o Estado é de solução bem mais difícil, tendo em vista a soma de poderes de que dispõe e que nem sempre são por ele usados dentro de limites éticos." ("Estado Patrão, Estado Empresário e Poder Sindical" – Synthesis, 12/91, p.154).

14. "O que há de melhor na Consolidação é a assimilação dos princípios normativos mais antigos do Direito do Trabalho... A tutela operária, a irrenunciabilidade dos direitos... o postulado da boa-fé... e até mesmo o princípio da continuidade da relação de emprego estão nela, ainda que este último tenha sido praticamente eliminado pelo regime da opção pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. A aplicação desses princípios às situações reais através da previsão regulamentar e casuística, entretanto, encontra-se bastante defasada não só em relação ao direito comparado, como tendo em vista a maior maturidade do trabalhador, principalmente naqueles centros ou regiões em que a industrialização há muito tempo é uma realidade". ("A CLT e o Direito Comparado" – Orlando Teixeira da Costa – p.7 e segs. – RDT n. 48, ano 9, março/abril 1984).

15. "Em países de economia débil, estratificados em camadas que se distanciam significativamente uma das outras e de mentalidade jurídica preponderantemente misonéista, o exercício do poder normativo pelo Judiciário, pode constituir uma terapêutica preventiva contra o raquitismo do sindicalismo operário e a excessiva robustez do absolutismo patronal" (OTC, RDT47/84, p.14).

16. "A implantação de uma ordem social fundada principalmente na igualdade está em nossas mãos, como manipuladores que somos de uma Justiça que procura redistribuir renda, para equalizar cada vez mais a população.(...) Façamos da Justiça do Trabalho uma instituição capaz de contribuir para assegurar a todos igual busca da felicidade" (Orlando T. Costa, "A Justiça do Trabalho e o desafio do nosso tempo" – LTr 58-01/16).

17. "... O Direito do Trabalho sempre foi flexível. Há quinze anos, entretanto, que a flexibilidade vem sendo utilizada ideologicamente, com a finalidade de mudar a própria natureza desse ramo da ciência jurídica. O princípio da proteção, que norteou o seu surgimento, a sua expansão e o seu amadurecimento, vem sofrendo alterações profundas, mediante a