

O papel do julgador e a garantia da justiça nas relações trabalhistas

The judge function and the guarantee of the justice on the labor relations

Larissa Mascaro Gomes da Silva de Castro¹

Resumo: O presente artigo analisa o papel do julgador para a materialização da igualdade e do trabalho digno pelo sistema jurídico, dentro da ordem econômica capitalista e globalizada. Para tanto, por meio de pesquisa bibliográfica e método dedutivo, verifica a garantia do direito ao trabalho digno pela interpretação do contrato de trabalho na ótica protecionista, pautada nas possibilidades de aplicação do princípio da igualdade. A interpretação do julgador deve considerar um sistema pautado em princípio de ação dentro de uma coerência valorativa, com pluralidade de métodos interpretativos e tendo o direito como uma prática social para a materialização da justiça.

Palavras-chave: Princípio Protetor, Trabalho digno, Igualdade e Justiça.

Abstract: The presente issue analyse the judge function for the material equality and the dignity labor by the juridic sistem inside of the economic, capitalist and global order. For this, by bibliografic ressearch and dedutive method confirm the guarantee of labor law dignified by the interpretation of the work contract by the protective vision, on the possibilities to apply the equality principle. The judge's interpretation must to considerate a system of the action principle, inside of evaluative coherence, with pluralism of the interpretatives methods and having the right as a social practical for the Justice materialize.

Key-words: Protection Principle, Dignified Labor, Equality and Justice.

1 O trabalho como direito social: o direito ao trabalho digno

O trabalho humano, por milênios, deu-se de forma forçada ou compulsória², sem direitos e garantias, fundado em uma ordem social que

¹ É docente do curso de Direito do Campus Universitário de Três Lagoas da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - CPTL/UFMS. Foi docente do curso de Direito do Campus Universitário do Araguaia da UFMT - Universidade Federal de Mato Grosso de 2010 a março de 2014. É doutoranda em Direito pela UFPA - Universidade Federal do Pará. Possui graduação em Direito (1997), especialização em Direito Empresarial (2000) e mestrado em Direito (2006), todos pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha-Univem (Marília/SP).

compreendia o outro, o ser humano do lado oposto da relação, como um objeto e como uma mercadoria.

Na atualidade, considerando o princípio fundamental da cidadania e da dignidade humana, é garantido a todos o trabalho digno, observando-se a função social da propriedade como direito constitucional e, na ordem privada civilista, o contrato, pautado na autonomia das partes, vinculado à probidade, à boa fé e também à manutenção de sua função social³.

A organização social e econômica contemporânea é pautada nas relações de trabalho e no empreendedorismo, tratando-se de uma relação de dois polos, pois, de um lado, há o investimento financeiro e a busca de rentabilidade pelo empreendedor e, de outro, a necessidade de sobrevivência e aferição de renda para a manutenção da vida e dignidade do trabalhador.

Nessa forma de organização social, a vida digna tem por base o suprimento das necessidades materiais de sobrevivência humana, que ocorre pelo consumo de produtos e serviços disponibilizados dentro da ordem capitalista. Assim, àquele que não detém capital econômico para investir no mercado financeiro, na indústria, no comércio e em serviços só resta trocar sua energia de trabalho por renda, ou seja, por salário, para poder manter-se a si e a seus eventuais dependentes.

A dispensa da energia de trabalho pelas pessoas em troca de valores econômicos (salário) para sobreviver é regulada pelo contrato de trabalho estabelecido entre empregador e empregado. Essa forma de ajuste jurídico⁴ ainda é a forma clássica que busca garantir dignidade à pessoa do trabalhador, sem suprimir o necessário lucro do empreendedor-patrão, pois

² Segundo Kloosterboer (*apud* Cardoso, 2003, p.22) seria o trabalho exercido por trabalhador recrutado sem o seu consentimento voluntário e/ou do qual não tem como se retirar caso deseje, estando sempre sujeito a uma punição, portanto, considerados nesse conceito todos os tipos de escravidão, além de outras modalidades de relações de trabalho existentes desde a Antiguidade.

³ Artigos 441 e 442 do Código Civil brasileiro, Lei nº 10.406/2002.

⁴ Harry Braveman (1987, 55-56) analisa que "O trabalhador faz o contrato de trabalho porque as condições sociais não lhe dão outra alternativa para ganhar a vida. O empregador, por outro lado, é o possuidor de uma unidade de capital que ele se esforça por ampliar e para isso converte parte dele em salários. Desse modo põe-se a funcionar o processo de trabalho, o qual embora seja um processo para criar valores úteis, tornou-se agora especificamente um processo para a expansão capital, para a criação do lucro".

este, afinal, empregou seu capital financeiro em determinada atividade econômica no intuito de obter rentabilidade, lucro e maximização de seus investimentos⁵. É o que embasa a relação capital-trabalho.

Considera-se, então, o trabalho como base das relações sociais, que se organizam considerando que o capital financeiro e sua rentabilidade são para poucos, apenas para os mais preparados e afortunados, e que a necessidade de sobrevivência é da maioria dos indivíduos. Portanto, tem-se um grande contingente de pessoas que necessitam de trabalho remunerado⁶ para suprir suas necessidades mais primárias na vida, os direitos básicos, como alimentar-se e ter moradia.

O trabalho remunerado surge, historicamente, quando os trabalhadores são privados de suas terras e ferramentas, restando-lhes vender sua força de trabalho. Tal processo histórico ocorre principalmente na Inglaterra entre os séculos XVI e XIX (HUBERMAN, 1986, p. 162 e 165). Mesmo em caso de trabalho remunerado, o respeito às limitações do corpo humano e à sua fisiologia não ocorriam, além da remuneração ser baixa, as condições de trabalho inadequadas e de muita exploração.⁷

⁵ David Harvey (2013, p. 125) destaca que "há uma distinção crucial entre o que o trabalho recebe e o que o trabalho cria. O mais-valor resulta da diferença entre o valor que o trabalho incorpora nas mercadorias numa jornada de trabalho e o valor que o trabalhador recebe por entregar ao capitalista a força de trabalho como uma mercadoria. Em suma, paga-se aos trabalhadores o valor da força de trabalho, e ponto final. O capitalista os coloca para trabalhar de modo que não só reproduzam o valor de sua própria força de trabalho, mas também produzam o mais-valor. Para o capitalista, o valor de uso da força de trabalho está no fato de ela ser uma mercadoria que pode produzir valor e, conseqüentemente, mais-valor".

⁶ Harry Braverman (1987, p. 326-327) afirma que "[...] a massa de emprego não pode ser separada de sua correlata massa de desemprego. Nas condições do capitalismo, o desemprego não é uma aberração, mas uma parte necessária do mecanismo de trabalho do modo capitalista de produção. É continuamente produzido e absorvido pela energia do próprio processo de acumulação. E o desemprego é apenas parte contada oficialmente do excedente relativo da população trabalhadora necessária para a acumulação do capital e que por sua vez é produzido por ele. Essa população excedente relativa, o exército de reserva industrial, assume formas variadas na sociedade moderna, inclusive os desempregados; os temporariamente empregados; os empregados em tempo parcial; a massa das mulheres que, como donas-de-casa ou domésticas constituem uma reserva para as 'ocupações femininas'; o exército de imigrantes, tanto agrícolas como fabris; a população negra com suas taxas extraordinariamente elevadas de desemprego; e as reservas estrangeiras de trabalho".

⁷ Leo Huberman (1986, p. 178) consigna que "[...] pagavam os menores salários possíveis. Buscavam o máximo de força de trabalho pelo mínimo necessário para pagá-las. Como mulheres e crianças podiam cuidar das máquinas e receber menos que os homens, deram-lhes trabalho, enquanto o homem ficava em casa, frequentemente sem ocupação. A princípio, os donos de fábricas compravam o trabalho das crianças pobres, nos orfanatos; mais tarde, como os salários do pai operário e da mãe operária não

Tal situação é agravada com a Revolução Industrial, pelo desenvolvimento da máquina a vapor, de fiar e de tear (CASSAR, 2014, p. 15), como também pela iluminação artificial, momento em que houve a majoração das jornadas de trabalho para o período noturno (NASCIMENTO, 2010, p. 43).

Assim, o regramento contratual civilista, pautado em cláusulas fundadas na liberdade e autonomia contratual dos interessados, não atendia aos problemas sociais e trabalhistas, razão do desenvolvimento de regras específicas para a regulação das relações trabalhistas. O "Estado passou a tomar posição chave na economia, desenvolvendo um plano de ação que compreendida uma nova posição perante as relações sociais", valendo-se de técnicas "[...] que se tornaram mais aceitas como o planejamento, o dirigismo econômico, a interferência nos contratos etc." (NASCIMENTO, 2010, p.53).

Daí a intervenção estatal, realizada na atualidade, com o estabelecimento de direitos mínimos aos trabalhadores por normas jurídicas, bem como de políticas públicas de acesso ao trabalho digno, para se evitar e ser superada a visão de ser humano como objeto e mercadoria.

Com as lutas protagonizadas pelo movimento operário no século XIX, há o surgimento do Direito do Trabalho, visando conferir um caráter público às relações privadas (CASSAR, 2014, p. 21). Há a positivação do direito do trabalho com incorporação nas constituições modernas, e pautado no pluralismo de normas também emanadas de fontes não estatais, por intermédio das convenções coletivas de trabalho (NASCIMENTO, 2010, 59).

Não se pode olvidar a possibilidade da norma de caráter privado no Direito do Trabalho, caracterizada pelos acordos e convenções coletivas de categorias⁸, em que pode acontecer a transação de direitos e valores, desde que não se tratem de direitos de ordem cogente, e, portanto, vigorando os

eram suficientes para manter a família, também as crianças que tinham casa foram obrigadas a trabalhar nas fábricas e minas".

⁸ Artigo 7º, inciso XXVI da Constituição Federal de 1988, e artigo 611 e 611-A da CLT, com as alterações da Lei 13.467/2017.

limites impostos pelo Estado para a manutenção do equilíbrio contratual nas relações de emprego.

Na ordem internacional, o marco histórico da proibição da visão do ser humano como mercadoria ou objeto do comércio deu-se com o Artigo 427 do tratado de Versalhes em 1919 (MARTINS, 2012, p. 68), amparado na visão kantiana do ser humano ser um fim em si mesmo.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, nos artigos 23 a 25, garante o direito ao trabalho digno, à proteção contra o desemprego e os direitos previdenciários, sendo assinada por dezenas de países que se comprometeram a ratificar na ordem interna de seus territórios soberanos o respeito a tais direitos.

Com tais marcos, o trabalho humano passa a ser considerado direito fundamental, também protegido na legislação brasileira, primeiro por normas esparsas e, posteriormente, pela CLT em 1943, tendo sido aperfeiçoado, dentro dos valores de respeito aos seres humanos, com a Constituição Federal da República em 1988, que dispõe como fundamentos do Estado Democrático de Direito os valores do trabalho e da livre iniciativa, conforme o artigo 1º, inciso IV.

Assim, o direito ao trabalho também é contemplado pelo direito do trabalho, ao garantir a legislação que todo trabalhador tem direito ao trabalho digno, embora este não se confunda com o direito do trabalho (PISCO, 2010, p. 116). Contudo, tanto o acesso ao trabalho como as relações de emprego devem fundar-se pela proteção interpretativa do trabalho digno, garantindo-se igualdade não somente nos aspectos sociais de acesso, pela proibição da discriminação nas questões de gênero e idade, mas também no aspecto financeiro materializado pelo valor econômico, que repercute em cada direito reconhecido ao trabalhador.

Tal aspecto é vislumbrado no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, pois a ordem econômica e financeira se funda na valorização do

trabalho digno, conforme os ditames da justiça social, e no artigo 7º, nos incisos XX, XXXI e XXXII da Carta Magna.

O direito ao trabalho torna-se um direito fundamental ao ser humano, passando-se a discutir os limites de exploração do trabalho humano como sociedade organizada dentro de ordem jurídica democrática, em que todos os envolvidos nessa relação jurídica, indistintamente, têm direitos e obrigações contratuais.

2. O contrato de trabalho e a interpretação das regras no sistema jurídico-trabalhista

O Direito do Trabalho tem como primazia as relações de emprego como espécie de uma relação mais ampla, que é a de trabalho. Ao Direito do Trabalho cabe o trabalho subordinado, via de regra.

No Direito do Trabalho temos como fontes formais a lei e os costumes, essa última representada e materializada pelo Poder Judiciário por súmulas, enunciados e orientações jurisprudenciais, além das fontes secundárias, como os princípios gerais do direito, a analogia e a equidade, somados aos princípios específicos do direito do trabalho, às normas administrativas do Ministério do trabalho, às convenções e aos acordos coletivos, às sentenças normativas e aos regulamentos de empresa. Logicamente, sem deixar de lado as convenções e os acordos internacionais gerais e do trabalho.

O artigo 8º da CLT em seu caput e em seus parágrafos, já com as modificações da Lei 13.467 de 2017, traz as regras hermenêuticas para os casos de antinomias e lacunas, bem como destaca as regras do direito comum como subsidiárias, além das normas privadas coletivas que devem ser balizadas pelo princípio da intervenção mínima na autonomia coletiva.

O Direito do Trabalho, como ramo da Ciência do Direito, fundamenta-se em princípios e regras, gerais e específicos. Dentre os

princípios específicos tem-se como basilar o princípio protetor, atuante tanto na ordem de direito material como de direito processual, auxiliando na interpretação das regras relativas ao contrato de trabalho.

Segundo Arnaldo Sussekind (2003, p. 44), "A proteção social aos trabalhadores constitui a raiz sociológica do Direito do Trabalho e é imanente a todo seu sistema jurídico". Portanto, ao abordar sobre o contrato de trabalho e suas cláusulas, a forma de interpretação segue os princípios clássicos do direito civil, como socialidade, eticidade e operabilidade, fundamentadas também na boa-fé, no equilíbrio contratual e na função social, mas acrescidas principalmente, como base interpretativa de grande relevância para a construção da igualdade, do princípio protetor.

Importante destacar que, organizado dentro da visão dicotômica patrão e empregado, o Direito do Trabalho trata das questões relativas ao contrato de trabalho, portanto tendo natureza jurídica eminentemente privada⁹, embora componha o rol dos direitos sociais.

Com as transformações das relações de trabalho havidas historicamente, aceleradas pós-revolução industrial e acentuadas com o advento da globalização e da era tecnológica, o princípio protetor deve ganhar cada vez mais espaço na construção da igualdade¹⁰ nas relações contratuais entre patrão e empregado, na busca do equilíbrio contratual, da boa-fé e, por derradeiro, da justiça social, pois o trabalho é primado da justiça social¹¹. A justiça social vem enunciada na Constituição Federal de

⁹ A natureza jurídica do Direito do Trabalho é discutida por diversos juristas, compreendendo-o como de natureza de direito social e até de direito público, considerando, respectivamente, seu fundamento no primado da Justiça Social e seu aspecto econômico, ou seja, na sobrevivência humana e no interesse público (MARTINS, 2012, p. 24-26).

¹⁰ Comentando sobre a igualdade, Eros Grau (2005, p.162) afirma que "a igualdade (perante a lei) e a *universalidade das formas*, arrematadas na sujeição de todos ao domínio da lei (legalidade), é fundamental à estruturação desse modo de produção. Quanto à *igualdade* entre os homens - e à sua liberdade - é uma consequência da necessidade dos trabalhadores obterem seu sustento mediante o intercâmbio entre o preço de sua força de trabalho e o conjunto dos bens socialmente produzidos; a igualdade assim, presta-se a presumir o acesso dos trabalhadores ao fundo social de bens produzidos 'livremente', em 'condições de igualdade', através do intercâmbio de sua força de trabalho".

¹¹ Artigo 193 da CFR.

1988 como um valor que direciona os objetivos da República Federativa do Brasil, conforme o artigo 3º e seus incisos.

Por ser o trabalho um direito social previsto no artigo 6º da Constituição Federal, e estando os direitos relativos ao contrato de trabalho estipulados no artigo 7º, como a organização e os direitos coletivos dos trabalhadores nos artigos 8º ao 11, todos da Constituição Federal de 1988, observa-se que os direitos mínimos vêm garantidos constitucionalmente, em que pese o contrato de trabalho ter livre estipulação entre as partes desde que observadas as disposições de proteção ao trabalho, contratos coletivos e decisões das autoridades competentes, conforme o artigo 444 da CLT.

Ainda no que se refere ao artigo 444 da CLT, a inclusão do parágrafo único pela Lei 13.467/2017, dispondo sobre a prevalência do negociado sobre o legislado quando tratar-se de assuntos previstos no artigo 611-A da CLT, altera a aplicação ampliada e isonômica do princípio protetor, pois se observa uma restrição com o estabelecimento de novos critérios para a aplicabilidade da proteção aos contratos trabalhistas.

De acordo com a Lei 13.467/2017, há a estipulação de padrões que excluem a simples condição de subordinação do empregado para a aplicação do princípio da proteção como antes empregada, pois são fixadas por lei condições econômicas (renda) e situação escolar como critérios à aplicabilidade da proteção¹².

Contudo, o princípio protetor continua como base interpretativa das relações de trabalho, em que pese a determinação do § 3º do artigo 8º da CLT¹³, que prevê a intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, pois a proteção contra a dispensa imotivada deve sempre constar de estipulação que reduza salário ou jornada conforme o § 3º do artigo 611-A da

¹² O parágrafo único do artigo 444 da CLT dispõe que "a livre estipulação que se refere o *caput* deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no artigo 611-A da CLT desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social".

¹³ Com a redação da Lei 13.467/2017.

CLT. Dessa forma, a responsabilidade e atuação sindical na elaboração da norma são substanciais para a preservação e melhoria de condições de trabalho aos empregados, bem como do comprometimento dos empregadores com o trabalho digno.

Observa-se a redução e limitação da aplicabilidade do princípio protetor pela legislação, o que representa a desconsideração pelo legislador da construção histórica da aplicabilidade da proteção aos direitos trabalhistas nas relações contratuais. A condição de subordinação deixa de ser fator fundamental para a aplicabilidade da proteção, sendo valorizada a autonomia das cláusulas estipuladas livremente entre as partes, desde que observados os mínimos definidos no artigo 7º da Constituição Federal.

Segundo Manuel Atienza (2004, p.251-252), o direito pode ser visto em muitas perspectivas: pela estrutura que enseja diversas formas normativas; pelo enfoque sociológico, buscando a realidade social; e pelo comportamento humano, assim vislumbrando sua função; pelo enfoque valorativo, que busca o direito justo; e pelo enfoque da técnica que busca uma visão instrumental.

No Direito do Trabalho, a simples visão instrumental sem a necessária consideração do justo, do digno ao ser humano, implica desconsiderar os aspectos sociais, os impactos ao desenvolvimento humano que a norma pode produzir. Assim, o que se observa é a relevância da aplicabilidade do princípio protetor na interpretação das relações laborais pelo julgador, por suas diversas dimensões. A aplicação técnica instrumental do direito deve sempre considerar a realidade social e materializar os valores da justiça social.

Como os princípios têm função interpretativa e de integração em nosso ordenamento jurídico, sendo fonte para dirimir antinomias reais e aparentes, também têm função de inspiração ao legislador na elaboração de normas. No caso do Direito do Trabalho, a Lei 13.467/2017 destacou que o interesse público deve prevalecer sobre o interesse de classe ou particular

conforme o artigo 8º, o que faz depreender que os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal, bem como os princípios fundamentais constitucionais, devam ser garantidos acima de qualquer outro interesse.

Para atingir seu objetivo protetivo, o princípio protetor atua em três frentes, a saber: *in dúbio pro operario* ou *in dubio pro misero*, que remete às condições de prova processuais, no caso de dúvida ao julgador; na aplicação da norma mais favorável independente da hierarquia entre as normas, aplicando o julgador a mais favorável ao trabalhador; e na aplicação da condição mais benéfica, que determina que as condições mais vantajosas ao trabalhador sejam prevalecentes sobre a norma que prescreve menor nível protetivo, havendo incompatibilidade entre elas. Ainda, deriva do princípio protetor o princípio da primazia da realidade, o da inalterabilidade contratual em prejuízo do trabalhador, além dos princípios da integralidade e intangibilidade (SUSSEKIND, 2004, p.45-46).

Porém, com a nova legislação, a Lei 13.467/2017 passa a ter a relativização de alguns direitos estabelecidos pela aplicação hermenêutica do princípio protetor. O princípio protetor, como fundamento do Direito do Trabalho, estabeleceu-se historicamente pela compreensão teleológica¹⁴ das normas de direito internacional fundamentadas no conceito de dignidade humana, o que não pode ser ignorado mesmo com a restrição de sua aplicação pela Justiça do Trabalho, como se observa pelo § 2º do artigo 8º da CLT.

Karl Larenz (1991, p. 674) destaca que na formação do sistema jurídico os princípios ético-jurídico com critérios teleológicos-objetivos e em conexão com o desenvolvimento do Direito são fundamentais, sendo manifestações da ideia de direito em conformidade com seu grau de evolução histórica. Esses princípios podem ser "deduzidos da regulação geral, da sua cadeia de sentido, por via de uma 'analogia geral' ou do retorno da *ratio legis*; alguns foram 'descobertos' ou declarados pela primeira vez pela

¹⁴ Servem para orientar valores.

doutrina ou pela jurisprudência", princípios que se impõem em razão da "convicção a eles inerente".

Para Larenz (1991, p. 674), "os princípios jurídicos não têm caráter de regras concebidas de forma muito geral, às quais se pudessem subsumir situações de fato, igualmente de índole muito legal", carecem serem concretizadas em diversos graus, orientando-se por um fio condutor pela 'ideia jurídica geral'.

Tal é o caso do princípio protetor, fundamentado na construção do conceito de dignidade humana, visando ao respeito ao trabalho humano dentro dos limites fisiológicos e à garantia de direitos sociais, com base na ruptura da visão do trabalhador como objeto e tendo como função o equilíbrio contratual, para se ter igualdade e justiça social.

Como negócio jurídico, o contrato de trabalho, que regula a relação de emprego, deve preceder dos requisitos de validade contratuais gerais, mas cumulando-se os específicos, ou seja, deve observar os requisitos do artigo 104 do Código Civil (agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei), pautado na vontade e autonomia das partes, conforme artigos 442 e 444 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, além de somar-se aos elementos caracterizadores da relação empregatícia.

A distinção dos contratos em geral com os contratos de trabalho que regulam relações de emprego encontra-se em seus requisitos, ou seja, na sua continuidade, pois são realizados, em regra, por prazo indeterminado; na subordinação, em razão da dependência econômica do empregado ao empregador, por quem é dirigido; na onerosidade caracterizada pelo recebimento salarial; na pessoalidade, por ser *intuito persona*, devendo ser pessoa física; e na alteridade, pois o risco do negócio é do empregador, não participando o empregado dos prejuízos da empresa, em regra geral (MARTINS, 2012, p.101-102). Contudo, a intenção das partes na contratação é sempre determinante da relação empregatícia e tal aspecto influencia

diretamente no modo de interpretação das relações laborais, tendo em vista que os princípios contratuais do equilíbrio e da boa-fé também regem a relação contratual laboral.

Como o contrato de trabalho tem características próprias e especiais, as fontes do Direito do Trabalho que regulamentam o contrato empregatício também se dão da somatória das fontes gerais para as fontes específicas. Considerando o princípio protetor como base interpretativa articuladora pela busca da justiça, manifestada na equidade das relações trabalhistas, deve, portanto, ser observado na hermenêutica do julgador pela determinação dos princípios fundamentais constitucionais, articulando dignidade humana e cidadania como diretrizes do respeito aos valores do trabalho e da livre iniciativa.

O contrato de trabalho é bilateral, com estabelecimento de deveres recíprocos, ou seja, da parte do empregado tem-se a prestação do serviço e, da parte do empregador, o pagamento salarial e os demais direitos, além do trato sucessivo, pois as obrigações são contínuas, estando especificamente o empregado submetido ao poder de direção patronal, mas a relação entre as partes deve dar-se dentro da probidade e boa-fé nos termos do artigo 442 da CLT (MARTINS, 2012, p. 103).

Nas relações contratuais trabalhistas encontram presentes componentes específicos de sua caracterização, sendo eles: a bilateralidade e a alteridade, tendo o contrato característica obrigacional e regendo-se pela liberdade entre os contratantes, decorrente da autonomia de vontade e do direito humano à liberdade no trabalho.

Daí a relevância do princípio protetor, por ter o intuito de produção da igualdade jurídica fictícia em uma discriminação positiva, considerando a hipossuficiência do trabalhador como ser humano sem bens passíveis de garantir sua sobrevivência e que se utiliza de sua força de trabalho para o detentor do capital (bens, serviços e produtos) para garantir sua manutenção de vida e a de seus dependentes. Tal condição, evidentemente,

deveria independe da renda do trabalhador, bem como do seu grau de instrução, pois está em uma relação subordinada, logo, há dependência e falta de equivalência econômica entre as partes.

A igualdade substancial entre empregado e empregador é, assim, caracterizada no direito brasileiro pela intervenção estatal em que se fundam as normas de direito do trabalho, com o advento da CLT em 1943. Tal intervenção é acolhida pelo constituinte de 1988 ao estipular regras mínimas previstas no artigo 7º da Constituição Federal, bem como ao dispor a Carta Magna no artigo 22 a competência exclusiva da União para legislar sobre matéria de ordem trabalhista, além do artigo 34, inciso VII, alínea "b", em que se destaca a possibilidade de intervenção para a garantia dos princípios constitucionais referentes aos direitos da pessoa humana.

3. Trabalho digno e igualdade nas relações de trabalho: o sistema e o papel do julgador

Considerando o contrato de trabalho e a situação de desigualdade econômica e social havida entre as partes contratantes, a proteção ao trabalho na interpretação das cláusulas e condições de trabalho é fundamental, a fim de garantir a igualdade substancial entre as partes, para se ter trabalho digno.

Segundo José Afonso da Silva (1994, p. 193), "[...] a igualdade constitui o signo fundamental da democracia", aspecto observado no artigo 3º, inciso III da Constituição Federal, que consigna como objetivo fundamental a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a proibição de discriminação.

Ademais, a construção da Justiça Social pela ordem econômica e financeira constitui para ele "reais promessas de busca de igualdade material" (SILVA, 1994, p. 194).

Dessa forma, é importante destacar algumas ponderações a respeito da ideia de igualdade e sua aplicabilidade no sistema jurídico pelo julgador na tomada da decisão judicial que considera mais justa e igualitária.

A ideia de igualdade vinculada à de justiça se deu por Aristóteles, contudo, cuidava-se de uma justiça formal, haja vista que o tratamento entre o escravo e o proprietário se dava de forma diferente (SILVA, 1994, p 1995).

Michel Sandel (2014, p.248-249) comenta que, para Aristóteles, "a justiça é uma questão de adequação", daí Aristóteles concluir que a escravidão seria justa. Tal postura não é mais aceita nas teorias modernas de justiça. Os teóricos liberais, como John Rawls e Immanuel Kant, "temem que as concepções teleológicas entrem em conflito com a noção de justiça", sendo esta uma questão de escolha.

Aristóteles considerava que para a escravidão ser considerada justa seria preciso que ela fosse necessária e natural (SANDEL, 2014, p. 249). Como deve ser natural, para as teorias teleológicas a escravidão é injusta porque contraria a natureza humana, tal como para as teorias de política liberais a escravidão também é injusta, porque é coercitiva (SANDEL, 2014, p. 250).

Os argumentos da discussão da construção da igualdade e da justiça trazidos por José Afonso da Silva e por Michel Sandel demonstram como aspectos sociais e históricos podem influenciar a construção e interpretação de um direito e sua legitimidade.

Eros Grau (2005, p.112), desse modo, insiste na importância dos princípios em razão da realização da justiça material, destacando a jurisprudência de princípios como um caminho. Comenta sobre a diferença entre princípios e valores, pautado no pensamento habermesiano, destacando que "princípios obrigam seus destinatários igualmente, sem exceção, a cumprir as expectativas generalizadas de comportamento. Os valores, por outro lado, devem ser entendidos como preferências

intersubjetivamente compartilhadas; expressam a 'preferenciabilidade' (Vorzugswürdigkel)", e conclui que valores são atrativos, mas não são normas.

Portanto, sustenta que o conteúdo teleológico já se encontra no interior do direito, incorporado aos princípios de forma deontológica (comando), bem como "as formas adequadas à realidade social e à realização de justiça não apenas, e exclusivamente, formal" (GRAU, 2005, p. 113). Assim, entende Eros Grau que o conteúdo teleológico está no interior do direito, já incorporado aos princípios, possuindo o direito a ambiguidade, a ambivalência (GRAU, 205, p. 113).

O sistema jurídico, para Grau (2005, p. 22), é pautado no pensamento de Claus-Wilhelm Canaris, ou seja, entendido como uma ordem teleológica de princípios gerais de direito com conexão aglutinadora de normas que compõem o sistema jurídico, sendo esta sua unidade, e os princípios considerados como normas. Portanto, o sistema jurídico é aberto, incompleto, evolui e se modifica, sendo provisório ante a transmutação do conhecimento científico.

Isso muito importa ao problema da igualdade nas relações de trabalho como critério de justiça, pois, com a globalização, a tendência de maximização da exploração do trabalho humano e a supressão de direitos do trabalhador são latentes. A interpretação protetiva do contrato de trabalho, baseada na igualdade entre as partes e entre trabalhadores é fundamental. Por isso, a análise de sistemas e valores do direito é essencial diante da "coisificação" humana para uma interpretação jurídica mais humanista das relações trabalhistas.

Claus-Wilhelm Canaris (2002, p. 48) afirma que o "objetivo de uma Ciência que não deveria limitar-se a um determinado positivo deveria ser a elaboração de soluções dos problemas então *possíveis*". Para isso, discute os sistemas do direito, considerando sua divisão em sistema interno e sistema externo. Para Canaris (*apud* Losano, 2010, p. 311), o sistema é algo próprio

do direito (sistema interno), remontando os sistemas jurídicos mais gerais, encontrando seu nível mais alto nos princípios gerais do direito orientado por valores.

Segundo Mário G. Losano (2010, p. 320), "para Canaris o sistema é um princípio de ação e não um instrumento de conhecimento" tendo como "função do sistema jurídico" a descrição e realização com a "coerência valorativa e a unidade interna do ordenamento jurídico". Portanto, o sistema seria um "guia para agir na aplicação do direito" que consistiria em "realizar o valor próprio do sistema, aplicando-o ao caso concreto".

Canaris não parte dos valores, mas dos princípios gerais do direito que neles se inspiram, determinados hierarquicamente de forma empírica (LOSANO, 2010, p. 327). Para Canaris, o direito não é a somatória dos problemas, mas sim das soluções, devendo ser o mecanismo da elaboração das soluções dos problemas possíveis, pois "o sistema existe pelo fato de existir o sistema positivo, sem sistema o direito não tem característica de unidade e ordem" (LOSANO, 2010, p. 336). Sendo assim, o sistema é móvel e muda com a variação de valores, sendo os princípios múltiplos, concorrentes e intercambiáveis. Há, então, um vértice no interior do sistema que se sucede, pois no ápice se encontram os institutos jurídicos, depois os conceitos jurídicos e, por último, como base, o sistema de normas, assim fechando o modelo de cacho de uvas (LOSANO, 2010, p. 327), que seria adequado à consecução da justiça dentro de valores sociais mutáveis.

Considera Canaris (2002, p. 66-67) que, com a ordem de justiça, de natureza valorativa, pode-se depreender uma ordenação axiológica ou teleológica de ordem lato, no sentido que a "jurisprudência de valores" é equiparada à jurisprudência teleológica. Assim, a adequação de valores não representa uma "justeza" material, mas apenas uma adequação formal da valoração, considerada no princípio da igualdade.

Garantir a adequação formal é, por derradeiro, a tarefa do sistema teleológico, com jurisdição com base no princípio da igualdade (CANARIS, 2002, p. 75-76).

Canaris (2002, p. 102), desse modo, entende que, para a concretização dos princípios gerais do direito, são sempre necessárias, nos diversos graus, novas valorações parciais autônomas. Daí o sistema ser aberto e ter os princípios como elementos supremos que podem sofrer exceções, entrar em contraste e contradição; ter problema de validade a partir de então, não necessariamente precisando ser exclusivos, havendo discricionariedade do julgador e origens diversas (LOSANO, 2010, p. 330).

A possibilidade da materialização da justiça pelo reconhecimento da igualdade entre as partes ou entre trabalhadores distintos em um caso concreto pelo direito é fundamental ao equilíbrio das relações laborais, ainda mais considerando o poder econômico do empregado e a "mais-valia" presente nos ajustes contratuais laborais.

Para Gustavo Zagrebelsky (2011, p. 134 -135), há necessidade de compreender quais os métodos de interpretação, pois a busca da regra não vem determinada pelo método, mas sim o método está em função do que se busca. A pluralidade de métodos é uma necessidade na cultura jurídica, pois se mostra desde a "escola histórica" que a teoria da interpretação se articulava com a gramática, a sintaxe, a lógica, a história e o sistema.

A expressão da solução para o caso concreto consiste em uma categorização de sentido e de valor, sendo complicado poder falar em "solução adequada ao caso" (ZAGREBELSKY, 2011, p. 137).

Nessa consideração, pondera Zagrebelsky (2011, p. 138) que as pretensões de um caso afetam a quem precisa, como a quem interpreta o direito; o direito positivo controla parcialmente os critérios de categorização do sentido e do valor, mesmo que os valores possam ser estabelecidos por normas de princípios; o direito pressupõe, mas não pode impor uma compreensão de sentido.

Isso faz com que nos casos específicos e concretos sejam atribuídas pretensões de sentido e valor desconhecidos, pressionando o direito para que imponha uma solução adequada ao caso concreto.

O problema da certeza do direito, pois, está na

"[...] razão da temida 'explosão' subjetivista da interpretação, se encontra, uma vez mais, no caráter pluralista da sociedade atual e dessa sociedade parcial de juristas e operadores do direito. Assumem 'pontos de vistas' distintos que não podem deixar de refletir em sua atuação, e esta diversidade se acentua pela continuidade de novos problemas, urgentemente permeados pela evolução da ciência, da técnica e da economia" (ZAGREBELSKY, 2011, p 145-146).

No direito do trabalho e na aplicação do princípio protetor para a construção da igualdade também se manifesta o fenômeno jurídico-econômico da flexibilização de direitos, impingida pela pressão econômica da busca do lucro e do capital financeiro às localidades com mercado mais rentável, sem nenhuma vinculação ou compromisso com o respeito aos direitos dos trabalhadores e com os impactos sociais de tal atitude.

As mudanças sociais se dão dessa maneira, ou seja, da maximização da exploração à flexibilização de direitos, que representam, em verdade, a supressão de direitos. Daí a necessária observação do sistema como uma unidade valorativa, com finalidade justa.

Por isso, é preciso a reflexão sobre o subjetivismo que se expressa nos argumentos que fundamentam as decisões judiciais, pois, segundo Manuel Atienza (2004, p. 254), pela argumentação se pode explicar e mostrar as causas e motivações dos fins que se pretende alcançar, além de justificar e oferecer as motivações que fundamentam a decisão, de forma a torná-la aceitável. Acrescenta Atienza (2004, p. 255) que a motivação permite que as partes do processo entendam o significado de uma decisão, ao mesmo tempo em que serve para controlar democraticamente o poder do juiz.

Para Zagrebelsky (2011, p. 147), a problemática coexistência entre os aspectos distintos que constituem o direito (direito, justiça e lei) e a

adequação entre casos e regras são questões que exigem uma particular atitude espiritual por parte dos que operam juridicamente. Essa atitude, que guarda uma estreita relação com o caráter prático do direito, se denomina razoabilidade e alude à necessidade de um espírito de “adaptação” do respeito a algo e a outrem, com o intuito de evitar conflitos mediante a adoção de soluções que satisfaçam a todos de forma mais ampla do que as circunstâncias permitam.

É razoável o direito que se presta a submeter-se àquela exigência de composição e abertura; o decidir, o direito que não se fecha à coexistência pluralista (ZAGREBELSKY, 2011, p. 147), pois, na prática de aplicação judicial, o caráter da razoabilidade do direito se evidencia em seus dois momentos: a categorização dos casos à luz de princípios e a busca da regra aplicável ao caso (ZAGREBELSKY, 2011, p. 147).

Para Eros Grau (2005, p. 23), "o direito é também, no plano inferior ao dos princípios, onde se realiza como sistema, sistema de normas", em que "cada norma é parte de um todo, de modo que não podemos conhecer da norma sem conhecer o sistema, o todo no qual estão integradas". Conclui Grau (2005, p. 30) que o direito, diferente do que pensa Kelsen, não é um fim, e sim um meio, que deve ser visualizado como uma prática social historicamente construída em uma dada sociedade.

Tal é o caso dos conceitos de igualdade e da visão jurídica de sua materialização pelos diferentes poderes, pois há

[...] distinção entre o princípio da igualdade *perante a lei* e o da igualdade *na lei*. Aquele corresponde à obrigação de aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos, na conformidade com o que ela estabelecem, mesmo se delas resultar uma discriminação, o que caracteriza a isonomia puramente formal, enquanto, a igualdade na lei exige que, nas normas jurídicas, não haja distinções que não sejam autorizadas pela própria Constituição. Enfim, segundo essa doutrina, a igualdade perante a lei seria uma exigência feita a todos aqueles que aplicam as normas jurídicas gerais aos casos concretos, ao passo que a igualdade *na lei* seria uma exigência dirigida tanto aqueles que criam normas jurídicas gerais, como aqueles que as aplicam aos casos concretos (SILVA, 1994, P. 196) (destaque do autor).

No caso das questões de trabalho, o artigo 5º, inciso XIII, combinado com o artigo 7º, incisos XXX e XXXII, todos da Carta Magna, enunciam a igualdade entre homens e mulheres sem distinção do tipo de trabalho (manual, mecânico, técnico, intelectual etc.), que deve ser evidenciado tanto pelo Poder Legislativo como pelo Poder Judiciário, além das normas de direito privado do trabalho.

Nesse sentido, tem-se

[...] a função normativa não é tarefa exclusiva do Poder Legislativo, podendo e devendo ser exercida pelos demais poderes do Estado, inclusive pelo Judiciário. [...] Os conflitos trabalhistas, decorrentes de relações dinâmicas e de trato sucessivo entre detentores do capital e da força de produção, frequentemente apresentam problemas que necessitam ser, efetiva e rapidamente dirimidos para preservação da paz social e a viabilização do crescimento econômico do Estado (PISCO, 2010, p. 113).

Para Eros Grau (2005, p. 167), a igualdade perante a lei oculta a superposição das relações entre pessoa e coisa, entre o proprietário dos meios de produção e o trabalhador assalariado, não se tendo, no contrato de trabalho, mais do que a instrumentalização de uma troca entre pessoa e coisa, quando deveria ser uma relação entre pessoas.

Destaca Eros Grau (2005, p. 274-275), em síntese, que a sociedade capitalista "é essencialmente jurídica e nela o direito atua como medicação específica e necessária das relações de produção que lhes são próprias". Essas relações de produção só podem reproduzir-se e estabelecer-se pelo direito positivo posto pelo Estado que surge dos mercados, conduzindo a globalização financeira à deterioração da capacidade estatal de por o direito, sendo os mercados regulados por outros sujeitos.

Na articulação de todos esses elementos devem os julgadores ponderarem a aplicação do direito nos casos concretos, afirmando Zagrebelsky (2011, p. 153) que certamente os juízes têm uma grande e real responsabilidade na vida do direito, desconhecida nos ordenamentos do Estado de direito legislativo, pois os juízes não são os senhores do

direito no mesmo sentido que era o legislador no passado; os juízes são, mais exatamente, as garantias de complementaridade estrutural do direito no Estado constitucional, são quem garantem a necessária e múltipla coexistência entre lei, direito e justiça para a materialização do justo, pela técnica instrumental, na observação dos fins sociais para a obtenção da justiça.

Considerações finais

Com base no princípio fundamental da cidadania e da dignidade humana, é garantido a todos o trabalho digno, que é um direito humano fundamental, devendo ser pautado no respeito aos direitos e às obrigações contratuais trabalhistas, os quais, para sua validade, devem observar a função social, o equilíbrio entre as partes e a boa-fé, além dos requisitos do artigo 104 do Código Civil.

Sendo o trabalho um direito social, os direitos mínimos vêm garantidos constitucionalmente, mesmo podendo o contrato de trabalho ter estipulação livre nos moldes do artigo 444 da CLT. Contudo, tal estipulação deve sempre ter como norte a justiça social.

A prevalência do negociado sobre o legislado altera a aplicação ampliada e isonômica do princípio protetor, pois restringe e estabelece critérios de ordem econômica e educacional ao trabalhador como limitadores da aplicabilidade plena da proteção aos contratos trabalhistas, em desconsideração das razões históricas em que se pautam a proteção aos direitos trabalhistas nas relações contratuais.

Pela Lei 13.467/2017, a simples condição de subordinação não é o mais simples critério para a aplicação do princípio da proteção. Contudo, o princípio protetor continua como base interpretativa das relações de trabalho, principalmente no que tange à proteção constitucional ao trabalho digno.

Na aplicação e interpretação do Direito do Trabalho a consideração do justo, do digno ao ser humano, relaciona-se com a materialização da justiça social pelo julgador, que deve sempre considerar a realidade social.

A intervenção estatal mínima prevista no artigo 7º da Constituição Federal se justifica ante a desigualdade econômica havida entre empregados e patrões, principalmente ante o fenômeno da flexibilização de direitos emanados do poder econômico que não observa o compromisso com o trabalho digno previsto no artigo 170 da Constituição Federal. Daí a necessária observação do sistema como uma unidade valorativa, com finalidade justa, sendo fundamental o princípio protetor para a interpretação das normas e contratos trabalhistas.

Portanto, é de se concluir que o direito como sistema pautado em princípio de ação, dentro de uma ordem de coerência valorativa, tem a função, por seus poderes (Legislativo e, principalmente, Judiciário), de pautar-se pela manutenção da igualdade entre pessoas estabelecidas em uma relação jurídica, especialmente nas relações de trabalho, utilizando-se de métodos interpretativos de coexistência pluralista e complementar para a materialização da justiça, considerando a atual economia globalizada e a tendência de supressão e flexibilização de direitos dos trabalhadores.

Referências

- ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2004.
- BRAVEMAN, Harry, **Trabalho e capital monopolista: a degradação do trabalho no século XX**. Trad. Nathanael C. Caixieiro. 3ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A., 1987.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.
- CARDOSO, Ciro Flamarion S. **O trabalho compulsório na antiguidade: ensaio introdutório e coletânea de fontes primárias**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2003.
- GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. e ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

- HARVEY, David. **Para entender o capital**. Livro 1. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.
- HUBERMAN, Leo. **A história da riqueza do homem**. Trad. Waltensir Dutra. 21ed. Rio de Janeiro: LTC - livros técnicos e científicos Editora S.A, 1986.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Caloste Gulbenkian, 1991.
- LOSANO. Mário G. **Sistema e estrutura no direito**, vol 2: o século XX. tra. Lucas Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**, 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral di direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**, 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PISCO, Cláudia de Abreu Lima. **Dissídios Coletivos: aspectos controvertidos atuais**. São Paulo: Ltr, 2010.
- SANDEL, Michel J. **Justiça - O que é fazer a coisa certa**. trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 13 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- SUSSEKIND, Arnaldo. Os princípios social-trabalhistas na Constituição brasileira. In **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol. 69, nº 1, jan/jun 2003, disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/1295387/df304c9c-ff39-4ded-af19-3870ff859c29>, acesso em: 21/01/2015.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil - ley, derechos, justicia**. 10 ed, Madrid: Editorial Trotta, 2011.