

AMÉRICO PLÁ RODRÍGUEZ

*Princípios  
de Direito  
do Trabalho*

3ª edição  
atualizada

**LE**<sup>®</sup>  
**BR**

Nenhum dos princípios se prende necessariamente a uma determinada modalidade contratual.

Por outra parte, os princípios têm suficiente amplitude, maleabilidade e elasticidade para ser aplicados em diferentes situações.

Esta é uma das diferenças mais notórias entre os princípios e as normas. Aqueles têm uma órbita de aplicação muito mais ampla tanto no tempo como no espaço.

Isso não significa uma posição imobilista ou anti-histórica, mas uma postura de acordo com a que inspirou o Direito do Trabalho desde que surgiu e que o animou durante toda sua vida.

O Direito do Trabalho, como todo ramo jurídico, não deve ser estático nem ser congelado. O Direito do Trabalho já está em estreito contato com a vida real e, por conseguinte, é particularmente sensível às exigências do mundo dos fatos.

Isso, porém, não quer dizer que mude sua finalidade nem sua razão de ser, nem suas linhas diretrizes. Quer dizer que não deve modificar e muito menos abandonar seus princípios.

Deve continuar fiel a seus princípios, aplicando-os adequadamente à época e às realidades efetivas que se põem em cada momento.

Essa aplicação racional, deve distinguir o permanente do circunstancial, separar o essencial do contingente.

Os princípios não são obstáculo às mudanças exigidas pelos tempos e pelas circunstâncias. Sua própria maleabilidade lhes permite manter a substância mesmo que tudo o mais se mude.

## I. O PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO

### 24. Significado

O princípio de proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador.

Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.

### 25. Denominação

Começemos pelo exame do problema da denominação.

Têm sido utilizadas diversas denominações, mais ou menos aproximadas, porém distintas. Às naturais preferências dos autores que se inclinam, por razões diferentes, por diversas denominações, acrescenta-se no presente caso uma dificuldade mais conceitual: nem todos os tratadistas têm distinguido com clareza entre o princípio geral e as várias formas de aplicação. Isto faz com que muitas vezes se empregue como denominação genérica a forma utilizada para aludir a uma das modalidades de aplicação. Exemplo típico disso nos é dado pelos que empregam denominações como princípio *pro operario* ou princípio mais favorável ao trabalhador<sup>93</sup>.

Dentro do que poderíamos chamar denominações genéricas podemos mencionar *Menéndez Pidal*, que fala do *princípio tutelar*, embora admita que a evolução do direito vai substituindo paulatinamente a noção de tutela, que evoca a idéia de minoridade, pela mais ampla, de proteção pelo que se poderia agora denominar *princípio tutelar protetor*<sup>94</sup>; *Russomano* alude ao *princípio de proteção tutelar*<sup>95</sup>; *Kaskel-Dersch* utilizam a expressão *princípio protetor*<sup>96</sup>; *Barassi* emprega a expressão *favor ao trabalho*<sup>97</sup>; a *Monteiro Fernandes*, que fala do princípio de favorecimento<sup>98</sup>, e a *Adomeit* que o chama de princípio de favorabilidade<sup>99</sup>.

Ainda que todas essas denominações revelem a mesma idéia, preferimos a expressão *princípio de proteção* porque, sem falar de sua brevidade e peculiaridade, traduz de modo fiel e eloqüente a idéia principal que este princípio encerra<sup>100</sup>.

Além disso, têm a vantagem ele projetar-se como uma denominação geral abrangendo as diversas formas de aplicação, sem confundir-se com nenhuma delas.

## 26. Fundamento

O fundamento deste princípio está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho.

Historicamente, o Direito do Trabalho surgiu como conseqüência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Inclusive, mais abusivas e iníquas.

O legislador não pôde mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável.

O Direito do Trabalho responde fundamentalmente ao propósito de nivelar desigualdades. Como dizia *Couture*: "o procedimento lógico de corrigir as desigualdades é o de criar outras desigualdades"<sup>101</sup>.

Esta idéia tem sido expressa por todos os tratadistas, tanto os pertencentes a nossa disciplina como os alheios a ela, os quais a deixam entrever sob outro ponto de vista<sup>102</sup>. *Radbruch* anota: "a idéia central em que o direito social se inspira não é a da igualdade entre as pessoas, mas a do nivelamento das desigualdades que entre elas existem. A igualdade deixa assim de constituir ponto de partida do direito para converter-se em meta ou aspiração da ordem jurídica"<sup>103</sup>. E *Barassi* afirma: "tanto a Constituição como o Código Civil abandonaram o velho e bastante superado princípio da igualdade de direito em que estavam informados os códigos anteriores para acercar-se da igualdade de fato com a proteção do contratante economicamente mais débil"<sup>104</sup>.

A conseqüência desta idéia é que se deve favorecer a quem se pretende proteger. *Cesarino Jr.* a resumiu numa frase sumamente feliz: "Sendo o direito social, em última análise, o sistema legal de proteção dos economicamente fracos (hipossuficientes), é claro que, em caso de dúvida, a interpretação deve ser sempre a favor do economicamente fraco, que é o empregado, se em litígio com o empregador"<sup>105</sup>.

Em certo sentido, isto se limita a estabelecer uma interpretação coerente com a *ratio legis*. Se o legislador se propôs a estabelecer por meio da lei um sistema de proteção do trabalhador, o intérprete desse direito deve colocar-se na mesma orientação do legislador, buscando cumprir o mesmo propósito. Sob este aspecto, o princípio não aparece como estranho aos critérios que se aplicam em qualquer ramo do direito, nos quais o intérprete deve sempre atuar em consonância com a intenção do legislador<sup>106</sup>. E num plano mais concreto assinala *Krotoschin* que o Direito do Trabalho, embora não tenha provavelmente produzido métodos típicos de interpretação, tem sido e continua sendo o que dirige certo movimento interpretativo tendente a introduzir ou aprofundar no direito positivo a idéia da solidariedade social. Trata-se daquela tendência geral que propende a igualar cada vez mais as condições da luta pelo direito em que se encontra o economicamente débil com as do homem opulento e a atenuar os rigores excessivos do direito individual, considerando-se o interesse social. Esta tendência é hoje em dia comum a todo o direito e só se podem estabelecer diferenças quanto à importância que se deve atribuir a suas aspirações ou à força com que ela se faz sentir<sup>107</sup>.

Por isso diz *Caldera* que este princípio "se explica não só sob o ponto de vista social, mas também sob o especificamente jurídico: porque a intenção do legislador nesta matéria foi a de favorecer aos trabalhadores e, portanto, é correto aceitar como critério de orientação tal intenção genérica"<sup>108</sup>.

*Jean L'Homme* expressa idéia similar ao afirmar que o Direito do Trabalho aparece como um direito unilateral porque em seu ponto de partida existe um propósito deliberado, uma preocupação bem definida de favorecer a título exclusivo, ou pelo menos principal, a certas categorias de pessoas. Abandona-se decididamente o princípio da igualdade jurídica. Para compensar a desigualdade econômica que se foi acentuando, cria-se em proveito dos trabalhadores uma série de vantagens que são unilaterais. Os novos privilégios - diz textualmente - permitirão ao trabalhador recuperar, no terreno do direito, o que perdeu no terreno da economia, pois se percebe facilmente que o equilíbrio não é suficiente quando estabelecido unicamente no terreno jurídico<sup>109</sup>.

*Barassi* fundamenta o princípio da interpretação favorável ao trabalhador em duas ordens de razões. Por um lado, a grandiosidade das leis protetoras e asseguradoras, destinadas a tutelar e assistir ao contratante mais débil, o trabalhador, ainda que abstratamente o enquadramento sindical não tolere seja ele considerado como

um indivíduo em atitude de combate frente a cada empresário. Por outro lado, a unidade fundamental do Direito do Trabalho, que reúne todas as normas de um sistema próprio<sup>110</sup>.

*Hueck e Nipperdey* afirmam que uma observação superficial sobre o desenvolvimento histórico do Direito do Trabalho mostra que este se origina da especial necessidade de proteção, primeiro dos operários e depois dos trabalhadores em geral. Em consequência, todo este ramo jurídico está impregnado de especial peculiaridade. Por isso, o Direito do Trabalho é, antes de tudo, um direito protetor dos trabalhadores, entendida a expressão no sentido mais amplo. A especial necessidade de proteção do trabalhador tem duplo fundamento: 1) o sinal distintivo do trabalhador é sua dependência, sua subordinação às ordens do empregador. Essa dependência afeta a pessoa do trabalhador; 2) a dependência econômica, embora não necessária conceitualmente, apresenta-se na grande maioria dos casos, pois em geral somente coloca sua força de trabalho a serviço de outro quem se vê obrigado a isso para obtenção de seus meios de vida. A primeira e mais importante tarefa do Direito do Trabalho foi procurar limitar os inconvenientes resultantes dessa dependência pessoal e econômica<sup>111</sup>.

*Guido Balzarini* observava que o princípio geral de tutela do contratante mais fraco, já presente no direito privado, assume no Direito do Trabalho uma configuração especial. No contrato de trabalho, ficando a paridade dos contratantes excluída por definição, a disciplina do contrato, para lograr a igualdade substancial entre as partes, requer o fortalecimento do contratante mais fraco, ou seja, do trabalhador<sup>112</sup>.

*Valente Simi*, por sua vez, observa que o princípio da tutela preferencial do trabalhador aparece verdadeiramente como o *leitmotif* e a chave do Direito do Trabalho<sup>113</sup>.

Para *Monteiro Fernandes*<sup>114</sup>, o Direito do Trabalho, por sua unilateralidade, assume uma posição inédita na enciclopédia jurídica: oferecer soluções desequilibradas sempre para o mesmo lado. Ao favorecer certos interesses privados (os do trabalhador), o Direito do Trabalho parece desviar-se do modelo estrutural do ordenamento jurídico e vulnerar a geometria clássica da composição dos interesses em conflito.

*Cessari*, acompanhando *Santoro-Passarelli*, afirma que a razão profunda do espírito protetor do Direito do Trabalho é dupla: a inseparabilidade da prestação de trabalho da pessoa do trabalhador e a normal exclusividade da dedicação do trabalhador à empresa, da qual extrai o único ou principal recurso para sua subsistência<sup>115</sup>.

Como se vê, pode-se explicar, justificar e entender este princípio sem recorrer a tão controvertida concepção do direito de classe que foi exposto por *De La Cueva*<sup>116</sup>. Ou seja, que este princípio vigora e é aceito em todo o Direito do Trabalho sem estar ligado nem condicionado a determinada concepção ideológica ou política.

*Montalvo Correa*<sup>117</sup> propôs recentemente, à luz de perspectiva marxista, a interpretação de que o Direito do Trabalho é um meio defensivo da classe burguesa que preferiu limitar as injustiças e proteger o trabalhador, com o objetivo de conservar as vantagens do sistema. Mas em seguida distingue as normas tuitivas dirigidas a agasalhar as reivindicações concretas e as de sentido emancipador, que são as tendentes a promover a autonomia coletiva. Sem prejuízo de assinalar que admitir a existência desta última categoria de normas tira a coerência de sua tese e sem entrar naturalmente no exame da concepção ideológica que o inspira, deve-se particularizar que, de qualquer sorte, se reconhece no Direito do Trabalho um sentido protetor. Qualquer que seja a motivação última que haja originado esse sentido protetor, o importante é reconhecer que ele existe, com o que se confirma a amplitude do reconhecimento.

## **27. Opiniões divergentes**

Contudo, essa aceitação esmagadoramente majoritária não é unânime.

Dois autores brasileiros manifestaram idéias discordantes e, ainda, que em suas exposições se refiram à interpretação mais favorável ao trabalhador (em concreto, à máxima *in dubio pro operário*), o que na realidade questionam é a vigência de todo esse princípio protetor.

O primeiro é *J. Pinto Antunes*<sup>118</sup>, que sustenta que, salvo nos países comunistas, prima em todos os demais Estados o sistema capitalista de produção.

De acordo com esse sistema não se deve admitir a interpretação que ponha em risco o fundamento do regime capitalista de produção, que ele resume numa frase da Constituição brasileira: "Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional"<sup>\*</sup>.

No processo capitalista de produção e no sistema empresarial de concorrência, o trabalho está subordinado à iniciativa, direção e organização do capital.

Por conseguinte, seria inconstitucional o princípio *in dubio, pro operário*, porque seria contrário às bases fundamentais do regime econômico e político.

Decidir em caso de dúvida pelo trabalhador é atuar contra a letra e o espírito do regime, é julgar contra a vontade do Estado, o qual tem na empresa, e portanto, na totalidade do organismo produtivo, o interesse público por excelência. Não são as partes, mas o conjunto que constitui o objeto da preocupação pública.

O intérprete deve ter em vista, acima de tudo, a conservação da vida empresarial e não sacrificá-la aos interesses imediatos e exclusivos de um de seus elementos colaboradores, seja capital ou trabalho,

E acrescenta, textualmente:

"Em caso de dúvida, decida-se pela empresa e tenha o intérprete das leis trabalhistas, na conservação dela, o fundamento político do seu papel constitucional.

"Não nos referimos a essas decisões de interesse medíocre, no sentido conservador do regime, em que, em se decidindo pelo operário, concedendo-lhe mais alguns centavos, não se altera a economia empresária, mas só se contrariam os caprichos patronais. Aí, até o interesse político do direito, de conservar a disciplina social e a confiança no Estado, aconselharia a preferência pelos interesses do operário.

"Mas, nos conflitos de interesse maior em que as decisões trabalhistas decidem, afinal, também, da economia empresária, determinando-lhe a dissolução ou a falência, não se justifica o pieguismo jurídico de uma parcialidade proletária; é uma atitude de vistas curtas se não fora também criminosa, porque contra a segurança do próprio Estado de que é, em última análise, o juiz trabalhista, o instrumento jurado para sua proteção e conservação.

"Há um bem comum na empresa; comum aos elementos humanos da produção, ou, por outra, comum e superior aos interesses privados do empresário e do seu pessoal.

"Nas lutas que se processam, nesse cadinho social, que é a empresa, a intervenção do Estado só se justifica para proteção desse bem superior aos interesses imediatos das partes em conflito; o bem da empresa, que é o da sua conservação e prosperidade, é um bem público; por isso, todos os pactos contra ele são nulos, porque são, outrossim, contra o Estado; na prática, esse bem que se protege, imperativamente, algumas vezes se confunde com o interesse imediato do operário, mas pode identificar-se muitas outras vezes com o interesse patronal ou do capital".

O segundo autor é *Alípio Silveira*, que chega à mesma conclusão de que a máxima *in dubio, pro operário* é faisã, como princípio geral de direito, baseando-se nas seguintes considerações:

- 1) a finalidade do Direito do Trabalho. Modernamente - sustenta esse autor - essa finalidade é o equilíbrio de interesses entre empregadores e empregados, não se limitando à proteção absoluta e *exclusiva* do trabalhador;
- 2) os interesses da empresa, que são de importância fundamental. Não é *possível* sacrificar os interesses da empresa para salvaguardar um único empregado, mesmo que todos os outros empregados sofram;
- 3) o bem comum. Segundo o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, não se deve sacrificar o interesse público a qualquer interesse de classe ou particular. Coincide com o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, pelo qual o juiz deve atender, na aplicação da lei, os fins sociais e às exigências do bem comum; e
- 4) a equidade. Se a dúvida não pode ser resolvida pelos processos comuns de hennênutica, somente será permitido decidir a favor do trabalhador se disso não resultar grave prejuízo para o interesse da empresa (considerada em conjunto) ou para o bem comum [119](#).

Fizemos a exposição minuciosa e quase textual das posições desses dois autores para evitar qualquer distorção na reprodução de seus raciocínios e argumentações.

Creemos que dessa mesma exposição resulta claramente a fragilidade da fundamentação.

No que concerne ao argumento derivado da manutenção do regime capitalista, esse princípio não questiona a capacidade de decisão, na empresa, do proprietário do capital. Justamente o Direito do Trabalho se aplica ao

pessoal *subordinado*, o que está ratificando o reconhecimento de que o poder de direção da empresa está em mãos do empregador.

Mas isso nada tem a ver com o princípio em exame. Trata-se, isto sim, de saber se as normas aprovadas com um propósito protetor devem interpretar-se e aplicar-se, ou não, de acordo com esse propósito inspirador.

Quanto ao argumento derivado da finalidade do Direito do Trabalho, não é exato que seu objeto seja estabelecer o equilíbrio das partes da relação de trabalho. Esse equilíbrio resulta do fortalecimento e do apoio, isto é, da proteção do elemento trabalhador, graças ao qual pode situar-se no mesmo nível que a parte contrária. Ou seja, a paridade resulta da proteção. E essa proteção, que tem o sentido de uma desigualdade compensatória de outras desigualdades, transcende a atitude do legislador para projetar-se na tarefa do intérprete.

Quanto ao argumento derivado da importância da estabilidade e prosperidade da empresa, deve-se ter presente que esse fator teve que ser contemplado pelo legislador para não onerá-la com cargas insuportáveis. Essas determinações do legislador deverão ser respeitadas porque, como logo veremos, esse princípio não autoriza a contrariar o conteúdo da lei, mas justamente o contrário: interpretar sua letra, à luz do espírito da lei, ou seja, de sua própria razão de ser<sup>120</sup>.

Por isso, a imensa maioria dos autores acolhe, com maior ou menor amplitude, esse princípio.

Incluiremos também entre as vozes divergentes o autor argentino *Héctor Ruiz Moreno*<sup>121</sup>, embora sua divergência seja menos frontal que a dos tratadistas brasileiros a que nos referimos. Na realidade, a tese de *Ruiz Moreno* faz um reparo de caráter temporal. Não nega a justificativa do princípio nos primórdios da disciplina, por considerar que, nesse primeiro tempo, havia uma desigualdade entre as partes em decorrência da fraqueza do trabalhador. Mas questiona a permanência do princípio num período, como o atual, em que a desigualdade desapareceu, graças ao fortalecimento da posição do trabalhador resultante da união e do poder que os sindicatos adquiriram.

Sem negar a procedência da observação, pois indiscutivelmente o sindicalismo tem contribuído decisivamente para o equilíbrio das partes, cremos que o abandono do princípio de proteção, proposto por esse autor, deve ser considerado prematuro.

Há ainda muitos setores trabalhistas não sindicalizados ou nos quais o grau de sindicalização é muito baixo. Por isso, justifica-se a manutenção do princípio de proteção para amparar e proteger todo o amplo setor trabalhista que não desfruta do respaldo sindical. Além disso, a manutenção do princípio não prejudica os setores plenamente sindicalizados, uma vez que estes não costumam resolver seus problemas por via judicial - onde é costume utilizar-se desses princípios -, mas à mesa de negociação.

Mas, na perspectiva atual, cabe observar outra consideração nascida do exame dos fatos sociais. Ninguém duvida de que, nos últimos anos, tem aumentado a desocupação em quase todos os países, o que tem gerado, como consequência inevitável, o enfraquecimento dos sindicatos. Nestas condições, não se pode negar que foi restabelecida, na sua forma mais crua, a desigualdade entre as partes e a necessidade da proteção da parte mais fraca.

Mais preocupantes são duas opiniões, também de autores brasileiros, muito atuais e de muito prestígio, que questionam o raciocínio que gerou o princípio de proteção. É certo que não atacam o princípio de proteção como tal, mas conferem categoria de princípio a algumas das regras dele decorrentes; e, sobretudo, a argumentação que expõem e que questiona a fundamentação do princípio.

Refiro-me, em primeiro lugar, a *Octavio Bueno Magano*<sup>122</sup> que, no X Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho, realizado em Montevideu, em abril de 1989, referindo-se à determinação da norma mais favorável, depois de expor o alcance dessa regra e a forma de aplicá-la, assim se expressou:

"O princípio da norma mais favorável harmonizava-se com a visão weberiana do mundo do trabalho, concebida como sociedade-máquina, totalmente burocratizada, racionalizada, na qual cada indivíduo funciona como engrenagem dessa máquina.

"Emerge dessa visão um trabalho despersonalizado, sem poder e sem vontade, que é preciso proteger de uma maneira sistemática e uniforme, por meio de uma legislação rígida e impostergável. A lei protecionista não pode deixar de ser aplicada, constituindo o mínimo de proteção ao qual eventualmente se somam cláusulas de convenções coletivas ou de decisões normativas provenientes da Justiça do Trabalho, desde que mais favoráveis.

"Acontece que o modelo de sociedade industrial, recém-descrito, vai paulatinamente cedendo o lugar ao da sociedade tecnológica.

"Tecnologia significa a sistemática aplicação da ciência a atividades de ordem prática. Pode-se dizer, mais analiticamente, que a tecnologia significa, geralmente, automação, a saber, produção sem interferência do fator humano ou com sua mínima interferência possível, atribuindo-se ao trabalhador apenas tarefas de alimentação e controle; significa a substituição de tarefas respectivas por processo integrado e interativo, baseado em modelos da informática; significa que a atividade do trabalhador não recai mais na materialidade do trabalho ou na habilidade no uso de máquinas e ferramentas e, sim, no controle do sistema produtivo; significa que, na maioria das vezes, ele não maneja, não toca e não vê a matéria a ser transformada, senão por meio de um sistema de televisão de circuito fechado".

E, partindo do avanço tecnológico, chega à flexibilização, cujo aparecimento e desenvolvimento são por ele descritos. Afirma então: "Na perspectiva do Direito do Trabalho flexibilizado, já não se pode dizer que o princípio aa norma mais favorável seja o aspecto de maior relevo desta disciplina".

E termina com esta conclusão: "Do exposto se deduz que o conceito da norma mais favorável já não pode ser considerado como princípio formador do Direito do Trabalho... A idéia da norma mais favorável deve dar lugar, ao longo do tempo, à noção do interesse predominante do trabalhador, reconhecido pelo grupo profissional a que pertence, de modo que suas condições de trabalho possam ser modificadas *in melius* ou *in pejus*, conforme as circunstâncias".

A posição de *Bueno Magano* - como sempre muito inteligente e documentada - tem, a meu ver, a fraqueza de apresentar esta evolução como um processo global e unilinear.

Essa substituição da sociedade industrial pela sociedade tecnológica não é instantânea nem completa. Supõe um longo período de tempo em que convivem ambos os tipos de sociedade e se misturam as situações e os problemas.

Essa substituição de uma sociedade por outra não se produz em todo o mundo (sequer em todos os setores de cada país) no mesmo momento, porque há países mais desenvolvidos e outros menos desenvolvidos e com distintos graus de desenvolvimento. Até dentro de um mesmo país há regiões, setores, grupos que evoluem mais lentamente.

Isto torna muito arriscado aplicar raciocínios, considerações, opiniões nascidas da observação do que ocorre nos países ultradesenvolvidos às realidades da América Latina, que estão muito longe de chegar a esses níveis. É significativo que todos os autores em que se apóia sejam europeus e dos países que estão à frente da evolução.

Por outra parte, nesses esquemas evolutivos, misturam-se previsões, predições, exercícios de futurologia com experiências históricas que se multiplicam até a desfiguração para se encaixarem no quadro que se apresenta.

Outro aspecto que se pode assinalar é que muitos dos profetas dessa evolução são sociólogos, politicólogos ou pensadores que costumam adiantar-se a seu tempo. Podemos estar seguros de que essa evolução vai produzir-se na direção imaginada e que se produzirá no período histórico em que alguém pode atuar, julgar ou prever?

Digamos, afinal, que quase todos esses pensadores têm uma ideologia que procuram propagar, difundir e prestigiar com a mistura de dados reais escolhidos livremente, conforme sejam os mais convenientes à sua tese, com deduções, conseqüências, reflexões que extraem conforme sua concepção ou seus desejos.

É o que ocorre com a flexibilização que tem sido propugnada principalmente por quem tem mentalidade neoliberal.

A segunda alusão se refere ao professor carioca *Arion Sayão Romita*<sup>123</sup> que, num volume publicado em 1995, em homenagem a *Elson Gottschalk* inclui um estudo intitulado "A flexibilização e os princípios do Direito do Trabalho".

Nele reconhece que o princípio de proteção é o princípio por excelência do Direito do Trabalho; mas o desdobra em outros dois princípios: o da norma mais favorável - que ele chama de princípio de favor - e o princípio *in dubio, pro operario* (ao qual assemelha o da condição mais favorável).

E, em seguida, afirma que o princípio de favor é válido, mas não o é de *in dubio, pro operario*. Acrescenta o seguinte parágrafo: "Não há dúvida de que, em sua origem, o Direito do Trabalho era protecionista dos trabalhadores, mas já é um fato a transformação produzida pela fisionomia de nosso Direito no curso de sua evolução histórica: hoje não é exclusivamente protetor das classes trabalhadoras, mas busca também o que sempre teve em mira, normalizar as relações entre empregados e empregadores de modo a assegurar a paz social".

Chega mesmo a afirmar que seria contrário ao direito positivo brasileiro, porque contradiz o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual nenhum interesse de classe em particular prevalecerá sobre o interesse público.

Hoje, não se justifica a rigidez com que as normas trabalhistas regulam as relações individuais e coletivas. Certa flexibilização tem de ser admitida, em nome da eficiência da produção que gera efeitos benéficos para todos, inclusive para os empregados.

Precisamos passar de uma ordem social imposta para um ordenamento jurídico negociado. É a tônica do direito moderno. É preciso que a presença do Estado se transforme no sentido não de impor a ordem social, mas de propiciar aos agentes sociais a regulação autônoma de seus próprios interesses.

Procuramos refletir a posição com exatidão e fidelidade, mas cremos haver verificado nela um enfoque histórico. Inicialmente, considerou-se válida a regra *in dubio, pro operario*, porque os trabalhadores precisavam dessa proteção. Mas, agora, não é mais considerada como tal porque os trabalhadores, graças à organização sindical e a sua ação coletiva, deixaram de estar desprotegidos. Achamos que é um erro de avaliação dos fatos. Reiteramos o que já foi dito neste mesmo parágrafo, no sentido de que o aumento da desocupação e o enfraquecimento dos sindicatos têm tido um sério efeito desprotetor que voltou a manter as desigualdades de uma forma aguda.

Por outra parte, certa dose de flexibilidade sempre existiu no Direito do Trabalho como consequência de sua proximidade da realidade. O fato de subsistir essa dose ou de aumentá-la em termos moderados e razoáveis não vai mudar o sentido das coisas. Por isso não há por que descaracterizar a disciplina, prescindindo de seu princípio básico.

## **28. Divergências menores**

Outra discrepância se situa não no plano da admissão da idéia da proteção, porém no que concerne a saber se o objetivo de proteção que inspira o Direito do Trabalho se traduz em princípio único, expressado em diversas regras, ou se, pelo contrário, se concretiza em distintos princípios, que encerram conteúdos diversos e cumprem funções diferentes.

Com efeito, *Cessari*<sup>124</sup> - com um critério de que parece compartilhar *Rivero Lamas*<sup>125</sup> - distingue entre o princípio de proteção (que justifica uma disciplina uniforme da relação de trabalho tutelando o contratante mais fraco) e o princípio do favor (equivalente ao *Günstigkeitsprinzip* dos alemães, ou seja, em caso de divergência entre várias normas aplicáveis dá-se preferência à mais favorável).

O primeiro tem caráter geral e pretende assegurar o respeito a um nível mínimo de benefícios e direitos, que se convertem em irrenunciáveis.

O segundo se aplica aos casos particulares e serve para elevar ou manter as vantagens, acima do nível mínimo da categoria. Não tende a concretizar uma tutela mínima, porém a máxima, ao fazer prevalecer a posição mais favorável ao trabalhador.

*Cessari* crê que o princípio de proteção inspira o legislador - ou criador de normas trabalhistas, em geral - para estabelecer normas que implantem níveis mínimos de proteção, o que implica uma preferência genérica para o trabalhador, na etapa da elaboração de normas.

Por outro lado, o princípio do favor ocorre na etapa da aplicação, para preferir, entre várias normas aplicáveis a um trabalhador concreto, a mais favorável, e assegurar o respeito das condições mais benéficas.

Disso se infere não haver um princípio que estabeleça uma regra interpretativa ou de hermenêutica, em favor do trabalhador, para selecionar o sentido da norma que mais o beneficia.

E em um plano mais transcendente, entende que não há um conceito único do princípio do favor e que não se podem englobar os dois princípios que distingue, nem estabelecer uma categoria única de proteção.

Entendemos que, sem prejuízo do reconhecimento da importância da distinção e da exatidão das observações quanto aos perfis assinalados, não há razões para desvincular e decompor uma série de regras que têm raiz comum e que, no conjunto, formam um todo harmônico.

Pensamos que se trata simplesmente de distinguir diversos modos de aplicar um princípio único, em planos, formas e circunstâncias diversas. A raiz conceitual e o conjunto de fundamentos que se invocam servem para justificar e vincular todas as modalidades de aplicação.

Por outro lado, a consequência que tira *Cessari* quanto à inexistência de uma regra de hermenêutica - a que nos referiremos ao estudar a regra *in dubio, pro operario* - leva a desconfiar da legitimidade dialética dessa colocação.

Nessa categoria de divergências menores pode-se também mencionar o professor *Monteiro Fernandes*<sup>126</sup>, que procura, em seus justos limites, o alcance e o significado desse princípio. Depois de analisar uma série de situações - que busca resolver com a técnica tradicional de distinguir normas imperativas e dispositivas e fazendo valer o alcance de benefícios mínimos que caracterizam as regras trabalhistas -, sustenta que não se pode prescindir do princípio nem convertê-lo numa espécie de receita universal.

Trata-se de uma posição moderada e comedida frente a uma tendência que pode exagerar na utilização desse princípio em termos de frequência e amplitude. Mas essa preocupação em enquadrá-lo nas técnicas tradicionais leva-o a não salientar suficientemente que, em sua grande maioria, as normas imperativas não são absolutamente imodificáveis, pois podem ser modificadas para melhorar os benefícios do trabalhador. Por outro lado, o princípio tem um jogo de aplicações muito mais amplo, especialmente no terreno da inspiração e da interpretação.

### **29. Alcance**

Aceito o princípio como tal, cumpre estabelecer uma série de precisões sobre seu alcance.

A primeira é que não constitui método especial de interpretação, mas um princípio geral que inspira todas as normas de Direito do Trabalho e que deve ser levado em conta na sua aplicação. Cada fonte deverá ser interpretada de acordo com sua natureza e característica; mas esse princípio preside a atuação em cada uma das fontes. *Pergolesi* particularmente insiste em esclarecer que não se trata de um permissivo outorgado ao juiz ou ao intérprete, para que atuem livremente, como se lhes pareça. Esse poder discricionário do juiz poderia ter sido justificado na etapa inicial em que o Direito do Trabalho estava cheio de lacunas, ou na etapa corporativa, em que ao juiz cabia resolver os conflitos de interesses; mas de modo nenhum cabe na etapa atual do Direito do Trabalho e, muito menos, no marco da fase jurisprudencial que se limita a resolver os conflitos jurídicos<sup>127</sup>.

### **30. Risco de sua aplicação**

A segunda, bastante vinculada à anterior, é a relacionada com a inconveniência da aplicação do princípio. Faz notar *Afonso Garcia* que este princípio se opõe - desde o plano de sua formulação teórica - ao da segurança jurídica, sobretudo quando aquele implicar a aplicação de normas que suponham violação do que este significa. A estabilidade da norma e a estabilidade da relação constituem garantia do ordenamento jurídico<sup>128</sup>.

Creemos que se trata de um risco, de um perigo, da possibilidade de má aplicação, já que, aplicado corretamente e dentro de limites adequados, não há por que conspirar contra a segurança jurídica. Este princípio não dá direito a fazer qualquer coisa em nome da proteção do trabalhador, e muito menos a substituir-se ao criador das normas. Tem um campo de aplicação limitado e mantendo-se dentro dele, não conspira contra a segurança, porém assegura a eficaz e adequada aplicação das normas.

### **31. Pertinência em todas as etapas do Direito do Trabalho**

A terceira é que, em nosso entendimento, corresponde a todas as etapas da evolução do Direito do Trabalho. Alguns autores crêem tratar-se de princípio mais próprio das etapas iniciais do direito laboral. *Hermainz Márquez* assevera: "Quando o Direito do Trabalho teve, sobretudo em seus começos, um claro sentido de direito de classe, de proteção dos economicamente fracos que prestavam um serviço por conta de outrem, foi possível estimar tal norma interpretativa como um autêntico princípio de direito trabalhista. Mas hoje em dia, com o decidido triunfo das tendências objetivas, só pode ter uma aplicação limitada"<sup>129</sup>. De certo modo *Alonso Garcia* compartilha desta observação ao dizer: "O princípio *pro operario* pode ter tido sentido - exercido pelo juiz - nos momentos iniciais do Direito do Trabalho, quando não poucas vezes ele teve de suprir, com sua aplicação e obedecendo ao imperativo legal que o impedia recusar o caso sob pretexto de silêncio, obscuridade ou

insuficiência das leis, o que estas não continham. Neste sentido, nenhuma disciplina, como a que se encontra em período de formação, é tão propícia para o desenvolvimento da iniciativa judicial. Mas, uma vez superada essa etapa inicial e transpostos os limites que assinalam, para o Direito do Trabalho, o terreno de sua formação, incidindo já nos de sua consolidação doutrinária, jurídico-positiva e sistemática, o juiz não pode ampliar sua competência e invadir o que é privativo do legislador. Todos coincidem em estimar não ser o juiz indicado para fazer do princípio *pro operario* um mecanismo de criação de normas. Aplicado por via legal, inclusive, afirma-se que é princípio em crise, cuja época de máximo desenvolvimento correspondeu às ocasiões em que o Direito do Trabalho era disciplina em formação, mas cuja força e sentido têm decrescido acentuadamente nos tempos atuais, quando o direito laboral é já um ramo jurídico, com seus conceitos plenamente elaborados e com um conjunto normativo regulador das diversas situações possíveis dentro do mundo do direito” [130](#).

Em nossa opinião, em sentido idêntico ao expressado por *Fernández Gianotti*[131](#), essa observação não é exata. O critério de interpretação tanto é válido quando as normas são poucas e rudimentares como quando são muitas e aperfeiçoadas, porque sua função não é substituir nem suprir o legislador, mas respeitá-lo, cumprir seus mandamentos até suas últimas conseqüências, atuando nos casos de dúvida, na conformidade com o seu espírito e com seu critério fundamental. Se o legislador é movido por um propósito protetor, o intérprete também deve estar animado do mesmo critério, qualquer que seja a etapa em que se encontra o desenvolvimento deste ramo do direito.

Não compartilhamos, além disso, a idéia de que, no plano legislativo, o propósito protetor esteja em crise. Que o Direito do Trabalho não aborde mais os temas primários e elementares, porém que melhore as regulamentações, abarque outros aspectos mais difíceis, ou se introduza em temas diversos, não significa que haja mudado sua orientação fundamental, consubstanciada na proteção do trabalho [132](#).

Conforme expressa acertadamente *Pérez Leñero*, "a tutela, como baseada na justiça e em uma forma especial dela, a equidade, não pode ser transitória. A tutela sempre terá sua razão de ser no desnível econômico, que se manifesta no contrato de maneira substancial. Nesse sentido, não se pode falar em transitoriedade. Somente em uma acepção meramente política, metajurídica, portanto, poder-se-ia talvez falar em transitoriedade, mais no terreno legislativo e jurisprudencial, onde dado seu caráter apolítico, jamais caberia aquele excesso político de circunstâncias de captação ou de medo” [133](#).

### **32. Consagração no direito positivo**

O quarto ponto, no que concerne ao alcance do princípio, versa sobre a necessidade ou desnecessidade de consagração no direito *positivo*.

Entendemos, coincidindo com *Kaskel-Dersch*[134](#) e novamente com *Fernández Gianotti*[135](#), que não é necessária tal consagração, porquanto a própria natureza do princípio o situa acima do direito *positivo*. Por outro lado, ele resulta da orientação de todo o conjunto de normas, do propósito que as inspira, da idéia central que opera com razão de ser essencial.

*Bayón Chacón* e *Pérez Botija* expressam que esses princípios interpretativos "são simples postulados que, sociologicamente em primeiro lugar, e depois juridicamente, por meio de disposições legais ou por resoluções judiciais, se converteram em critério de orientação do legislador e do juiz, em defesa da parte que se considerou mais débil na relação laboral, para restabelecer, com um privilégio jurídico, uma desigualdade social" [136](#). E, em seguida, reforçam esses dois ilustres autores espanhóis a mesma idéia de que são princípios que não requerem prévia consagração formal, ao acrescentar: "São imperativos morais que se impuseram, pelos meios indicados, a serviço de um pensamento de justiça social, para equilibrar a inferioridade contratual do trabalhador, e que hoje aparecem inclusive refletidos, por vezes, em normas legais e mesmo aludidos em preceitos constitucionais".

Desde logo, é necessário não haver norma oposta que exclua ou impeça sua aplicação. Seu valor não pode ser tal que se imponha contra uma norma de direito positivo. Poderá aplicar-se sem ela, mas não contra ela.

Sem prejuízo do que acabamos de afirmar, muitos sustentam a utilidade e a conveniência de que se acolha no direito positivo, como meio de eliminar discussões e equívocos [137](#).

### **33. Forma de recepção no direito positivo**

A quinta precisão refere-se à forma pela qual este princípio pode ser acolhido pelo direito positivo.

A recepção pelo direito positivo pode ocorrer de duas maneiras distintas, seja em forma substantiva, seja em uma forma instrumental.

A forma substantiva consiste em incorporar à norma constitucional ou a uma norma programática de especial significado, como é o caso do *Fuero del Trabajo* na Espanha, algum princípio genérico de proteção ao trabalho, ou que ponha o trabalho sob a proteção do Estado.

A forma instrumental se traduz na incorporação de regras de interpretação que incluam, seja o princípio geral, seja algumas das formas de sua aplicação. Por exemplo, quando se estabelece, em um Código do Trabalho ou lei orgânica da Justiça do Trabalho, normas referentes a como se devem interpretar as leis do trabalho.

### **34. Sua incorporação ao direito Uruguaio**

Finalmente queremos aludir à forma pela qual este princípio foi incorporado ao direito positivo uruguaio.

Essa incorporação ocorreu na forma que denominamos substantiva, com a inclusão no texto constitucional, desde a Carta de 1934, de algumas disposições no capítulo "Direitos, Deveres e Garantias", as quais estabelecem a proteção do trabalho pelo Estado.

A norma básica nesse sentido é a consubstanciada no art. 53, que reza: "O trabalho está sob a proteção especial da lei", Advirta-se a ênfase que decorre do qualificativo utilizado: proteção especial da lei. O constituinte não se limitou a dizer, como no caso de outros bens e valores, que devem ser protegidos pelo legislador. Agregou esta palavra singela, porém deveras significativa – *especial* - para dar a entender a intensidade, a força, a amplitude, a profundidade dessa proteção. É difícil consagrar com maior clareza e de maneira mais incisiva esse princípio de proteção, Por outro lado, a fórmula utilizada tem o mérito de sua brevidade e simplicidade.

A referida norma confirma e explicita a afirmação genérica contida no art. 7º: "Os habitantes da República têm direito a ser protegidos no gozo de sua vida, honra, liberdade, segurança, trabalho e propriedade. Ninguém pode ser privado destes direitos a não ser na conformidade das leis que se estabelecem por razões de interesse geral". Repare-se no pormenor de que a expressão "*trabalho*" (que representa o valor que personaliza o trabalhador) é colocada antes da expressão "*propriedade*" (que representa o *valor* que simboliza e defende o empresário). Na medida em que se dá preferência à defesa do trabalho, isto é, do trabalhador, em relação à defesa da propriedade, isto é, do empresário, reafirma-se a idéia substancial que inspira o princípio de proteção. O dispositivo é desde logo desenvolvido por outras normas constitucionais, sendo a principal o art. 54: "A lei reconhecerá aos que se acharem em uma relação de trabalho ou serviço, como trabalhador ou empregado, a independência de sua consciência moral e cívica; ajusta remuneração, a limitação da jornada; o repouso semanal e a higiene física e moral. O trabalho das mulheres e dos menores de dezoito anos será especialmente regulamentado e limitado", Pode-se também citar o art. 57: "A lei promoverá a organização de sindicatos gremiais, concedendo-lhes franquias e ditando normas para reconhecer-lhes personalidade jurídica. Promoverá do mesmo modo a criação de tribunais de conciliação e arbitragem. Declara-se que a greve é um direito sindical. Sobre esse fundamento se regulará o seu exercício e efetividade", que lança as bases fundamentais de um direito coletivo do trabalho, estruturado para garantir e consolidar os instrumentos de defesa, destinados a regular, em forma profissional e extra-estatal, as relações laborais. O tom afirmativos e propulsor, emanado de cada uma das frases do artigo, revela o sentido protetor do dispositivo.

Isso significa, portanto, que em nosso direito o princípio de proteção tem uma clara base constitucional [138](#).

### **35. Formas de aplicação**

Resta ainda determinar que são as formas de aplicação desse princípio.

A quase uniformidade que existe quanto à aceitação e enunciado desse princípio não se verifica, pelo contrário, no que concerne à descrição ele suas formas de aplicação.

Com efeito, do mesmo modo como é quase unânime o reconhecimento do princípio de proteção, é amplíssima a diversidade de opiniões sobre as maneiras em que ele se expressa e concretiza.

Dada essa vasta diversidade de opiniões, limitar-nos-emos a formular nossa exposição, advertindo que pouquíssimos autores a tem apresentado desta forma, embora não creiamos que isto se deva a discrepâncias

fundadas, seja em objeções formais contra esta exposição, seja na circunstância de não se haver dedicado a este ponto de vista toda a atenção necessária, ou de havê-lo enfocado com um critério unilateral ou parcial, que não permitiu distinguir com a suficiente clareza várias formas aparentadas, mas distintas, da aplicação do princípio.

É evidente que, na multiplicidade de fórmulas expostas, influi também o *equivoco* inicial a que já fizemos referência, sobre a confusão entre o princípio genérico e uma de suas formas de aplicação, que leva ao que denominaremos uma das formas derivadas; apresentando-se esta como enunciado geral, esse ponto de partida errôneo interfere em todo o desenvolvimento posterior<sup>139</sup>.

Entendemos que este princípio se expressa sob três formas distintas:

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

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

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

Desta exposição segue-se que se trata de três regras distintas, resultantes do mesmo princípio geral, sem que se possa considerar uma regra subordinada ou derivada de outra.

#### **A) Regra *in dubio, pro operario***

#### **36. Significado**

Acabamos de definir esta regra, asseverando que é o critério segundo o qual, no caso de que uma norma seja suscetível de entender-se de vários modos, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao trabalhador.

Expliquemos agora o significado desta regra, as condições em que deve ser aplicada, os âmbitos que lhe não correspondem, as formas de sua aplicação e o modo como tem sido acolhida no direito positivo.

#### **37. Justificativa**

De acordo com *Deveali*, podemos dizer que o reconhecimento do caráter especial do Direito do Trabalho importa em rechaçar o princípio admitido no direito privado, segundo o qual os casos duvidosos devem resolver-se a favor do devedor (*in dubio, pro reo*). Este princípio, que numa primeira fase fora amplamente aplicado mesmo no campo das relações laborais, por considerá-las como exceções aos princípios do direito privado, não pode mais ser admitido, uma vez que se reconhece a autonomia do Direito do Trabalho, admite-se seu caráter especial e aceita-se que sua finalidade consiste em outorgar um amparo à parte mais débil no contrato de trabalho; parte mais débil que, justamente em consequência de sua debilidade, se acha, na maioria dos casos, na situação de parte credora.

Se o direito privado aceita o princípio do *favor pro reo* é porque, na generalidade das relações civis ou comerciais, o devedor é o mais fraco e necessitado. Mas nas relações laborais ocorre exatamente o contrário, posto que, na generalidade dos casos, o trabalhador, cuja situação de debilidade frente ao empregador constitui o pressuposto básico do direito laboral, apresenta-se como credor frente a seu empregador.

No Direito do Trabalho deve-se, portanto, não só recusar o princípio do direito privado, como também, em virtude do mesmo processo lógico que o justifica, admitir outro princípio, que normalmente resultará antagônico ao *in dubio, pro operario*.

No direito laboral a função objetiva do princípio é similar à que, no direito penal, cumpre o princípio *in dubio, pro reo*.

### 38. Questionamento

A justificação desta regra hermenêutica tem sido questionada.

*Cessari*<sup>140</sup>, que inicialmente frisou que não se poderia reduzir o favor em benefício do trabalhador ao simples aspecto interpretativo, já que assim se reduziria sua fecundidade no verdadeiro plano transcendente, que é o da criação de normas - o que é perfeitamente correto e importa de qualquer modo em atribuir-lhe um papel nesse plano, ainda que não exclusivo -, acaba por negar a existência de um critério especial que leve a interpretar sistematicamente a favor do trabalhador as normas que lhe sejam aplicáveis. Entende não ser necessário recorrer a critérios interpretativos peculiares, porquanto a aplicação dos critérios gerais conduz, quase sempre, à mesma conclusão. E enfatiza especialmente o caso da interpretação das cláusulas dos contratos individuais de trabalho, entendendo que, sendo na prática o contrato de trabalho um contrato de adesão, a interpretação deve ser feita em favor da parte que não redigiu o texto, segundo a regra que em nosso Código Civil está consagrada no art. 1.304.

Através dos raciocínios e exemplos que apresenta, concluiu-se que a exposição de *Cessari* está excessivamente influenciada pelo problema de possíveis conflitos entre normas procedentes de fontes distintas; sem advertir que em tal pressuposto cabe a aplicação de uma regra diferente.

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

Uma observação original, formulada de outro ponto de vista, foi feita por *Ramírez Bosco*<sup>141</sup>, que assinala que "este princípio *in dubio* - transcrevemos textualmente - contém certa contradição lógica e até facilita um modo de resolver as questões capaz de diminuir ou desprestigiar a função judicial. Com efeito, a dúvida de direito tecnicamente não existe para um tribunal que o que faz, no exercício da jurisdição, é precisamente dizer o direito e não opinar sobre ele. A dúvida poderia tê-la o juiz como indivíduo, mas, exibi-la publicamente sem exibir, por sua vez, as vias de solução e os critérios de preferência, sejam ou não definitórios e sejam ou não completamente convincentes para ele, não pode senão contribuir para o desprestígio público da função judicial. Na realidade, o princípio *in dubio*, no que concerne à dúvida de direito, propõe-se resolver um problema que, na essência, do ponto de vista da técnica jurídica, não pode existir, uma vez que 'os juizes não podem deixar de julgar a pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência das leis' (art. 16, Cód. Civil)".

Discorremos sobre esta posição por sua originalidade, mas não porque a partilhemos. Cremos que não se desprestigia a justiça quando o sentenciante expõe com sinceridade os motivos pelos quais chega a sua sentença. E essa sinceridade pode levá-lo, em certos casos, a expor, entre os argumentos complementares ou decisivos, a aplicação desta regra *in dubio, pro operario*, o que supõe a existência de argumentos, num sentido e em outro, de força similar ou equivalente. Esta consideração não é de menor categoria que outras, mas está intimamente ligada ao princípio de proteção que ocupa lugar tão fundamental no Direito do Trabalho. Não vemos, por isso, que deva ser usado de uma maneira tímida ou dissimulada. A nosso ver, o que pode desprestigiar mais a justiça é um questionamento incompleto - e, portanto, insincero - das autênticas motivações que tenham levado à sentença.

### 39. Condições de sua aplicação

As condições de sua aplicação são expostas também com muito acerto por *Deveali* da seguinte forma<sup>142</sup>:

- a) somente quando exista dúvida sobre o alcance da norma legal; e
- b) sempre que não esteja em desacordo com a vontade do legislador.

Relativamente à primeira condição, o notável autor ítalo-argentino assinala que não merece esclarecimento, por estar implícita no próprio enunciado do princípio. Não obstante, não é assim tão simples.

Desde logo, isto exclui a dúvida colocada por *Cabanellas* sobre se o princípio é somente *pro operario* ou é *in dubio, pro operario*<sup>143</sup>. Pensamos que tal perplexidade deriva da possível confusão engendrada por aqueles que denominam o princípio de proteção de princípio *pro operario*. Todavia a regra que estamos examinando, como sua similar do direito penal, pressupõe uma dúvida autêntica, ou seja, que só se deve aplicá-la quando

efetivamente uma norma é suscetível de ser interpretada de diversas maneiras, isto é, quando há uma verdadeira dúvida.

Não se trata de corrigir a norma, nem sequer de integrá-la: somente cabe utilizar esta regra quando existe uma norma e unicamente para determinar-lhe o verdadeiro sentido, entre os vários possíveis. De sorte que, quando uma norma não existe, não é possível recorrer a este procedimento para substituir o legislador e muito menos é possível usar esta regra para afastar-se do significado claro da norma. Ou para atribuir-lhe um sentido que de modo nenhum se pode deduzir de seu texto ou de seu contexto.

*Barassi* insiste em que somente se pode recorrer a esta regra em caso de dúvida sobre o alcance da norma escrita. "Não se deve pensar que, em homenagem ao espírito dos tempos, se possa exceder, não apenas os limites da forma literal, mas também os do espírito da lei, tal como resulta objetivamente do conjunto das normas... Não se deve crer que se possa sempre integrar a fórmula legislativa em homenagem ao fim protetor a que se propõe a lei. Há silêncios e reticências legislativas não fortuitas, mas provavelmente meditadas, de modo que em tal hipótese é preciso agarrar-se ao critério - por si tão mecânico e talvez falaz - oposto ao da analogia, e que é o de *ubi lex voluit dixit*... Com efeito, em leis como estas em que a finalidade protetora leva o legislador a estender o mais possível a regulamentação tutelar com fórmulas habitualmente meditadas e amplas, é necessário entender, melhor ainda, que, se a interpretação duvidosa de uma fórmula deve ser conciliada com o fim e a economia geral da lei, uma lacuna ou um silêncio não deverão ser integrados às pressas, naquele sentido unilateral, porque não se pode excluir a possibilidade de que a lacuna desejada represente uma homenagem ao equilíbrio entre os contratantes." [144](#)

E um autor tão favorável ao trabalhador como *De La Cueva* escreve: "Fala-se do princípio, em caso de dúvida deve resolver-se a controvérsia em favor do trabalhador, posto que o Direito do Trabalho é eminentemente protecionista; o princípio é exato, mas sempre e quando exista verdadeira dúvida acerca do valor de uma cláusula de contrato individual ou coletivo ou da lei, mas não deve ser aplicado pelas autoridades judiciais para criar novas instituições" [145](#). E algumas linhas antes havia dito: "Interpretar o Direito do Trabalho conforme sua natureza não significa criá-lo e, se isto é possível no direito civil, quando existem lacunas na lei, não pode ser feito no do trabalho, pela já assinalada função diferente das fontes formais do direito. E note-se que o desconhecimento dessa regra tem sido causa de inúmeras mudanças de jurisprudência, pois o Tribunal, pretendendo substituir-se e por vezes adiantar-se às Juntas, tem modificado sua maneira de pensar para conceder aos trabalhadores vantagens econômicas que as Juntas não encontravam consignadas em nenhuma norma. O Direito do Trabalho é um mínimo de garantias em benefício dos operários, não tudo a que têm direito; entretanto, nem outros procedimentos nem a jurisprudência são os veículos de sua evolução" [146](#).

Relativamente à segunda condição, *Deveali* adverte que à interpretação literal deve preferir aquela que parte da vontade do legislador, ou seja, a *ratio legis* ou o espírito da lei. Isso obriga a levar em conta, muitas vezes, que a lei tencionou não apenas contemplar os interesses dos trabalhadores, mas também harmonizar os interesses obreiro-patronais com os da coletividade; que às vezes prescinde da consideração da situação pessoal para levar em conta a finalidade social; que muitas vezes se preferem deliberadamente soluções *forfaitaires* ou tarifárias, nas quais se ampliam casos contemplados, sob a condição de dirimir a reparação ou, inversamente, que uma medida de amparo especialmente intensa esteja acompanhada de uma disposição que reduza notavelmente seu campo de aplicação; ou seja, à maior intensidade corresponde uma menor extensão; e que às vezes, por razões práticas ou econômicas, se dá preferência a soluções parciais ou menos perfeitas. Em todos esses casos - acrescenta - o intérprete, ao investigar a *ratio legis*, deve levar em conta que o legislador, ao mesmo tempo em que se propôs outorgar um benefício, preocupou-se em evitar que a nova norma ocasionasse certos inconvenientes. Somente dessa forma - conclui - se interpreta fielmente a vontade do legislador e se evita o perigo de que uma norma deixe de produzir os efeitos a que se propõe, ou ocasione prejuízos que o legislador quis evitar.

Entendemos que embora sejam exatas cada uma das observações referentes aos critérios com os quais se elabora a legislação social, assim como é correta a afirmação básica de que se deve respeitar a vontade do legislador, reputamos perigosa certa subestimação que parece deduzir-se a propósito da letra da lei. Em quase todos os nossos países continua vigorando o critério interpretativo derivado do Código Napoleônico, segundo o qual quando o sentido da lei é claro não se desatenderá seu teor literal a pretexto de consultar seu espírito. Entendemos que, além de ser obrigatório por estar vigorando, é este um fator de estabilidade.

Por outro lado, diminuir a importância da interpretação literal conspira de certo modo contra a outra condição exposta, porquanto pode contribuir para criar artificialmente uma dúvida, invocando a prioridade da vontade do legislador sobre o sentido da disposição aplicável.

Creemos, portanto, que, com essa ressalva, a segunda condição proposta por *Deveali* é correta para evitar que este critério, que pretende constituir uma forma de fidelidade à vontade do legislador, se desvirtue, convertendo-se em uma forma de contradizê-la.

#### 40. Limitações

Cumpra agora examinar que limitações tem a aplicação dessa regra interpretativa.

Foram propostos três limites.

O primeiro se refere a sua possível aplicação em matéria de prova dos fatos.

*Benito Pérez* sustenta que a regra se aplica para interpretar a norma jurídica porque é uma forma de atuar em conformidade com a *ratio legis*; porém, em troca, não se justifica sua aplicação na apreciação da prova porque os fatos devem chegar ao juiz tal como ocorreram, "Uma coisa é a interpretação da norma para valorar seu alcance e outra muito diferente é a apreciação de um meio de prova para decidir a *litis*", acrescentando, com base em decisões jurisprudenciais argentinas, que esse princípio não permite suprir deficiências probatórias no processo nem autoriza a sentenciar *ultra petita*, já que as regras formais do processo continuam vigentes<sup>147</sup>.

Essa posição não é compartilhada por *Santiago Rubinstein*<sup>148</sup>, que sustenta que "a dúvida do julgador pode resultar da interpretação de um texto legal ou da aplicação de uma norma a um caso concreto e também da valoração das provas trazidas pelos partes ao processo, sendo aplicável dito princípio à todas essas hipóteses e, em especial quando se pretende determinar se tal ou qual norma corresponde a um fato concreto, ou seja, 'a subsunção do fato à norma ou sob a norma'. Os fatos no processo do trabalho adquirem importância fundamental e obrigam os juízes à sua análise e valoração, para a obtenção da verdade e a eliminação da dúvida".

Trata-se de um tema no qual divergem ilustres juristas<sup>149</sup>. O problema despertou muito interesse na Argentina com a modificação introduzida pela Lei n. 21.297, de 23.4.76, na primitiva redação do art. 9º da Lei n. 20.744, de 22.9.74, conhecida como Lei do Contrato de Trabalho. O teor original do segundo parágrafo da citada disposição legal dizia: "Se a dúvida recair na interpretação ou alcance da lei, ou na avaliação da prova nos casos concretos, os juízes ou encarregados de aplicá-la decidirão no sentido mais favorável ao trabalhador". O texto atual eliminou essa referência à avaliação da prova, limitando-se a estabelecer: "Se a dúvida recair na interpretação ou alcance da lei, os juízes ou encarregados de aplicá-la decidirão no sentido mais favorável ao trabalhador". Alguns autores acharam que essa mudança de redação resolveu o problema no sentido negativo.

*Vázquez Vialard*<sup>150</sup> não atribui caráter decisivo a essa variante legislativa, que teria substituído uma norma obrigatória por uma norma que não ordena, mas tampouco proíbe a aplicação dessa regra nesta matéria. Seria facultativo para o juiz. Mas se opõe à utilização desse critério, por entender que nenhum dos argumentos expostos pelos partidários da extensão aos problemas fáticos é decisivo ou contundente para afastar o juiz de seu papel tradicional de neutralidade, que mede com a mesma medida ambos os litigantes. Propugna, em vez, pela participação mais ativa do juiz no processo para alcançar as vantagens do imediatismo, de modo a encontrar a verdade real por trás das palavras.

A nosso juízo, cabe aplicar a regra dentro desse âmbito em casos de autêntica dúvida, para valorar o alcance ou o significado de uma prova. Não para suprir omissões, mas para apreciar adequadamente o conjunto dos elementos probatórios, tendo em conta as diversas circunstâncias do caso.

Entendemos que as mesmas razões de desigualdade compensatória que deram origem à aplicação deste princípio justificam que se estenda à análise dos fatos já que, em geral, o trabalhador tem muito maior dificuldade do que o empregador para provar certos fatos ou trazer certos dados ou obter certas informações ou documentos<sup>151</sup>.

Uma forma especial de encarar esse problema é a do *onus probandi* em matéria trabalhista: a quem compete o ônus da prova?

A posição tradicional sustenta que o ônus da prova incumbe a quem efetua afirmações, e que somente cabe afastar-se desse critério básico nos casos em que o legislador estabeleceu presunções, que supõem uma inversão do ônus da prova<sup>152</sup>.

Porém, com um maior conhecimento prático das realidades discutidas nos dissídios trabalhistas, começou a desenvolver-se, até se tornar predominante, a posição que estende a regra *in dubio, pro operario* inclusive a esse campo. Apesar da vigência do sistema inquisitório, continua importante o problema do ônus da prova, entendendo-se que, na medida em que se aborda esse problema, o trabalhador merece uma consideração especial. Não apenas pela desigualdade básica das partes, nem somente pelo estado de subordinação em que se encontra muitas vezes o trabalhador, mas também pela natural disponibilidade de meios de prova que tem o empregador e que contrasta com a dificuldade que possui o trabalhador nesse aspecto<sup>153</sup>.

O segundo foi exposto pelo autor mexicano *Cavazos Flores*, propondo que, quando a dúvida recair sobre a forma de administrar ou dirigir uma empresa, a solução deve ser a de inclinar-se em favor do patrão,

Recolhendo suas palavras textuais, sua posição é esta: "Em suma, as regras de interpretação do Direito do Trabalho encontram seu apoio em todos os princípios que enunciámos, particularmente o de que no caso de dúvida se deve resolver em favor do trabalhador. De nossa parte estamos de acordo com isto, acrescentando que os novos sistemas de administração científica do trabalho, e sua aplicação consciente nas empresas consideradas como unidades econômico-sociais, trazem como consequência que o princípio enunciado sofra a exceção, que vem a confirmá-lo, de que, quando a dúvida recaia sobre questões de caráter administrativo ou de direção, deve-se resolver em favor do patrão. Dessa forma não se regateiam ao trabalhador nenhum de seus direitos e ratifica-se ao empresário sua faculdade de decidir, de dirigir e de administrar seu negócio, de acordo com seus interesses particulares, sempre e quando com isso não se chegue a ferir o interesse primário da coletividade<sup>154</sup>.

Não temos a honra de compartilhar dessa posição. Acreditamos que as razões nas quais se fundamenta este princípio são válidas para justificar sua aplicação em todo o Direito do Trabalho, sem zonas excluídas nem marginalizadas. Não há motivos que amparem essas exceções. Isso não quer dizer que se desconheça o poder de direção do empregador, que deve ser exercido dentro de seu âmbito, como consequência da responsabilidade da direção econômica da empresa.

A terceira limitação a recorda *Tissembaum*<sup>155</sup> acompanhando *Deveali*<sup>156</sup>, relativamente às leis de previdência social, às quais não se aplicaria este princípio.

De certo modo torna-se óbvia essa particularidade, porque estamos nos referindo unicamente ao Direito do Trabalho e o Direito da Previdência Social constitui uma disciplina distinta que, embora esteja profundamente ligada à anterior, é diferente.

É realmente certo que em matéria de previdência social se discutem quais os critérios interpretativos aplicáveis. Embora *Videla Morón*<sup>157</sup> sustente que se continua aplicando a regra *in dubio, pro operario*, *Deveali* afirma que em cada caso se deve medir a diferente intensidade dos interesses e *Goñi Moreno*<sup>158</sup> procura uma conciliação entre ambas as posições, sustentando que não se deve preferir sistematicamente a interpretação mais favorável, para uma ou para outra parte, mas que se deve atentar para a finalidade da lei.

Não fundamentaremos nossa posição, pois, embora nos inclinemos pela tese de *Videla Morón*<sup>159</sup>, entendemos que se trata de um problema alheio a nossa exposição e muito mais complexo que o que vimos examinando. Daí simplesmente registrarmos o esclarecimento de *Tissembaum*.

#### **41. Formas de aplicação**

A respeito das formas de aplicação cumpre fazer algumas ponderações.

A primeira é que pode ser aplicado tanto para estender um benefício como para diminuir um prejuízo. *Martins Catharino* lembra uma máxima latina que exprime a mesma idéia: *odiosa restringenda, favorabilia amplianda*<sup>160</sup>.

A segunda é que se pode efetuar a aplicação desta regra por graus. É também *Martins Catharino* quem sustenta que a regra se aplica em progressão decrescente, em função da maior remuneração percebida pelo trabalhador. Ou seja, que a intensidade e o rigor de sua aplicação seriam inversamente proporcionais ao montante da retribuição. E acrescenta, a título de exemplo, para esclarecer seu pensamento: "Seria absurda a aplicação da regra, com igual peso e intensidade, a casos, mesmo iguais, estando envolvidos empregados ganhando salário mínimo e altos-empregados, quase empregadores. Sem dosagem condizente e objetiva a regra seria imprestável e até odiosa"<sup>161</sup>.

A terceira consideração é que pode haver diversidade de aplicação, conforme a norma trabalhista que se deva interpretar.

Não há dúvida de que se deva aplicá-la, quando se trata de interpretar a lei.

Também não cremos que haja dúvida no caso dos contratos individuais de trabalho e dos regulamentos de empresa, hipóteses nas quais se pode também invocar, como argumento adicional, a norma interpretativa contida no art. 1.304 do Código Civil, segundo a qual qualquer dúvida deve ser interpretada contra quem redigiu o texto obscuro ou ambíguo. Normalmente, tanto um como outro tipo das mencionadas normas têm sido redigidos pelo empregador.

A verdadeira dificuldade surge, a rigor, com as convenções coletivas, já que alguns autores, como *Barassi*<sup>162</sup> e *Tissembaum*<sup>163</sup>, por exemplo, sustentam que a origem desta norma mostra que desapareceu a situação de inferioridade do trabalhador que, fortalecido pela união, move-se em plano de igualdade com o empregador. Em

que pese a autoridade dos tratadistas que sustentam a tese da não-aplicabilidade, pensamos que não procede a distinção efetuada. É sabido que toda norma trabalhista tem um propósito protetor. Que esse propósito tenha sido concretizado pelo legislador em um texto legal ou pelo sindicato em uma convenção coletiva, atuando como representante dos próprios trabalhadores, não altera substancialmente as coisas. O certo é que a norma está inspirada pela finalidade de proteção ao trabalhador e, em consonância com essa finalidade, a aplicação deve efetuar-se com intuito de proteção, ou melhor, resolve os casos de dúvida em favor de quem deveria ser protegido. Não que se suponha que a norma esteja mal redigida ou que padeça de ambigüidade ou de outras deficiências, como consequência da debilidade do trabalhador individual a quem se vai aplicar a norma. A desigualdade que se deve compensar surge no momento da aplicação e não no da elaboração da norma, por isso não interessa a forma pela qual tenha sido constituída.

A quarta consideração é a de que a aplicação dessa norma deve ser feita com moderação. *Deveali* acolhe a opinião de *Greco*, segundo a qual essa regra só se justifica dentro de certos limites e deve ser aplicada com cautela<sup>164</sup>.

A quinta consideração é formulada por *Alonso Garcia*, no sentido de que, no caso de dúvida sobre qual a interpretação mais favorável ao trabalhador, a equidade aconselha adotar-se a opção do próprio trabalhador<sup>165</sup>.

#### **42. Recepção pelo direito positivo**

Finalmente observemos que em diversos países essa norma foi acolhida no direito positivo<sup>166</sup>; isso, porém, não constitui requisito indispensável à sua aplicação.

Não há, no Uruguai, nenhuma norma expressa que consagre essa regra, embora tenha sido ampla e reiteradamente acolhida pela jurisprudência e doutrina nacionais.

Citemos, entre múltiplos exemplos possíveis, este parágrafo contido numa sentença do então único Tribunal de Apelações do Trabalho, de 30.5.86: "Em caso de dúvida, essa decisão levará o juiz a recorrer aos princípios gerais do Direito do Trabalho, da equidade, da boa-fé e levar em especial consideração o princípio de proteção que constitui o pilar fundamental do Direito do Trabalho, cuja finalidade é restabelecer o equilíbrio da relação desigual entre patrão e trabalhador"<sup>167</sup>.

Entre exemplos mais recentes, podemos mencionar este parágrafo de uma sentença de 8.9.94 do Juizado L. de Trabalho do 3º Turno: "Quanto ao mais, no caso aplica-se o princípio *in dubio, pro operario*, segundo o qual, em caso de dúvida, a situação deve ser resolvida a favor do trabalhador"<sup>168</sup>.

Em outra sentença do Juizado do 9º Turno, de 7.4.95, se diz: "Que no caso aplicará o sentenciante o princípio *in dubio, pro operario*, que tem sua raiz, razão de ser e sua substância na justiça social"<sup>169</sup>.

Numa sentença do Tribunal de Apelações do Trabalho do 1º Turno, de 9.3.94, se diz: "E se alguma dúvida restasse seria aplicável o princípio *in dubio, pro operario*"<sup>170</sup>.

Para completar essa série de exemplos, que poderíamos continuar indefinidamente, aludiremos a um acórdão da Suprema Corte de Justiça de 20.9.96, no qual se expressa: "Não é aplicável ao caso a regra ou princípio *in dubio, pro operario*, uma vez que é justamente a existência ou não da relação de trabalho que está em discussão"<sup>171</sup>.

Esta última citação demonstra como, em todas as escalas hierárquicas da Justiça, admite-se normalmente a regra sem necessidade de fundamentá-la, assim como a abrangência de sua aplicação: serve para resolver uma dúvida relacionada com a atividade de um trabalhador, mas não para decidir se uma pessoa é ou não dependente.

### **B) Regra da norma mais favorável**

#### **43. Importância**

Começemos por ressaltar o significado dessa regra.

Diz *Russomano* que ela opera como o princípio solar do Direito do Trabalho contemporâneo, capaz de por em movimento toda a imensa estrutura social<sup>172</sup>. Veremos que, enquanto inverte a hierarquia das normas empregadas até agora, tem enorme transcendência prática, que faz recordar aquela que, na concepção do firmamento, teve em sua época a revolução copernicana.

#### 44. Alcance

Vejamos, porém, concretamente, qual é seu alcance. *Afonso García*<sup>173</sup> distingue dois sentidos: um impróprio e outro próprio. O sentido impróprio nasce não da existência de várias normas aplicáveis a uma única relação, mas da existência de uma só norma aplicável, embora suscetível de vários significados. Trata-se de saber qual desses significados deve ser aplicado. Na realidade, neste sentido se confunde com a regra anterior: *in dubio, pro operario*. O sentido próprio, por outro lado, surge quando existem várias normas aplicáveis a uma mesma situação jurídica. Esta regra só surge verdadeiramente nesta última situação.

A rigor, como observa o mesmo autor, o problema não deveria ocorrer, já que o hermetismo da ordem jurídica deveria considerar o problema resolvido. Com efeito, entre normas de hierarquia diferente, dever-se-ia considerar aplicável a de grau superior e, entre as de igual hierarquia, dever-se-ia fazer prevalecer a promulgada mais recentemente.

Contudo, é justamente a aplicação do próprio princípio da norma mais favorável que torna questionável o pressuposto e que outorga ao Direito do Trabalho, sob este aspecto, caráter peculiar.

Não se aplicará a norma correspondente dentro de uma ordem hierárquica predeterminada, mas se aplicará, em cada caso, a norma mais favorável ao trabalhador<sup>174</sup>. Como disse *Cessari*, a aplicação deste princípio provoca uma espécie de quebra lógica no problema da hierarquia das fontes, que altera a ordem resultante do modelo, no qual as fontes se harmonizam em razão da importância do órgão de que provêm<sup>175</sup>. O eminente autor brasileiro *Amauri Mascaro Nascimento*<sup>176</sup> assinala a respeito: "Ao contrário do direito comum, em nosso direito, entre várias normas sobre a mesma matéria, a pirâmide que entre elas se constitui terá no vértice não a Constituição Federal, ou a lei federal, ou as convenções coletivas, ou o regulamento de empresa, de modo invariável e fixo. O vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma mais favorável ao trabalhador dentre as diferentes normas em vigor".

O característico no Direito do Trabalho é que cada uma de suas normas fixa níveis mínimos de proteção. Ou seja, nada impede que acima desses níveis - que determinam o piso, porém não o teto, das condições de trabalho, como diz o mesmo autor - possam ir sendo aprovadas outras normas que melhorem aqueles níveis de proteção.

Como explica *De La Cueva*, com sua clareza característica, "a lei é o ponto de partida, é o mínimo que não se poderá diminuir, mas não representa o direito, que necessariamente há de reger as relações obreiro-patronais. As demais fontes formais têm uma importância maior do que a que lhes é dada no direito civil; não se trata de preencher lacunas, mas de criar o direito que há de ser aplicado.

"Dentro desse critério se poderia dizer que as fontes formais do Direito do Trabalho, costume, convenção coletiva, etc., derogam a lei, não conforme o conceito usual de derrogação, mas no sentido de que a tornam inoperante.

"E quem quiser conhecer hoje em dia a situação real dos trabalhadores mexicanos não deverá recorrer à lei, mas às outras fontes formais e em especial às convenções coletivas.

"Diante de várias normas, provenientes de diferentes fontes formais, deve-se aplicar sempre a que mais favoreça aos trabalhadores"<sup>177</sup>.

Focalizando o problema com outra terminologia, *Deveali* diz que a situação se apresenta na maioria dos casos devido ao caráter inderrogável das normas legais - e em alguns países, como no nosso - das cláusulas de determinadas convenções coletivas; inderrogabilidade que, quase sempre, tem caráter relativo, isto é, admite a possibilidade de derrogações por dispositivos de menor hierarquia, quando estes se tornem mais benéficos para os sujeitos protegidos, ou seja, para os trabalhadores.

Admitem-se, por conseguinte, o predomínio das cláusulas mais favoráveis de uma convenção coletiva e as normas de uma lei.

A inderrogabilidade relativa que se traduz em uma derrogação relativa constitui nota característica do Direito do Trabalho, sendo raros os casos de normas de ordem pública que não admitem, de forma absoluta, sua derrogação [178](#).

Quisemos fazer referência a esta colocação formulada por *Deveali* por sua originalidade, e não porque a julgamos correta.

A norma legal menos favorável de uma convenção coletiva, por exemplo, não fica derogada, porquanto continua produzindo seus efeitos em favor de todos aqueles trabalhadores não compreendidos pela outra norma, de hierarquia inferior, porém mais favorável. Como assinala *De La Cueva*, não ocorre a derrogação no sentido tradicional da expressão, mas a conversão da norma em inoperante. Normalmente, porém, essa inoperância não é geral, mas parcial.

#### **45. Limite**

Pelo contrário, reputamos correta a colocação final de que nem todas as normas de Direito do Trabalho se limitam a marcar o nível mínimo de proteção, senão que, às vezes, marcam um nível invariável ou, como se diz entre nós, um nível máximo e mínimo ao mesmo tempo [179](#). São as normas que *Deveali* chama de ordem pública.

*Cessari* também emite o mesmo conceito ao explicar que o princípio da inderrogabilidade das normas trabalhistas admite exceção, quando conduz a um tratamento mais favorável ao trabalhador. Mas não exige ser demonstrado - dada a absoluta conformidade de opiniões sobre o tema - que a mesma regra vale, em geral, para todas as normas trabalhistas, exceto quando haja sido imposta a inderrogabilidade absoluta, hipótese em que prevalecem as exigências de ordem pública [180](#).

*Mascaro Nascimento*, coincidentemente, assevera que a prevalência das disposições mais favoráveis ao trabalhador se aplica, salvo lei proibitiva do Estado. A prevalência da lei proibitiva do Estado resulta do fato de que tal atitude se torna necessária quando o bem comum exige sacrifícios momentâneos de vantagens aparentes, em benefício de determinadas categorias econômicas ou mesmo dos trabalhadores, em geral. Por exemplo, uma convenção coletiva que fixe salários acima dos níveis oficiais, como no direito brasileiro atual, é ineficaz porque viola uma lei positiva. Essa norma é de garantia da coletividade e não do trabalhador. Objetiva melhorar a organização social e não a proteção do trabalhador [181](#).

Porém, como essas leis proibitivas constituem normas excepcionais que se diferenciam das comuns do Direito do Trabalho, devem estabelecer de alguma maneira, de forma expressa, seu caráter de ordem pública [182](#).

#### **46. Aplicação desta regra**

Passemos agora a examinar o problema da aplicação desta regra, o que é muito mais difícil do que determinar seu significado e seu alcance.

Acompanhando *Deveali*, podemos dizer que esse problema da aplicação pode desdobrar-se em dois: o do critério e o da unidade de medida que se deve utilizar para decidir, em cada caso concreto, qual a norma ou grupo de normas ou de cláusulas mais favoráveis para o trabalhador, às quais se deve dar prevalência.

Com relação ao critério, acreditamos que tenha sido *Durand* [183](#) quem expôs com maior precisão e clareza a solução, propondo os seguintes princípios orientadores:

1) a comparação deve ser efetuada considerando o conteúdo das normas. Não pode, entretanto, compreender as conseqüências econômicas longínquas que a regra possa ocasionar. Pode ocorrer que uma convenção coletiva, impondo às empresas um ônus muito pesado, seja geradora de desemprego e provoque uma perturbação econômica aos trabalhadores. Nem por isso deixa de ser considerada mais favorável, se o estatuto que estabelece é, em si mesmo, preferível ao da lei;

2) a comparação das normas deve levar em consideração a situação da coletividade trabalhadora interessada e não de um trabalhador tomado isoladamente. A disposição de uma convenção coletiva que prejudicasse um conjunto de trabalhadores seria nula ainda que, por circunstâncias especiais, pudesse ser vantajosa para um trabalhador isolado;

3) a questão de saber se uma norma é ou não favorável aos trabalhadores não depende da apreciação subjetiva dos interessados. Ela deve ser resolvida objetivamente, em função dos motivos que tenham inspirado as normas;

4) o confronto de duas normas deve ser feito de uma maneira concreta, indagando se a regra inferior é, no caso, mais ou menos favorável aos trabalhadores. Uma cláusula de escala móvel, admitindo a revisão dos salários, no caso de variação do custo de vida em 10%, em elevação ou em baixa, enquanto o coeficiente legal de revisão é ele 5%, será julgada prejudicial em caso de alta do custo de vida, posto que impede a revisão dos salários, enquanto teria sido favorável no caso de baixa, retardando a diminuição dos salários; e

5) como a possibilidade de melhorar a condição dos trabalhadores constitui uma exceção ao princípio da intangibilidade da regra imperativa hierarquicamente superior, não se pode admitir a eficácia de uma disposição inferior, embora se possa duvidar de que seja efetivamente mais favorável aos trabalhadores.

#### **47. Unidade de medida para a comparação: teoria do conjunto ou da acumulação**

O problema de unidade de medida para estabelecer a comparação deriva do fato de que muitas vezes uma nova norma contém algumas disposições favoráveis e outras prejudiciais.

Como se estabelece a comparação? Devem ser comparadas as duas normas em seu conjunto ou tomada de cada norma a parte que seja mais favorável ao trabalhador?

Foram expostas as duas posições. A que sustenta que as normas devem ser comparadas em seu conjunto é a doutrina que foi chamada da incindibilidade ou, utilizando uma palavra italiana, do *conglobamento*. Quer dizer, da consideração global ou de conjunto. *Deveali* o chama de critério orgânico, porque considera o caráter unitário de cada regime, estabelece a comparação entre os dois regimes em seu conjunto e exclui a possibilidade de aplicar simultaneamente disposições de um regime e de outro, prescindindo do respectivo caráter unitário.

A que sustenta que podem ser extraídas de cada norma as disposições mais favoráveis é a chamada teoria da acumulação. Somam-se as vantagens extraídas de diferentes normas, ainda que sejam de origem diversa. É o que *Deveali* chama de teoria *atomista*, porque não toma o todo como um conjunto, mas a cada uma de suas partes como coisas separáveis.

Alguns autores pronunciaram-se pela teoria da acumulação. É essa a posição de *Pergolesi*, que a considera a mais consentânea com o espírito da legislação social, mesmo advertindo que não poderá ser aplicada quando resulte clara a vontade das partes no sentido de acordar uma solução indivisível e de conjunto [184](#). *Caldera* parece inclinar-se para essa mesma solução [185](#). E *Mazzoni* cita a jurisprudência italiana, inclusive a de cassação, como voltada decididamente para a teoria da acumulação, especialmente no que se refere às relações entre a lei de emprego privado e os usos [186](#).

A maioria, porém, se inclinou pela teoria da incindibilidade ou do conjunto. *Barassi* sustenta que a regulamentação convencional constitui um todo inseparável, que não pode ser tomado parcialmente, como poderia fazer a abelha escolhendo uma flor entre as flores [187](#). *Greco* é mais incisivo ao qualificar a posição contrária como "um critério de sabor eminentemente demagógico que, especialmente no caso da convenção coletiva, rompe a unidade da disciplina sindical da relação de trabalho e viola a harmonia, o equilíbrio e a vinculação orgânica entre as diferentes condições estabelecidas na convenção [188](#). *Pérez Botija* e *Bayón Chacón* afirmam que na Espanha se aceita "a teoria italiana do *conglobamento* que, tanto na exegese jurisprudencial como através da doutrina científica, se conhece como princípio da norma mais benéfica em seu conjunto" [189](#).

*Deveali* inclina-se por essa mesma tese, mas de forma mais moderada. Com base no art. 6º da Lei argentina n. 14.250, entende que se deve considerar o conjunto das cláusulas referentes a cada instituição de Direito do Trabalho. É possível, pois, tomar disposições de normas distintas, sempre que se refiram a temas diferentes, entendendo-se por temas um dos institutos de Direito do Trabalho [190](#).

*Cessari* [191](#) coloca a possibilidade de ampliar as opções, apresentando, em lugar das alternativas tradicionais, quatro posições:

a) teoria do conjunto;

b) teoria da incindibilidade dos institutos;

c) teoria da incidência das cláusulas; e

d) teoria da acumulação.

Descartadas as duas posições extremas por seu radicalismo e suas dificuldades de aplicação, reduz-se a opção, em geral às outras duas posições intermediárias, mais moderadas e razoáveis. Dada a diversidade de conceitos que pode conter a expressão "cláusula", assim como a forma muito diferente de distribuir uma negociação em cláusulas e a função bastante variada que cada uma delas pode cumprir, parece mais racional e lógico estabelecer a comparação entre os institutos, que pressupõem necessariamente uma unidade conceitual e orgânica.

Uma posição análoga é a exposta por *Kaskel-Dersch*, que sustentam que a comparação não pode ser feita, levando em conta cada uma das regras das diferentes normas. Porém tampouco seria lícito proceder a uma comparação de todas as condições de trabalho das normas consideradas. Pelo menos, não seria esse o caminho adequado em todos os casos. Correto seria um caminho intermediário entre ambos os extremos: comparar em conjunto unicamente as condições de trabalho que estão intimamente relacionadas entre si, ainda quando se achem separadas exteriormente. Em um caso concreto pode ser duvidosa a existência de relação íntima. Em princípio, deve-se resguardar de uma amplitude exagerada ao considerar como correlacionadas entre si disposições de índole diversa. Será melhor conservada a idéia fundamental deste princípio se somente se confrontarem os grupos de condições homogêneas de ambas as normas, Por exemplo, unicamente as condições relativas à remuneração, às férias, etc. [192](#).

E, de certo modo, *Durand*, que parece filiar-se à teoria da acumulação, inclinava-se também por uma solução prática muito próxima da anterior: "A aplicação de uma norma pode ser fragmentada, com a condição de respeitar a vontade de seus autores. Concebe-se a aplicação parcial de uma regra de direito cujas diversas disposições sejam independentes umas das outras. Porém, quando o ato de vontade forma um todo que não se pode dissociar, quando diversas disposições se equilibram e se justificam umas pelas outras, a impossibilidade de conservar somente parte do ato tem como conseqüência o desaparecimento da disposição inteira" [193](#).

*Camps Ruiz* [194](#) conclui uma longa exposição sobre o debate doutrinário produzido na Itália e Espanha, afirmando que o problema básico está, então, em determinar quais são as unidades mínimas inseparáveis de confrontação. Nessa tarefa, o decisivo deve ser a vontade da lei, prevalecendo, em caso de vontades não coincidentes, a da norma de categoria superior. Trata-se, pois, de um problema de interpretação a ser resolvido pelo juiz em cada caso, de um processo de busca cuja norma configurou como unidade indivisível.

Parece ser esta a posição mais razoável: o conjunto que se leva em conta para estabelecer a comparação é o integrado pelas normas referentes à mesma matéria, que não se pode dissociar sem perda de sua harmonia interior. Mas não se pode levar a preocupação de harmonia além desse âmbito.

### C) Regra da condição mais benéfica

#### 48. Significado

A regra da condição mais benéfica pressupõe a existência de uma situação concreta, anteriormente reconhecida, e determina que ela deve ser respeitada, na medida em que seja mais favorável ao trabalhador que a nova norma aplicável.

Como se vê, embora esta regra esteja bastante relacionada com as anteriores, distingue-se de ambas. Da primeira - *in dubio, pro operario* - por ser mais geral, aparecer na realidade como manifestação da mesma e ter formulação jurídico-positiva expressa. Da segunda, por acarretar uma aplicação de norma de favor, embora não referida à caracterização geral, mas a uma situação concreta e determinada.

*Pérez Leñero* [195](#) sustenta que a diversidade e multiplicidade de conceitos e formulações desta regra podem originar-se dos dois conceitos que a integram em sua denominação: condição e benefício.

Segundo esse autor, a condição pode ser entendida como: a) norma aplicável a uma situação concreta, entre várias de possível aplicação; b) situação geral, de fato ou de direito, para todos os trabalhadores ou para os de uma mesma profissão; c) situação particular de fato, voluntariamente outorgada pela empresa, ou de direito, concedida pela lei anterior. A primeira das acepções é a hipótese na qual atua a regra anterior dentre essas normas, aplicando-se ao trabalhador a mais benéfica, em razão do caráter tutelar que inspira o legislador e portanto seu intérprete. A segunda é uma conseqüência da eficácia dos usos e costumes que, como fontes do direito, vêm, em suma, a integrar-se no mesmo problema anterior. Somente resta, portanto, como específica, a terceira situação.

Quanto ao conceito de mais benéfica, como conceito relativo e comparativo, é suscetível também de várias acepções, conforme o termo de comparação: tempo, conteúdo, outras indústrias, profissões, indivíduos, etc. O direito não pode atender senão aos conteúdos, já que outros critérios individuais e pessoais podem influir somente se, por sua vez, repercutirem também no conteúdo. Ora, dentro desse conteúdo cumpre distinguir se o ponto de referência é o conteúdo global ou o parcial, o que nos envolve novamente em problema similar ao colocado com referência à regra anterior pelas teorias da acumulação e da incidibilidade.

Tudo isto nos mostra como pode tornar-se difícil, na prática, distinguir esta regra da que anteriormente examinamos. Para isso, recorreremos a um exemplo bem ilustrativo, pelo significado e hierarquia da norma na qual está contido. A alínea 8ª do art. 19 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho estabelece: "Em nenhum caso se poderá admitir que a adoção de uma convenção ou de uma recomendação pela Conferência, ou a ratificação de uma convenção por qualquer membro torne sem efeito qualquer lei, sentença, costume ou acordo que garanta aos trabalhadores condições mais favoráveis que as que figuram na convenção ou na recomendação". Esta norma é a consagração da regra da norma mais favorável ou da regra da condição mais benéfica? Aparentemente de ambas, pois, mesmo quando se refere à lei, costume ou acordo (na suposição de que seja coletivo), parece referir-se à primeira; quando alude a sentença ou acordo (no sentido de contrato individual de trabalho) está-se referindo à segunda, ou seja, à que estamos estudando agora. Vemos, então, como estão estreitamente vinculadas ambas as regras e como, muitas vezes, é difícil distingui-las, na prática.

#### **49. Alcance desta regra**

Parece-nos conveniente esclarecer, a título de contribuição para traçar o perfil do alcance desta regra, que, se o preceito da preferência pela norma mais favorável tem sua aplicação nos Casos de concorrência de normas de origem diferente, esta regra tem seu âmbito próprio na sucessão derogatória de normas, ou, em outras palavras, pretende: resolver os problemas de direito transitório em matéria trabalhista.

Tem menor importância prática que a outra regra devido ao caráter progressista de muitas das novas normas em Direito do Trabalho, que tendem, em geral, a introduzir melhorias.

Esta regra funciona nos casos de sucessão normativa, garantindo o respeito aos níveis alcançados com a norma derogada, ou seja, que estabelecem a manutenção dos tratamentos obtidos pela aplicação de normativa anterior se mais benéficos ou se não contemplados pela normativa substitutiva.

A outra grande diferença que tem esta regra, com relação à outra que examinamos anteriormente, é que esta representa uma garantia *ad personam*. Tem, pois, uma projeção particular para cada trabalhador.

Quando há condições mais benéficas que permitem invocar a aplicação desta regra?

Seguindo *Ojeda Avilés*<sup>196</sup>, podemos dizer que três requisitos se fazem necessários:

1) que sejam condições de trabalho, entendidas em sentido amplo, ou seja, não só as condições de trabalho propriamente ditas, mas também as condições de trabalho que se concedem no trabalho realizado por conta alheia: alojamento, alimentação, roupa, bolsas, gratificações, etc.

Não se incluem as condições de representação, negociação ou conflito. Tampouco as expectativas de direito nem as interinidades.

2) que sejam mais benéficas, o que importa a comparação entre duas regulações distintas, ou seja, que a relação de trabalho tenha nascido sob o império da antiga norma. Os trabalhadores admitidos na empresa após a sucessão normativa não podem alegar uma situação que não conheceram;

3) que tenham sido reconhecidas ao trabalhador. Como esta regra equivale a uma defesa do *status* alcançado pelo trabalhador na empresa, embora sua base de apoio tenha sido destruída, exige-se que tenha preenchido os requisitos necessários para o nascimento do direito. Excluem-se, pois, as condições que não chegaram a ser exercidas sob a norma antiga, pois não se cumpriram, nem uma só vez, os requisitos necessários para isso.

A aplicação desta regra pode obstar à racionalidade empresarial, pois leva a que, num mesmo estabelecimento, haja trabalhadores com diferentes níveis de benefícios.

Por isso, tem-se procurado estabelecer alguns limites.

O primeiro deles é eliminar explicitamente a aplicação da norma mediante uma expressa disposição contida na normativa posterior.

O segundo deles deriva da concorrência de uma norma mais favorável. As condições mais benéficas constituem obrigações inativas, de escassa competitividade com as condições geradas por normativas mais recentes. É fácil e comum que novas normas superem as condições que provêm do passado, razão pela qual estas vão sendo automaticamente substituídas.

O terceiro provém das cláusulas de compensação, também chamadas de absorção.

*Montalvo Correa*<sup>197</sup> e *Camps*<sup>198</sup> classificaram os tipos de compensação em dois: vertical ou quantitativo, quando a condição mais benéfica é anulada pela mesma condição melhorada da normativa aplicável, e horizontal ou qualitativo, quando a norma aplicável ordena sua anulação por outras condições de espécie diferente, que podem pertencer ao mesmo gênero ou instituição trabalhista (compensação horizontal de grau mínimo); a gênero diferente, embora conserve certa afinidade com a unidade de medida (compensação horizontal de grau médio), ou a gênero diferente sem nenhuma afinidade (compensação horizontal de grau máximo).

Na realidade, convém observar que a chamada compensação vertical não é propriamente um limite, mas uma circunstância que impede que se dêem os requisitos para a aplicação da regra. Por exemplo, paga-se mais salário, embora se calcule de outra maneira: a condição anterior não é mais benéfica, mas menos benéfica.

A anulação de uma condição mais benéfica pode produzir-se por uma compensação isolada ou simples, se a normativa atual determina a extinção de uma vantagem específica por outra; ou mediante compensação global, se se comparam conjuntos de condições, quer sejam do mesmo gênero (conglobação homogênea) ou de todo gênero (conglobação indiscriminada ou heterogênea) nas normativas que se contrastam.

Cabem, ainda, novas distinções sobre qual é a norma que deve reconhecer as cláusulas de absorção, mas isto nos levaria a temas de direito positivo, pois toda esta temática costuma ser regulada por normas constitucionais ou legais diferentes em cada país, o que dificulta seu tratamento teórico.

### **50. Recepção pelo direito positivo**

Esse exemplo, extraído do direito positivo, obriga-nos a esclarecer que não é necessário que esta regra seja acolhida em uma norma expressa do direito positivo.

Reconhecemos que é freqüente incluir-se um esclarecimento deste conteúdo nos laudos ou em convenções coletivas. Para não citar senão um exemplo entre as centenas que poderíamos mencionar, recordemos a Disposição Geral n. 14 do laudo do Grupo 50 (Instituições de Saúde e Assistência), de 27.12.65, que diz: "As vantagens de qualquer ordem (horas de trabalho, remunerações, licenças, etc.) superiores às estabelecidas por este laudo e de que gozem atualmente os trabalhadores devem ser mantidas, salvo se derogadas expressamente pelo presente"<sup>199</sup>. Com as mesmas palavras, ou similares, encontraremos uma disposição análoga em quase todos os laudos ou convenções coletivas.

Creemos que, ainda que não existisse tal norma esclarecedora, esta regra seria do mesmo modo aplicável. Com efeito, nesse caso vige o mesmo conceito básico, expressado a propósito da regra anterior, no sentido de que cada norma estabelece um nível mínimo de proteção. Em consequência, cada norma serve para melhorar e não para piorar a situação do trabalhador, já que, se sob algum aspecto o trabalhador desfruta de um nível superior de proteção ao que lhe quer dar a norma, esta se torna inoperante. Não altera a situação do trabalhador.

Disto se deduz também que pode haver exceções; elas devem porém ser expressas. À semelhança da regra anterior, devemos dizer que, sempre que se queira estabelecer uma solução diferente da geral, será necessário um dispositivo expresso e inequívoco. Por outro lado, esse dispositivo deve provir de uma norma de hierarquia superior, que seja apta a suprimir uma vantagem outorgada por alguma outra norma. Pensamos que somente se poderia estabelecer por via legal. Claro que essa norma elucidativa pode ser concreta, referida a uma disposição ou a uma vantagem determinada, ou pode ser geral, abarcando todas as situações descritas ou atribuindo o caráter de máximo ao nível de vantagem estabelecido pela norma.

## **51. Sua aplicação em casos de denúncia ou modificação de convenções coletivas**

Um caso particular de aplicação, especialmente estudado por *Cessari*<sup>200</sup>, à luz do direito italiano, é o relacionado com a situação que surge da denúncia de uma convenção coletiva ou substituição de uma convenção por outra, que suprima alguma das vantagens contidas na primeira.

A solução deste problema depende da opinião que se tenha relativa à teoria da incorporação das normas da convenção coletiva nos contratos individuais de trabalho, que durante muito tempo foi aceita sem maior discussão.

No caso de se admitir essa teoria, por efeito automático da convenção coletiva, suas normas se incorporarão ao contrato individual de cada trabalhador, razão pela qual as maiores vantagens outorgadas pela convenção coletiva anterior podem ser invocadas individualmente por cada trabalhador.

A nova convenção coletiva ou, no caso da simples denúncia, o regime geral resultante das outras normas vigorará para os novos trabalhadores que se incorporarem ao estabelecimento, mas não poderá justificar a deterioração das condições de trabalho daqueles que se vinham beneficiando de um regime mais favorável.

No caso de não se admitir a mencionada teoria, os benefícios concedidos por uma convenção coletiva atuarão enquanto vigorar a dita convenção. Caso essa convenção seja substituída ou denunciada, seus efeitos não poderão prolongar-se além da vigência efetiva da convenção coletiva anterior. Nenhuma norma estabelece a sobrevivência das convenções coletivas,

Devo esclarecer que, após a última edição do livro, novas leituras e reflexões me levaram a rever minha opinião favorável à teoria da incorporação<sup>201</sup>.

## **52. Conseqüências da aplicação desta regra**

Segundo *Alonso Garcia*<sup>202</sup>, a aplicação prática desta regra da condição mais benéfica implica estas duas conseqüências:

1) quando se estabelecer uma regulamentação ou disposição de caráter geral, aplicável a todo um conjunto de situações trabalhistas, estas ficarão alteradas em suas condições anteriores, desde que não sejam mais benéficas ao trabalhador do que as recentemente estabelecidas; e

2) salvo disposição expressa em contrário, a nova regulamentação deverá respeitar, como situações concretas reconhecidas em favor do trabalhador, ou trabalhadores interessados, as condições que lhes resultem mais benéficas do que as estabelecidas para a matéria ou matérias tratadas - ou em seu conjunto - pela nova regulamentação.

O mesmo autor assinala que, se forem analisados os diferentes textos relativos a esta regra, é possível distinguir dois problemas diferentes. Um deles é o da *fixação de condições de trabalho mais benéficas* que as anteriormente desfrutadas, o que se pode fazer através de lei, acordo das partes, uso ou costume, convenção coletiva e, inclusive, por simples decisão unilateral. O outro é o de *respeito a essas condições* mais vantajosas, o qual somente se pode obter através de norma legal, uso ou costume e convenção *coletiva*, sem que a vontade unilateral nem a concordância de ambas as partes possam, diretamente, estabelecer a vigência do princípio para determinadas situações. Nós diríamos que as partes - e muito menos uma delas - não podem impedir que se estabeleçam exceções à aplicação desta regra.

Assim mesmo, assinala esse ilustre professor espanhol que o sentido de preferência que esta regra implica, em suma, opera em duas direções: uma, restritiva; outra, ao contrário, extensiva.

Opera restritivamente, desde que pela aplicação do referido princípio as partes se vêem forçadas (o empresário, sobretudo) a manter aquelas condições que dão lugar a situações mais vantajosas ao trabalhador do que as que desfrutará se lhe for aplicada a nova regulamentação.

Opera extensivamente na medida em que, embora indiretamente, pela aplicação do mesmo princípio, seja possível às partes estabelecerem condições superiores, mais benéficas do que as mínimas legalmente fixadas.

### **53. Quais as condições mais benéficas que devem ser respeitadas**

Finalmente queremos referir-nos ao problema colocado por outro autor espanhol - *De La Lama Rivera*<sup>203</sup> - sobre quais são as condições mais benéficas que devem ser respeitadas.

Segundo ele, são condições mais benéficas somente aquelas que tiverem sido estabelecidas com tal caráter, de forma definitiva. Portanto, aquelas que tiverem sido outorgadas, tácita ou expressamente, em caráter provisório, isto é, com vida limitada no tempo, não podem ser invocadas.

Argumenta que, além de respeitar melhor a intenção das partes, a aplicação de um critério rigoroso nesta matéria pode ocasionar dois tipos de inconvenientes: a) econômicos, os quais podem significar um encargo muito pesado para a empresa, que pode não estar em condições de suportar definitivamente o peso desse encargo, determinando seu fracasso e sua ruína, com todas as conseqüências que podem ser imaginadas; b) psicológicos, sabendo-se que pode constituir fator de retração para a outorga de outras vantagens ou benefícios o fato de que qualquer vantagem que se outorgue, mesmo transitória, deve converter-se em inalterável.

Por isso acredita existirem "duas espécies de condições favoráveis: 1) aquelas que produzem efeitos legais, sendo juridicamente exigível seu cumprimento, por serem fonte de direitos subjetivos; 2) as de cumprimento inexigível por estarem baseadas unicamente na liberalidade do empresário, sem criar direito subjetivo algum, por não ser essa a vontade do mesmo. Costumam também estar ligadas a fatos ou atos determinados. São anuláveis a qualquer momento".

Esta colocação tem a virtude de chamar a atenção sobre o fato de que, muitas vezes, as condições mais favoráveis são meramente provisórias e fugazes, em conseqüência ou do desempenho interino de um cargo, ou de algum acontecimento extraordinário que origina uma sobrecarga circunstancial de trabalho.

Não cremos porém que isso possa levar à conseqüência a que chega esse autor, de admitir a possibilidade da existência de condições mais favoráveis que não devam ser respeitadas, por não ter sido essa a vontade do empregador.

Entendemos não se tratar de um problema de vontade unilateral, mas de ajuste aos fatos, que se deverá resolver com a ajuda do critério de razoabilidade, imprescindível na aplicação de todo o Direito do Trabalho.

Se, na prática, os fatos demonstram que se tratava de um benefício meramente transitório, uma vez finda a situação que o originou, pode ser tornado sem efeito.

Entretanto, se é um benefício que se prolongou além da circunstância que lhe deu origem, ou que não esteja ligado a nenhuma situação transitória especial, devemos concluir que constitui condição mais benéfica, que deve ser respeitada.

Não se trata, pois, de nomes, denominações nem intenções, mas interpretação racional das realidades.

## **II. O PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE**

### **54. Plano**

É um princípio em que há um acordo unânime dos autores quanto a sua vigência e importância, se bem que possa haver diferenças quanto a seu alcance, sua fundamentação e significado.

Trataremos de expor de preferência a linha central de coincidência de opiniões, assinalando também aqueles aspectos polêmicos ou as diferentes opiniões que se apresentam frente a certos pontos intensamente debatidos.

Começaremos por dar o conceito, para em seguida estudar sua justificação, determinar seu alcance e examinar os principais problemas que sua aplicação suscita, terminando pela comparação com uma série de figuras similares ou análogas à renúncia.

Exponemos, a seguir, a evolução do regime de prescrição em matéria trabalhista em nosso país e o sistema atualmente em vigor.