

AMÉRICO PLÁ RODRÍGUEZ

Princípios de Direito do Trabalho

3ª edição
atualizada

LE_R

Dados da obra:

3ª Edição – 2000

ISBN 85-7322-652-8 - Código 1960.1

Depois de publicada a 2ª edição e sucessivas reimpressões, vem a lume esta 3ª edição, alterada pelo autor para atualização da obra, sem, contudo, fugir da estrutura primitiva do livro, que tanta repercussão causou no mundo jurídico do trabalho, não só pela autoridade de seu autor como pela necessidade do estudo dos princípios em que se fundamenta esse ramo do Direito.

O Direito em geral, como ciência que é, não pode prescindir de estudar seus princípios fundamentais, porque constituídos de 'proposições diretoras de uma ciência'.

Américo Plá Rodriguez, autor uruguaio conhecido e reconhecido mundialmente na área trabalhista, naquilo que ela possui de científico, deu-nos esta magistral obra, traduzida para o vernáculo pelo eminente Wagner D. Giglio, ex-Juiz do TRT da 9ª Região e Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Como já disse o festejado e saudoso autor espanhol Pérez Botija, ao se manifestar sobre a configuração do Direito do Trabalho através de princípios que delineiam sua estrutura, 'o valor e a novidade de sua sistematização foi expressamente reconhecido, não apenas na Espanha, mas também pela doutrina estrangeira'.

Foi o que fez, com a maestria que lhe é peculiar, Plá Rodriguez nesta obra, muito citada pelos doutrinadores e julgadores do mundo inteiro e, também, de nosso país.

As normas jurídicas trabalhistas podem ser vacilantes e até em número bastante elevado, Contudo, não vingarão por certo, na sua efetiva aplicação, se não integradas aos princípios fundamentais do Direito do Trabalho.

A sistematização tão importante de tais princípios e sua enunciação precisa são os grandes atributos desta excelente obra jurídico-trabalhista.

Dados do(s) autor(es):

Américo Plá Rodríguez, autor uruguaio conhecido e reconhecido mundialmente na área trabalhista.

AMÉRICO PLÁ RODRIGUEZ

PRINCÍPIOS DE DIREITO DO TRABALHO

3ª edição atualizada

Tradução e Revisão Técnica de *Wagner D. Giglio*

Advogado. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Tradução das Atualizações

para esta edição de *Edilson Alkmim Cunha*



À Marta, com gratidão pelo estímulo e pela generosidade na entrega das horas subtraídas a sua companhia.

OUTRAS OBRAS JURÍDICAS DO MESMO AUTOR

- "El Derecho Rural Uruguayo", 1942.
- "Los Conflictos del Trabajo", 1947.
- "La Huelga en el Derecho Uruguayo" (em colaboraçã com o Dr. *Eduardo J. Couture*), 1951.
- "El Salario en el Uruguay" (2 tomos). 1956.
- "Los Convenios Internacionales del Trabajo", 1965.
- "La Reglamentación Sindical en Uruguay", 1973.
- "Régimen de Fijación de Salarios por COPRIN", 1974.
- "Curso de Derecho Laboral".
- T. I, vol. I - "Introducción al Derecho del Trabajo", 1976.
- T. I, vol. II - "Parte General", 1977.
- T. II, vol. 1 - "El contrato de trabajo", 1978.
- T. II, vol. 2 - "Los contratos especiales de trabajo", 1988.
- T. III, vol. 1 - "Reglamentación del trabajo", 1988.
- "La Certificación de las Calificaciones Ocupacionales en el Uruguay", 1979
- "La Terminación de la Relación de Trabajo por Iniciativa del Empresario", Madri, 1983.

ADVERTÊNCIA PARA A 3ª EDIÇÃO

Como esclarecemos na segunda edição, o texto original mantém-se substancialmente o mesmo; as únicas modificações foram impostas pelas retificações introduzidas na legislação uruguaia da qual se extraiu a maioria dos exemplos que ilustram argumentos expostos - ou sugeridas pela releitura dos diversos aspectos abordados neste livro.

Cumpra observar que, no período transcorrido desde a edição anterior até o momento presente, o tema continua cada vez mais atual, multiplicando-se os estudos doutrinários e as referências jurisprudenciais nesta ampla temática, tendo, inclusive, entrado numa zona polêmica que lhe dá maior significação.

Por isso, as modificações e incorporações que se encontrarão nesta terceira edição são mais numerosas e extensas, embora tenhamos procurado manter, na medida do possível, a estrutura primitiva do livro.

Confirma-se assim o caráter dinâmico e franco deste livro, já proclamado desde sua primeira edição. Da nossa parte, reiteramos o propósito de jamais dá-lo por definitivamente concluído.

ADVERTÊNCIA PARA A 2ª EDIÇÃO*

Esta segunda edição - publicada fora do país onde a obra foi escrita - assegura sua difusão internacional e aumenta a responsabilidade do autor perante um livro que, como se diz em suas últimas linhas, está aberto ao diálogo e enriquecimento permanentes.

Ela reproduz substancialmente a versão anterior, introduzindo-lhe aquelas modificações impostas pelas reformas introduzidas na legislação uruguaia - donde foram extraídos os exemplos que ilustram os raciocínios - e aqueles aditamentos decorrentes de novas leituras sobre os temas abordados.

Dado o dinamismo do Direito do Trabalho, assim como a variedade dos aspectos tratados, não é de estranhar que esta segunda edição, apesar de publicada menos de dois anos após a primeira, contenha múltiplas modificações.

Seja este esforço de atualização a agradecida resposta do autor às muitas manifestações de elogio e estímulo que recebeu por ocasião do aparecimento da primeira edição.

INTRODUÇÃO

1. Afirmação comum

Quando se afirma a autonomia do Direito do Trabalho, sustenta-se geralmente que este tem princípios diferentes dos que inspiram outros ramos do direito.

Corretamente *Alfredo Rocco* exige três condições para que uma disciplina jurídica tenha autonomia: que possua um domínio suficientemente vasto, que possua doutrinas homogêneas presididas por conceitos gerais comuns, distintos dos de outros ramos do direito, e que possua método próprio¹.

Todos os juslaboralistas concordam em afirmar que o Direito do Trabalho preenche esses três requisitos, o que importa em reconhecer que nossa disciplina possui uma série de princípios peculiares.

Servimo-nos desta mesma afirmação para criticar a denominação que foi dada à nossa matéria e que empregava a palavra "legislação". Entendia-se que o uso desse *substantivo*, qualquer que fosse o qualificativo que o acompanhasse, tornava-se inadequado, pois juntamente com normas de índole diversa há um corpo de doutrina com princípios comuns que lhe dão maior conteúdo e profundidade.

2. Diversidade de enfoques

Mas, ainda que todos os especialistas sejam unânimes em afirmar a existência de princípios próprios do Direito do Trabalho, são muito poucos os que se preocupam em expô-los e em estudar os problemas que com eles se relacionam².

A maioria dos tratadistas ou não cuida do tema, ou o enfrenta de modos tão diferentes que parecem não se referir à mesma realidade. Alguns utilizam a expressão "princípios" para denominar todo o curso de nossa disciplina³ ou parte dela⁴. Outros os encaram como simples critérios interpretativos, quando abordam o estudo da interpretação das normas trabalhistas⁵. Entre os dois extremos, há toda uma vasta e diversificada gama, quanto à importância, à extensão ou ao alcance do tema. Existe até quem utilize a denominação de "princípios" para referir-se aos benefícios mais essenciais e gerais que o Direito do Trabalho deve assegurar, nos respectivos países⁶.

Um exemplo recente da variedade de sentidos com que se usa a palavra "princípio" é a "Declaração da OIT relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento", aprovada na 86ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, em junho de 1998. Nela algumas vezes se utilizam ambas as expressões (princípios e direitos fundamentais) como sinônimas; outras vezes como "princípios relativos aos direitos fundamentais"^{6bis}.

Semelhante diversificação se encontra quando se passa a examinar a enumeração dos princípios. Há pouco dizia eu que entre 14 autores que abordavam alguma enumeração de princípios⁷, havia podido contar 25 princípios diferentes, embora alguns recebessem várias denominações distintas. O mais curioso é que nenhum autor aceita mais de seis ou sete, havendo alguns que só admitem dois ou três. Isto revela que, às vezes, se englobam vários em um só. Outras vezes se desdobra um em vários princípios diferentes. Alguns negam os que outros enumeraram. Outros se defrontam com concepções absolutamente diversas.

Esta situação não é exclusiva do Direito do Trabalho, porquanto se dá em todo direito, como o disse *Ripert*: "os juristas falam, em geral, dos princípios jurídicos como de uma noção bem conhecida, mas não se dão o trabalho de analisá-los"⁸. De todos os modos, o certo é que, em matéria trabalhista, não se tem dado ao tema a atenção que lhe seria devida, por constituir a determinação dos princípios básicos um dos aspectos mais transcendentais do Direito do Trabalho⁹.

3. Importância do tema

Consideramos importante o tema, não apenas pela função fundamental que os princípios sempre exercem em toda disciplina, mas também porque, dada sua permanente evolução e aparecimento recente, o Direito do Trabalho necessita apoiar-se em princípios que supram a estrutura conceitual, assentada em séculos de vigência e experiência possuídas por outros ramos jurídicos¹⁰. Por outro lado, seu caráter fragmentário e sua tendência para o concreto conduzem à proliferação de normas em contínuo processo de modificação e aperfeiçoamento. Por isso se diz que o Direito do Trabalho é um direito em constante formação. Compreende-

se então que o que *Cretella Júnior*¹¹ chama de principiologia adquira uma maior significação, porque constitui o alicerce fundamental da disciplina, que se mantém firme e sólida, malgrado a variação, fugacidade e profusão de normas.

Por isso, com razão diz *Galantino*¹² que os princípios constituem, de fato, a parte mais duradoura do *corpus* normativo, enquanto as leis, sobretudo numa época de rápida evolução social, tendem a se multiplicar, convertendo-se em fonte de incerteza.

Como diz *José Antonio Vásquez*, "não basta que o jurista do trabalho aborde a realidade sem os preconceitos idealistas do velho direito, mas, para sua interpretação, precisa armar-se de uma teoria universal do direito e deduzir em sua integração os princípios essenciais do Direito do Trabalho, os quais devem presidir todas as suas soluções, isentas de vacilações e obscuridade"¹³.

Gerard Lyon-Caen chegou a dizer que o futuro da doutrina no Direito do Trabalho está ligado à busca de conceitos-chave que expliquem várias decisões aparentemente desconexas entre si e que servirão para justificar outras. Melhor ainda: à busca de diretrizes latentes, nem sempre expressas nos textos normativos nem nas sentenças, que só podem ser lidas nas entrelinhas e constituem uma espécie de direito não dito. Esses são os princípios do Direito do Trabalho¹⁴.

Nos primórdios de nossa disciplina, só se ouviam opiniões divergentes sobre a importância dos princípios, quando ainda se punha em dúvida sua autonomia, ou se achava que a defesa dessa autonomia significava o rompimento total com todo o tronco do Direito¹⁵. Hoje, porém, alcançada a consolidação da autonomia, assim como seu adequado enfoque, calaram-se essas vozes que foram substituídas por um consenso em torno da transcendência e utilidade deste tema¹⁶.

Reputamos útil empreender este estudo, já que, em se tratando de tema não abordado anteriormente de maneira sistemática ou específica, parece requerer um esforço de ordenação e esclarecimento.

Esperamos que este estudo, além de chamar a atenção sobre o tema, sirva para incentivar a promover outras investigações mais completas e originais, que facultem o desenvolvimento de nossa disciplina.

NOÇÕES GERAIS

4. Delimitação do tema

A preocupação de ordenar e esclarecer o tema leva-nos a, em primeiro lugar, delimitar, com a maior precisão possível, qual é o nosso assunto.

Para tanto entendemos que o melhor talvez seja iniciar pela determinação do que não entra no âmbito do mesmo, ainda que às vezes possa receber denominações semelhantes. Observemos que esta elucidação não implica negar importância, interesse ou atualidade aos pontos que excluimos. A delimitação tem alcance puramente metodológico e elucidativo.

Os aspectos de que não trataremos são os seguintes:

5. Princípios gerais de direito aplicáveis ao Direito do Trabalho

Em primeiro lugar, os princípios gerais de direito aplicáveis ao Direito do Trabalho.

Este esclarecimento é relevante porque os princípios gerais de direito foram acolhidos em nosso sistema jurídico para atribuir-lhes uma função importante como fonte subsidiária do direito.

Assim é que o art. 16 do Código Civil - que, por integrar seu Título Preliminar, tem alcance mais genérico, extensivo a todos os ramos do direito - dispõe: "Quando ocorrer um negócio jurídico que não se possa resolver pelas palavras nem pelo espírito da lei, sobre a matéria, recorrer-se-á aos fundamentos das leis análogas; e se ainda assim subsistir a dúvida, recorrer-se-á aos princípios gerais de direito e às doutrinas mais acatadas, consideradas as circunstâncias do caso".

Por sua vez, o art. 332 da Constituição estabelece: "Os preceitos da presente Constituição que reconhecem direitos aos indivíduos, assim como os que atribuem faculdades e impõem deveres às autoridades públicas, não deixarão de se aplicar por falta da respectiva regulamentação, pois esta será suprida pelos fundamentos das leis análogas, pelos princípios gerais do direito e pelas doutrinas geralmente aceitas".

Pensamos que disposições similares ou parecidas a estas, contidas no direito uruguaio, sejam encontradas em quase todos os direitos latinos inspirados no Código Civil napoleônico.

Creemos que os princípios gerais de direito não se podem identificar com os princípios próprios de uma disciplina. O próprio qualificativo "gerais" indica-nos a nota de amplitude, de compreensão de todos os ramos de extensão e aplicação a todo o direito.

Os princípios de Direito do Trabalho, por definição, aplicam-se a um ramo - o direito trabalhista - e não se aplicam a outros ramos. Não são necessariamente exclusivos de uma especialidade, mas não podem servir para todos os ramos, em outras palavras, serem gerais, pois deixariam de ser específicas e caracterizadores.

Por isso, quando falamos de princípios próprios do Direito do Trabalho, não nos referimos aos princípios gerais de direito e vice-versa.

A relação entre os princípios gerais de direito e os princípios de Direito do Trabalho deu origem a uma curiosa polêmica entre dois eminentes autores espanhóis que publicaram uma obra em comum, e que manifestaram sua divergência no próprio texto, acrescentando uma observação, onde pediam desculpas, "mas não havendo conseguido o mútuo *convencimiento* julgam seu dever consignar e manter suas opiniões discrepantes neste ponto". Os autores eram *Eugenio Pérez Botija*, para quem deviam primar os princípios de Direito do Trabalho, e *Gaspar Bayón Chacón*, para quem deviam predominar os princípios gerais de direito. A obra se intitula "Manual de Direito do Trabalho"¹⁷.

A sobriedade da nota impediu que se conhecesse a argumentação de um e de outro; entretanto, inclinamo-nos pela tese de *Pérez Botija*. O contrário importaria em negar a especificidade e peculiaridade de cada ramo do direito e o caráter meramente supletivo ou subsidiário dos princípios gerais de direito."¹⁸

Giorgi acrescentou um argumento de direito positivo para apoiar esta solução. Parte da letra do art. 16 do Código Civil - que acabamos de transcrever - que, ao regular a integração, refere-se expressamente à insuficiência de lei na matéria. Está, portanto, aludindo expressamente à norma que, por sua especialidade, regula a matéria.

Em conseqüência, "como primeiro passo, que exclui tanto os princípios gerais como as doutrinas mais aceitas, é preciso recorrer ao fundamento das leis análogas, o que obviamente deve ser feito, em primeiro lugar, nas leis na matéria, isto é, no Direito do Trabalho.

Se houver ainda alguma dúvida, recorra-se, em igualdade de condições, aos princípios gerais e às doutrinas mais aceitas (princípios do Direito do Trabalho).

Parece pelo menos uma interpretação lógica sustentar que, se no primeiro passo deve-se recorrer à analogia entre as leis trabalhistas - na matéria -, no segundo, num mesmo plano de igualdade, prefira-se, no caso de discordância, um princípio próprio da matéria - Direito do Trabalho -, e não um princípio geral a todo o direito".

Mais recentemente outro autor espanhol, *Almansa Pastor*, publicou extenso e erudito estudo sobre os princípios gerais de direito aplicáveis ao Direito do Trabalho, no qual expõe uma concepção muito ampla dos princípios gerais de direito, dentro dos quais caberiam três tipos: de direito natural, tradicional e políticos. Entre estes últimos, inclui os princípios de Direito do Trabalho¹⁹.

Em que pesem o brilho, a engenhosidade e a arquitetura harmônica da construção doutrinária, que a torna muito sedutora e atraente, não podemos aceitá-la.

Com efeito, o autor atribui aos princípios próprios de cada disciplina uma função que tem sido reservada somente aos princípios gerais de direito. Se estes são gerais, são comuns a todo o direito. Não constituem o catálogo ou a compilação dos diversos princípios próprios de cada um dos ramos, ainda que em cada um destes exerçam uma função fundamental.

6. Especificações sobre os princípios gerais de direito

É importante fazer alguns comentários sobre os princípios gerais de direito, porquanto os princípios do Direito do Trabalho exercem, em sua esfera, missão semelhante às exercidas por aqueles em todo o âmbito jurídico.

Há duas concepções - não antagônicas, mas distintas - de como se formam os princípios gerais do direito.

Para alguns, são os princípios gerais que servem de fundamento para a legislação positiva; são pressupostos lógicos e necessários às diferentes normas legislativas, das quais, por abstração, devem ser induzidos.

Para outros, são os princípios do direito natural, ou seja, os que se depreendem da natureza do homem.

No Uruguai, *Alberto Ramón Real* parte da base de uma disposição constitucional para sustentar a segunda tese. É o art. 72 da Constituição que dispõe: "A enumeração de direitos, deveres e garantias feita pela Constituição não exclui os outros que são inerentes à personalidade humana ou derivam da forma republicana de governo". Na sua opinião, este artigo dá as grandes diretrizes teleológicas para determinar os princípios gerais não escritos, que fazem parte de nosso regime constitucional, tornando desnecessárias certas discussões que dividem a doutrina estrangeira sobre o conceito desses princípios gerais, quer dizer, se são só eles que fluem da generalização sistemática dos textos positivos, ou se, pelo contrário, devem ser buscados também nas doutrinas do jusnaturalismo personalista, inspiradoras dos sistemas jurídicos ocidentais²⁰.

Giorgi, depois de expor ambas as posições, conclui que, sem prejuízo do conceito doutrinário que possa ser defendido sobre o conteúdo dos princípios gerais, em nosso direito não se pode negar - por força do art. 72 - a admissão da concepção jusnaturalista.

É claro que a recepção de princípios próprios do jusnaturalismo personalista, não escritos, deve ser feita com cautela e controle, o que supõe sua harmonização com os princípios escritos, expressamente incorporados ao texto constitucional, mantendo-se a harmonia e a coerência imprescindíveis a toda ordem jurídica.

E conclui que, "no direito público uruguaio, os princípios gerais de direito são não apenas os que servem de fundamento para a legislação positiva, dos quais, por abstração, devem ser incluídos, mas também, e em harmonia e coerência com estes, os que são inerentes à personalidade humana e à forma republicana de governo"²¹.

Quanto às funções que exercem, *Victor Ferro* observa que não só servem para integrar o direito, para interpretar as normas, mas também para inspirá-las. E conclui afirmando que "seu papel essencial é o de estruturar o ordenamento jurídico por meio das convicções de uma comunidade social, dando assim coerência e sentido a suas normas"²².

7. Princípios da ciência da legislação trabalhista

Em segundo lugar, os princípios que inspiram a ciência da legislação trabalhista.

Já há vários anos, *Deveali* expôs uma série de critérios - aos quais também denomina princípios - que devem inspirar o legislador, ou que lhe façam as vezes, na técnica da aprovação das normas²³. Seriam os princípios que deveriam reger a intervenção do Estado, para que possa tornar-se mais eficaz.

Os cinco princípios - de cada um dos quais decorrem vários corolários - são os seguintes:

- 1) o da generalidade e igualdade;
- 2) o da progressão racional;
- 3) o da economia;
- 4) o da reativação do mundo econômico trabalhista e efetividade dos benefícios; e
- 5) o da sinceridade das leis trabalhistas.

É evidente que o autor se refere aos princípios que *elevem* inspirar uma técnica, não um ramo do direito. *Deveali* assevera que, assim como ao lado do direito administrativo está a ciência da administração e ao lado do direito constitucional a ciência política, ao lado do Direito do Trabalho *deve* existir a ciência da legislação trabalhista. Não são, pois, princípios de Direito do Trabalho, mas da ciência que estuda a forma de elaborar e

aplicar o Direito do Trabalho. Têm um caráter instrumental: referem-se a como se deve agir para obter determinado resultado.

TEORIA GERAL

8. Plano

Excluídos os aspectos que não entram no tema, estamos em condições de abordar a *teoria* geral dos princípios do Direito do Trabalho.

Exponhamos esta teoria geral estudando os onze itens seguintes, nos quais dividiremos nosso *desenvolvimento*: 1) noção; 2) funções; 3) significação; 4) classificação; 5) forma; 6) formação; 7) enumeração; 8) ambivalência; 9) visão crítica; 10) aplicação ao direito coletivo; 11) sua relação com a globalização.

9. Noção

Diversas definições foram propostas.

Uma das mais felizes é a de *Afonso García*: "Aqueles linhas diretrizes ou postulados que inspiram o sentido das normas trabalhistas e configuram a regulamentação das relações de trabalho, conforme critérios distintos dos que podem encontrar-se em outros ramos do direito"[24](#).

Transpondo a noção de princípios gerais de direito[25](#), válidos em todo o direito, para os princípios do Direito do Trabalho aplicáveis somente na área do direito laboral, podemos dizer com *De Castro*[26](#) que são as idéias fundamentais e informadoras da organização jurídica trabalhista.

Outras definições, ainda que formuladas para os princípios de outras disciplinas, são facilmente adaptáveis á nossa.

Efetuando esse processo de adaptação, pode-se fazer referência à definição de *Couture*, em seu "Vocabulário Jurídico"[27](#), nos seguintes termos: "Enunciado lógico extraído da ordenação sistemática e coerente de diversas normas de procedimento, de modo a outorgar à solução constante destas o caráter de uma regra de validade geral".

Do mesmo modo, é interessante lembrar a noção exposta por *Real*: "Em todo sistema jurídico há inúmeras regras de grande generalidade, verdadeiramente fundamentais, no sentido de que a elas pode vincular-se, direta ou indiretamente, uma série de soluções expressas do direito positivo, uma vez que se podem resolver, mediante sua aplicação, casos não previstos, que tais normas regulam implicitamente"[28](#).

Juntando e harmonizando esse conjunto de definições, podemos propor a seguinte, que, a nosso juízo, absorve a parte mais certa de cada uma das definições oferecidas: "linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos".

10. Descrição

Mais do que as definições, todavia, que sempre têm algo de convencional e portanto de mutável e substituível, interessa-nos a descrição destes princípios.

Utilizando os qualificativos de *Engisch e Forsthoff*, *Rivero Lamas*[29](#) descreve estes princípios como princípios jurídicos, normativos, indeterminados e supletivos da legislação.

Jurídicos, porque sua aplicação pode ser controlada pelos tribunais.

Normativos, porque não são descritivos, já que não especificam o pressuposto factual.

Indeterminados, porque somente adquirem sua certeza em face de uma situação técnica concreta. A flexibilidade destes conceitos possibilita uma amplitude de sua apreciação que permite, a quem tenha ele aplicá-los, concepções variáveis do justo.

Supletivos da legislação porque surgem como exceção frente a regras gerais, isto é, a previsão ele um tratamento casuístico particular mediante a configuração de um pressuposto fático legal que abarca grupos de casos especiais.

Sem deixar de reconhecer o interesse destas colocações do professor espanhol, acreditamos útil enfatizar três elementos que integram a noção exposta:

a) são enunciados básicos que contemplam, abrangem, compreendem uma série indefinida de situações.

Um princípio é algo mais geral do que uma norma porque serve para inspirá-la, para entendê-la, para supri-la. E cumpre essa missão relativamente a número indeterminado de normas³⁰.

O processo lógico para obtenção de um princípio consiste em induzir uma solução mais geral da comparação ele disposições particulares concordantes, para aplicar o princípio assim obtido a qualquer hipótese não abrangida por nenhuma previsão legal.

Diz-se que constitui a base geral onde repousa o ordenamento, um sentido ela legislação, uma orientação recorrente nela, que se reflete em uma pluralidade de disposições³¹.

Por isso se fala de princípios básicos ou fundamentais, porque servem de cimento a toda estrutura jurídico-normativa laboral:

b) por serem próprios do Direito do Trabalho são distintos dos que existem em outros ramos do direito. Servem para justificar sua autonomia e peculiaridade. Por isso, têm que ser especiais, diferentes dos que vigoram em outros ramos do direito.

Por isso, fala-se também de princípios próprios ou peculiares do Direito do Trabalho.

*Pinho Pedreira da Silva*³² põe ênfase particular em chamá-los de princípios específicos, peculiares ou especiais para evitar confundi-los com os princípios gerais de direito aplicáveis em toda as matérias.

Isso não significa, necessariamente, que todos os princípios sejam diferentes daqueles que inspiram os outros ramos jurídicos. Pode haver algum repetido ou similar que se aplique de igual modo, ou com ligeiras variantes, em mais de um ramo do direito, em outras palavras, não têm de ser absolutamente exclusivos, mas, como conjunto, devem configurar um elenco que não se reproduz, da mesma forma, nas demais disciplinas jurídicas; e

c) todos os princípios devem ter alguma conexão, ilação ou harmonia entre si, já que em sua totalidade perfilam a fisionomia característica de um ramo autônomo do direito, que deve ter sua unidade e coesão internas.

Cada princípio constitui uma maneira de harmonizar as normas, servindo para relaciona-las entre si e evitando que o sistema se transforme em uma série de fragmentos desconexos. Mas a vinculação entre os diversos princípios contribui mais eficazmente para a sistematização do conjunto e para delinear a individualidade peculiar a cada ramo do direito³³.

Esta vinculação entre os diferentes princípios explica por que mais de uma vez se apresentam como princípios diversos alguns que certos autores englobam como um princípio comum, e vice-versa, e também por que às vezes se desdobrem e especifiquem princípios que podem estar compreendidos em uma formulação mais geral.

11. Distinção de outras figuras

Completaremos a descrição dos princípios, comparando-os com outras figuras com as quais podem ter alguma vinculação ou semelhança.

*Dworkin*³⁴ fundamenta sua crítica ao positivismo jurídico por apresentar o direito como um conjunto composto exclusivamente por normas, quando, na realidade, é integrado por normas e princípios³⁵.

Enquanto as normas se aplicam ou não se aplicam, os princípios dão razões para decidir num determinado sentido, mas, à diferença das normas, seu enunciado não determina as condições de sua aplicação. O conteúdo material do princípio - seu peso específico - é que determina quando deve ser aplicado numa determinada situação.

Nesse mesmo sentido, alguns autores alemães aprofundaram a distinção entre o direito por regras e o direito por princípios.

*Zagrebelsky*³⁶ afirma que, enquanto as normas legislativas são predominantemente regras, as normas constitucionais são preferentemente princípios. Distinguir os princípios das regras significa, portanto, distinguir em linhas gerais a Constituição das leis.

Qual é a diferença entre normas e princípios?

Antes de tudo, só os princípios exercem um papel propriamente constitucional, quer dizer, constitutivo da ordem jurídica.

A diferença mais importante pode ser sugerida pelo distinto tratamento que a ciência jurídica dá aos princípios e às regras. Apenas as regras são objeto do método da interpretação jurídica. Os princípios são interpretados mais além do exame da linguagem, em função dos valores que formam o *ethos*.

Às regras se obedece, aos princípios se adere.

Mas a distinção essencial é que a regra determina o critério de nossa ação, dizendo-nos o que devemos fazer, o que não devemos fazer ou o que podemos fazer em determinadas situações previstas pela própria regra.

O princípio não diz nada diretamente a esse respeito, mas nos propicia critérios para tomar posição diante de situações *a priori* indeterminadas, quando vêm a se determinar concretamente.

Os princípios determinam atitudes favoráveis ou contrárias, de adesão e apoio ou de desacordo ou de rejeição com referência a tudo o que possa implicar de concreto. Seu significado não é abstratamente determinável, mas só concretamente seu alcance de pode ser entendido.

Só as regras podem ser observadas e aplicadas mecânica e passivamente. Mas essa aplicação é absolutamente inconcebível quanto aos princípios.

*Alexy*³⁷, que pertence à mesma corrente, distingue a regra que, para cada situação, pode construir uma consequência jurídica definitiva, isto é, prevenindo se, em determinadas hipóteses, se ordena, se proíbe ou se permite algo ou se autoriza de um modo definitivo. Poder-se-ia chamar de preceitos definitivos. A forma de aplicação que a caracteriza é a subsunção.

Por sua parte, os princípios são preceitos de otimização. Eles prescrevem que algo deve ser feito da maneira o mais ampla possível, compatíveis com as possibilidades jurídicas e de fato. Isto significa que pode realizar-se em diversos graus e que a medida da devida realização não depende apenas das possibilidades de fato, mas também das possibilidades jurídicas de realização de um princípio que são determinadas essencialmente não só por regras mas também por princípios contrastantes. Este último aspecto implica que os princípios são susceptíveis e exigem ponderação. A ponderação é a forma de aplicação característica dos princípios.

O jurista italiano *Luigi Mengoni*³⁸ faz sua a distinção proposta por *Dworkin* e *Zagrebelsky*, observando que a formulação constitucional dos princípios pode caracterizar-se por três pontos:

a) são enunciações que, mais do que interpretadas pela análise da linguagem, devem ser deduzidas de seu *ethos*: à regra se obedece, aos princípios se adere;

b) são critérios para tomada de posição diante de situações *a priori* indeterminadas quando venham a ser determinadas;

c) não se referem a casos concretos. São caracterizações que reciclam a originária natureza moral dos princípios, sua derivação do chamado direito natural. Os princípios morais exercem uma função voltada para o modo de vida e de comportamento, não indicando abstratamente o conteúdo do dever, que varia segundo a situação concreta, mas dão os critérios pelos quais podem ser reconhecidos.

Sobre este tema pode ser útil também acompanhar *Pinho Pedreira*³⁹ que aponta três diferenças entre regras e princípios.

A primeira é que as regras jurídicas estão sempre explicitamente inseridas no ordenamento interno, o que não acontece com os princípios, que estão implícitos no próprio ordenamento, inferidos de uma norma ou de um conjunto de normas.

A segunda é que as regras não comportam exceções que não possam ser completamente enunciadas. As regras jurídicas são aplicadas integralmente ou não são absolutamente aplicáveis. Trata-se de tudo ou nada. Se preenchidos os requisitos da norma numa determinada situação e a norma é válida, deve ser aplicada.

Os princípios jurídicos atuam de maneira diversa. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não se aplicam automática e necessariamente quando ocorrem as condições previstas como suficientes para sua aplicação.

A terceira tem a ver com a dimensão do peso ou da importância. Os princípios não regem sem exceções e podem entrar em oposição ou contradição entre si. Quando vários princípios se chocam, quem tem de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles.

Não é que as normas tenham peso distinto, mas podem ter diferente grau hierárquico. É um critério completamente diferente.

Cita a *Eros Grau*⁴⁰, para quem a regra é geral porque foi baixada para um indeterminado número de atos e fatos. Mas é especial, na medida em que só regula tais atos ou tais fatos e foi baixada para ser aplicada numa situação jurídica. O princípio, pelo contrário, é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações.

Outra comparação é com as *máximas jurídicas*. O autor peruano *Victor Ferro Delgado*⁴¹ sustenta que são flagrantes as diferenças existentes.

Cita civilistas espanhóis, como *Diez Picazo y Bullón*, para quem as máximas jurídicas são refrãos jurídicos ou fórmulas concisas que compreendem uma experiência jurídica. Não têm valor jurídico próprio e são simples recursos mnemotécnicos ou pedagógicos. Não fazem parte, por si mesmas, do ordenamento jurídico, mas sim da ciência jurídica⁴².

De outra perspectiva, sustenta que o princípio é valorativo, enquanto o apotegma interpretativo é apenas um instrumento para preencher as lacunas legais e tem uma natureza pseudológica e, portanto, permanente. O princípio geral de direito não é estático nem permanente, corresponde à ideologia social e é a penetração dessa ideologia, dos valores predominantes na sociedade e no ordenamento jurídico.

*José Maria Quirós Lobo*⁴³ fala do perigo de outorgar caráter de princípio a meros brocardos cristalizados. E cita a preocupação da *Castán* com o fato de não se delimitar, na devida forma, o campo dos princípios gerais de direito, confundindo-os com aforismos ou regras de direito (carentes de valor jurídico próprio) ou reduzindo-os a uma série maior ou menor de dogmas estereotipados que a doutrina científica ou a jurisprudência dos tribunais tenha podido catalogar.

Outra possível comparação é com as *cláusulas sócias inseridas na Constituição*. *Roberto García Martínez*⁴⁴ – que acompanharemos nesta parte de nossa exposição – compara-as com os princípios do Direito do Trabalho.

Depois de descrever as semelhanças (origem e funções), assinala as diferenças ou dessemelhanças:

1) As fontes. Enquanto as cláusulas provêm do constituinte segundo o método estabelecido em cada país para a elaboração da Constituição -, os princípios de Direito do Trabalho não nasceram de um legislador de maior ou menor grau, mas da consciência de uma época: podem ser plasmados em normas legais ou constitucionais, mas não necessariamente.

2) Obrigatoriedade frente ao direito futuro. A cláusula constitucional impõe ao legislador o cumprimento do princípio geral. Face ao direito futuro, a norma constitucional é um obstáculo que impede o legislador de se afastar de seus preceitos; se o fizer, incorrerá na violação da Constituição e a lei poderá ser invalidada pelos juízes.

Pelo contrário, o princípio geral não é uma vala, mas sim um obstáculo de altura regular que o legislador pode saltar com relativa comodidade.

A futura lei não pode contradizer uma cláusula constitucional, e, se o fizer, expor-se-á a uma vida efêmera. Pelo contrário, o princípio geral pode ser contraditado pela lei, sem que esta se torne ilegítima.

3) Efeitos face ao direito presente. São muito diferentes. Se houver oposição entre o direito presente ou vigente e a cláusula constitucional, prevalecerá esta última, e a lei será inconstitucional.

Pelo contrário, se há oposição entre um princípio e o direito positivo, este é que deve ser aplicado.

12. Funções

Segundo *De Castro*⁴⁵, os princípios de direito cumprem tríplice missão:

- a) informadora: inspiram o legislador, servindo de fundamento para o ordenamento jurídico⁴⁶;
- b) normativa: atuam como fonte supletiva, no caso de ausência de lei. São meios de integração de direito; e
- c) interpretativa: operam como critério orientador do juiz ou do intérprete.

Essa pluralidade de funções explica que haja alguns desses princípios que sirvam mais para o legislador ou criador de normas trabalhistas, isto é, que cumpram uma missão de inspiração ou informação da norma; e outros que sejam mais úteis ao intérprete. Nem sempre podem os princípios cumprir, na mesma medida e com a mesma intensidade, esse tríplice papel.

As mesmas razões contribuem para justificar, ao menos em certo grau, sua heterogeneidade, bem como as vacilações e divergências dos autores quando exemplificam quais são efetivamente esses princípios. Chegou-se mesmo a asseverar não ser possível atingir uma noção unitária dos princípios do Direito do Trabalho⁴⁷.

Entretanto essa variedade de funções demonstra sobretudo que a utilidade e eficácia dos princípios do Direito do Trabalho ultrapassam o mero aspecto interpretativo, como propõem alguns autores. Não é um tema que possa caber na rubrica da interpretação do Direito do Trabalho: transborda-o e supera-o^{47bis}.

García Martínez, embora aceite esta tríplice missão básica informadora, normativa e interpretativa -, defende que os princípios exercem uma série de funções adicionais.

Resumiremos sua exposição formulada em termos muito precisos e significativos.

- a) De filtros. Servem para depurar as noções que, provenientes do direito comum, devem ser adaptadas peculiaridades da matéria. Os princípios servem de peneira, por meio da qual as instituições de direito comum ganham nova vitalidade e novo enfoque. Põe como exemplo a noção civilista da força maior.
- b) De diques. Servem de contenção ao avanço da legislação não trabalhista. Assim, por exemplo, à autonomia da vontade na contratação individual opõem a idéia da heteronomia.
- c) De cunha. Servem para avançar alguns conceitos, introduzindo-os em matérias reguladas por outros ramos do direito, ou seja, que permitem uma influência do Direito do Trabalho em outros ramos jurídicos. (Por exemplo, suspensão do contrato de trabalho em caso de falência.)
- d) De incentivadores da imaginação criadora. Glosando *García de Enterría*, afirma que os princípios têm uma capacidade característica (para resolver os problemas interpretativos), inventiva (para organizar ou descobrir novas combinações), organizadora (para ordenar atos heterogêneos, mudáveis e até contraditórios da vida jurídica). São eles que dão à vida jurídica seu dinamismo característico, sua inovação e sua evolução incessantes.
- e) De recriadores de normas obsoletas. O Direito do Trabalho é um ramo em permanente movimento e evolução, razão pela qual, se o legislador não acompanha o mesmo ritmo, as normas podem facilmente envelhecer. Os princípios o atualizam e rejuvenescem.

f) De organizadores. Diante da enorme variedade e de uma grande quantidade de normas trabalhistas, os princípios introduzem ordem, estrutura e pontos de referência.

g) De coordenadores de princípios provenientes de diferentes matérias e que, muitas vezes, levam a soluções opostas e contraditórias⁴⁸.

13. Desempenham uma função normativa?

O ponto mais discutido tem sido o de saber se os princípios do Direito do Trabalho cumprem função normativa, isto é, se servem ou não como elemento de integração das normas legais.

A resposta depende naturalmente do direito positivo de cada país, conforme a enumeração que contenha, das fontes supletivas. Entretanto, depende também da concepção que se aceite da relação desses princípios do Direito do Trabalho Com os princípios gerais de direito, já que praticamente inexistem países que não os mencionem entre as fontes subsidiárias⁴⁹. A solução por nós exposta, no sentido de que os princípios próprios do direito trabalhista não integram os princípios gerais de direito, acrescenta uma dificuldade a mais a este problema.

Não cabe, portanto, uma resposta abstrata. Faz-se mister referi-la a cada país.

No Uruguai, acreditamos que se pode atribuir aos princípios do direito laboral uma função normativa, já que, como expusemos, o art. 16 do Código Civil - de aplicação a todo o direito - manda recorrer, em caso de falta de normas, aos fundamentos das leis análogas e, "se ainda subsistir a dúvida, recorrer-se-á aos princípios gerais do direito e às doutrinas mais acatadas, consideradas as circunstâncias do caso". Termos bastante similares utiliza o art. 332 da Constituição, que se refere às doutrinas geralmente aceitas⁵⁰.

Pois bem, parece-nos que, na remissão genérica às doutrinas mais aceitas, cabe incluir os princípios próprios da nossa disciplina jurídica⁵¹.

Gelsi Bidart, referindo-se a nosso país, afirma coincidentemente que nos casos de lacunas da lei os princípios se encontram na base da integração judicial⁵².

14. Constituem fontes do direito?

Um tema muito próximo ao que acabamos de expor é se os princípios do Direito do Trabalho podem ser considerados fontes do direito. Nossa opinião é negativa⁵³.

A única função de caráter normativo que exercem é operar como fonte supletiva em caso de lacuna da lei. E essa função é exercida não por serem princípios, mas por constituir uma expressão da doutrina.

A nosso ver, os princípios de Direito do Trabalho situam-se em outro plano, diferente daquele em que se acham as fontes.

"... os princípios com as doutrinas mais acatadas⁵⁴."

Em geral, é algum autor doutrinário que propõe ou expõe um princípio, extraíndo-o das normas - confirmando a posição de *Deveali*, de que os princípios não constituem mais que uma emanção das normas - ou da própria jurisprudência, deduzindo-o na sistematização das sentenças judiciais.

Embora a doutrina não os crie, descobre-os num esforço de indagação do essencial e de esclarecimento da tendência que se observa nesse processo de afirmação, consolidação e garantia.

Há uma tarefa complementar de identificar tendências que só se revelam no estudo de muitas sentenças, que permite distinguir o fundamental do anedótico, o substancial do particular. Esse trabalho costuma ser feito pelo doutrinador, a quem muitas vezes toca a tarefa de dar nome ao princípio, o que facilita sua difusão e consolidação.

Todavia, essa tarefa realizada pela doutrina, de extração das linhas permanentes que se descrevem por debaixo da pluralidade de normas e do elevado número de sentenças, não pode, por sua vez, ser considerada como definitiva, até que seja reconhecida pela jurisprudência, o que lhe dá não só maior difusão, mas também maior respaldo, prestígio e consagração.

Há, pois, uma interação entre doutrina e jurisprudência, da qual resultam o surgimento e o reconhecimento dos princípios. Todo este processo recíproco de retroalimentação marca um dos níveis mais altos da recepção da doutrina. É o exemplo paradigmático da doutrina mais aceita ou mais admitida.

Por outra via, o professor espanhol *Gaspar Bayón Chacón*⁵⁵ chega à mesma conclusão; os princípios específicos do Direito do Trabalho "são simples postulados que, primeiro sociologicamente e, segundo, juridicamente depois, foram convertidos, por disposições legais ou por resoluções judiciais, em critérios de orientação do legislador e do juiz na defesa da parte julgada mais fraca na relação de trabalho, para restabelecer, com um privilégio jurídico, uma desigualdade social. São mandatos morais que têm sido impostos pelas vias indicadas a *serviço* de um ideal de justiça social. Alguns têm conseguido um reconhecimento legal; outros são apenas critérios de orientação do juiz ou do legislador. Em nenhum caso têm vigência como fontes do direito de uma forma direta, mas por meio de uma norma; mas, em compensação, sempre se revestem de um sentido moral derivado do fundamento de equidade de que provêm".

Mais do que uma fonte, os princípios são emanações das outras fontes do direito. Os princípios aparecem envoltos e expressos por outras fontes. Além disso, porém, exercem uma função inspiradora e guiadora na interpretação do juiz que ultrapassa a função de fonte de direito e os situa em outro plano.

Podem ser fontes materiais de direito, mas não formais.

15. Importância

Os princípios do Direito do Trabalho constituem o fundamento do ordenamento jurídico do trabalho; assim sendo, não pode haver contradição entre eles e os preceitos legais. Estão acima do direito positivo, enquanto lhe *servem* de inspiração, mas não podem tornar-se independentes dele.

Existe uma mútua influência entre as normas vigentes e os princípios informadores, já que a implicação é recíproca.

Com efeito, ainda que os princípios inspirem, informem, elaborem o conteúdo do direito positivo, estão, de certo modo, condicionados por este.

Em verdade, correspondem a uma concepção do direito laboral. Princípios e preceitos positivos devem pertencer à mesma concepção.

Coviello diz, a respeito: "Os princípios gerais do direito são os fundamentais da própria legislação positiva, que não se encontram escritos em nenhuma lei, mas que são os pressupostos lógicos necessários das diferentes normas legislativas, das quais se devem deduzir exclusivamente por força da abstração. Podem ser de fato princípios racionais superiores, de ética social e também princípios de direito romano, e universalmente admitidos pela doutrina; contudo têm *valor* não porque sejam puramente racionais, éticos ou de direito romano ou científico, mas porque informaram efetivamente o sistema positivo de nosso direito e chegaram a ser desse modo princípios de direito positivo e vigente"⁵⁶.

Carnelutti ratifica a mesma idéia de forma ainda mais expressiva: "Os princípios gerais do direito não são algo que exista fora, senão dentro do próprio direito escrito, já que derivam das normas estabelecidas. Encontram-se dentro do direito escrito como o álcool no vinho: são o espírito ou a essência da lei"⁵⁷.

Boulanger os descreve com outras palavras: "caracteres essenciais de uma legislação positiva, em sua evolução, que traduzem seu espírito e seu conteúdo e resultam de um esforço doutrinário de síntese"^{57bis}.

Gelsi Bidart afirma, por sua vez: "Os princípios de um ramo do direito positivo nascem da consideração de suas normas. Consideram-se como os critérios que as inspiraram com um alcance geral, não referido a uma disposição concreta - *ratio legis*, razão, motivação legal -, mas um conjunto, a todas elas ou pelo menos a um setor delas"⁵⁸.

Godinho Delgado assim os descreve: "São diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e que, depois deles inferidas, voltam informando-o"⁵⁹.

Se o legislador opta por outra concepção, ficam automaticamente inaplicáveis ou inapropriadas.

Por exemplo, se se passa de um direito laboral protetor da classe trabalhadora para um direito laboral organizador da vida econômica. Foi o que ocorreu no Uruguai com a Lei n. 13.720, de 16.12.68, que criou a Comissão de Produtividade, Preços e Receitas (COFRIN). Até então, as normas trabalhistas fixavam níveis mínimos de proteção que podiam ser elevados pelas partes. Na mencionada lei se confiou à referida Comissão a faculdade de fixar salários máximos e de ajustar as convenções coletivas ao ordenamento trabalhista geral, o que impede as convenções das partes para melhorar livremente e de comum acordo as normas gerais. A partir desse momento, nosso direito laboral se converteu, pelo menos em certos aspectos, em um direito regulador da economia.

Em outras palavras: um conteúdo novo no direito positivo - como acabamos de descrever através do exemplo - revela que esses princípios do Direito do Trabalho não foram os inspiradores do direito positivo. Em consequência, o enunciado dos princípios deve se modificar.

Naturalmente, os problemas não se colocam na prática com perfeita nitidez, nem em termos absolutos. Uma concepção determinada do Direito do Trabalho pode continuar inspirando quase todo o direito positivo, porém alguns de seus aspectos são orientados por concepção diversa.

Eis um aspecto que obriga a agir com certa relatividade e modéstia.

16. Classificação

*Pérez Botija*⁶⁰ distinguiu princípios políticos e princípios jurídicos.

Os primeiros são os proclamados de maneira político-jurídica. Ou seja, são princípios mais políticos que jurídicos; mais programáticos que normativos; mais de propaganda e registro que de aplicação eficaz.

Os segundos são princípios mais claros e definidamente jurídicos. Cumprem, no âmbito do Direito do Trabalho, uma função similar à que realizam os princípios gerais do direito em todo o panorama jurídico.

Talvez nada melhor para ilustrar sua classificação do que o exemplo que apresenta de princípios políticos. Cita para seu país o *Fuero Del Trabajo* e o *Fuero de los Españoles*. Pensamos que muitos países podem citar documentos similares. Para quase todos os países latino-americanos a parte dogmática da Constituição contém uma enumeração de princípios de características e significado análogos. Inclusive, acreditamos que para os Estados-Membros da Organização Internacional do Trabalho, o Preâmbulo da Constituição desta e a Declaração de Filadélfia cumpram função semelhante.

Basta conhecer estes exemplos para perceber que os chamados princípios políticos são muito mais contingentes, porquanto dependem mais diretamente das circunstâncias históricas e geográficas. Em outras palavras, dependem da realidade política que, por definição, é cambiante. Em compensação, os princípios jurídicos podem ser muito mais estáveis e mais universais, já que derivam da natureza própria do Direito do Trabalho, que se mantém idêntica através do tempo e do espaço.

Resumindo, podemos dizer que os princípios políticos são postulados com um conteúdo material que representa a meta a alcançar pelo direito positivo num país e num momento determinados. Referem-se a certos benefícios indicando os níveis a alcançar, que se apresentam como pólos conceptuais em cujo sentido deve dirigir-se o esforço normativo. Aplica-se-lhes a definição de *Villegas Basavilbaso*: "Juízos axiológicos de justiça não em abstrato, mas em relação com a consciência nacional, entendida esta como uma realidade concreta em um momento determinado de sua evolução, isto é, em relação com a cultura nacional"⁶¹. Cada um deles refere-se a um benefício determinado, indicando os limites que se devem alcançar ou os pressupostos subjacentes de várias normas sobre o mesmo tema.

Os princípios jurídicos, por outro lado, são critérios formais aplicáveis em geral, em qualquer circunstância de lugar e tempo. Não aludem a nenhum benefício em concreto, razão pela qual têm um sentido bastante geral e amplo, extensivo a toda a disciplina.

Rivero Lamas utiliza outras denominações: distingue entre princípios institucionais (que inspiram e presidem âmbitos concretos da regulamentação jurídico-laboral) e princípios normativos (verdadeiras regras jurídicas autônomas que estendem sua eficácia tanto ao momento de formação do regime regulador das relações trabalhistas como à fase de exigibilidade dos direitos)⁶². São termos distintos, porém conceitos similares aos utilizados por *Pérez Botija*, que mencionamos.

Na realidade, os primeiros servem, sobretudo, para cumprir a função informadora, e os segundos são úteis especialmente para levar a cabo a função interpretativa. Porém uns e outros podem servir para ambas as funções, assim como para cumprir a tarefa de fonte subsidiária.

Não podemos pretender expor os princípios políticos porque isso pressuporia a apresentação de uma síntese do Direito do Trabalho vigente em cada país, ou, na melhor das hipóteses, equivaleria a compor um resumo do direito comparado do trabalho.

A exposição dos princípios jurídicos, em compensação, pode-se fazer em caráter geral e em termos relativamente acessíveis. E paradoxalmente, apesar de ser mais breve e possuir um interesse que ultrapassa a fronteira do país, não foi empreendida.

A doutrina francesa⁶³ e a polonesa⁶⁴ difundiram outra classificação que não coincide com a anterior e que distingue entre princípios-regras e princípios descritivos.

Os princípios-regras, ou de caráter normativo, contém mandatos e ocupam um lugar privilegiado na ordem jurídica.

Os princípios descritivos reúnem as conclusões sintéticas que os juristas têm extraído do conteúdo e das grandes tendências do conjunto das normas do direito positivo.

Os primeiros são formulados na linguagem do direito, enquanto os segundos se expressam na linguagem dos juristas⁶⁵. Em outras palavras, os princípios descritivos podem ser verdadeiros ou errôneos; os princípios-regras são vigentes ou não vigentes, válidos ou não válidos.

Observa-se que essa classificação tem certo grau de relatividade, porque um princípio descritivo pode tornar-se um princípio-regra, se uma autoridade competente o converte num elemento explícito do sistema jurídico.

Achamos que essa classificação, que não se casa com a que temos exposto, pode funcionar como uma subclassificação interna dentro dos princípios que chamamos de políticos ou institucionais, quer dizer, os que se referem a temas concretos. Não se aplica aos princípios que chamamos de jurídicos, que vão motivar a parte central de nossa exposição.

Por sua vez, nos princípios-regras os autores que expõem esta nova classificação distinguem três modalidades:

- a) normas que impõem determinadas soluções;
- b) normas que apontam programas, objetivos ou metas. Constituem um *desideratum* que indica o que deve ser o direito;
- c) normas que indicam temas que devem ser regulados legislativamente, ou que, de alguma maneira, se estabelecem expressamente⁶⁶.

Mas, à medida que avançamos nesta classificação, vamos penetrando cada vez mais no direito positivo, especialmente na forma em que este tema é tratado nas disposições constitucionais.

Com efeito, em geral os princípios políticos estão inseridos na Constituição de cada país. E embora os textos constitucionais se assemelhem, e até se observem notórias influências de uns sobre outros, cada carta constitucional tem suas próprias peculiaridades. Muitas vezes estão ligadas ao sistema político e institucional vigente em cada país, assim como às tradições jurídicas vigentes.

Já registramos que *García Martínez* empenha-se enfaticamente em evitar as confusões entre as cláusulas constitucionais e os princípios, destacando suas semelhanças e diferenças⁶⁷.

Entre as semelhanças, indica a identidade de origem, já que ambas são o resultado da consciência jurídica e política de uma sociedade, num dado momento, e são muito similares as funções interpretativa, informadora e integradora por ambas exercidas. Entre as diferenças, destaca as fontes - quanto às cláusulas constitucionais, devem ser aprovadas pelo procedimento que adote cada país, enquanto os princípios podem ter qualquer forma; a obrigatoriedade face ao direito futuro, já que as cláusulas constitucionais são uma vala muito superior aos princípios; e os efeitos face ao direito presente, porquanto a norma constitucional tem primazia sobre a norma legal, ocorrendo o contrário com os princípios.

A explicação é perfeita, mas não impede que, na maioria dos casos, os princípios políticos sejam expressos em forma mais ou menos clara ou mais ou menos extensa no texto constitucional.

Todo esse desenvolvimento explica por que, apesar de certa imprecisão, preferimos a denominação de princípios políticos - que se contrapõem a jurídicos - à de normativos - que se contrapõem a institucionais - nas denominações propostas por *Rivero Lamas*.

Pela mesma razão, não aceitamos o qualificativo proposto por *Ruprecht*⁶⁸ de princípios normativos, já que, como acabamos de dizer, alguns são descritivos.

O professor brasileiro *Mauricio Godinho Delgado*⁶⁹ propõe outra classificação diferente da que expusemos. Não é um problema de denominação, mas de critério de distinção.

Começa distinguindo a fase pré-jurídica da jurídica. Na primeira, ou seja, a que se passa antes da elaboração da norma trabalhista, os princípios influem no processo da construção da norma, convertendo-se numa fonte material de direito.

Na fase propriamente jurídica, dão-se as funções integradora e interpretativa. É nessa fase que se distinguem os princípios descritivos (ou informativos), que exercem papel relevante na interpretação, e os princípios normativos, que exercem destacado papel no processo de integração jurídica.

Esclarece que não há princípios que exerçam a função descritiva e outros que exerçam a função normativa; mas pode haver princípios que exerçam uma ou outra função, conforme o caso,

Numa nota observa que *Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena* chama os princípios descritivos de princípios jurídicos, e os normativos, de princípios axiomáticos^{69bis}.

Não queremos terminar este parágrafo sem salientar novamente a importância da distinção entre o que temos chamado de princípios jurídicos e princípios políticos, porque a indistinção entre ambas as classes de princípios tem gerado muitas confusões e imprecisões que, certamente, contribuem para o desprestígio da própria noção de princípios.

17. Forma

Uma das características dos princípios do Direito do Trabalho é seu amorfismo, na medida em que carecem de procedimentos técnicos de exteriorização.

Não há, portanto, uma forma única e exclusiva de se manifestarem. Poderíamos dizer que nem sequer há uma forma preferida de manifestação.

Entretanto, cumpre assinalar uma marcada tendência à incorporação a outras fontes, isto é, a corporizar-se, abandonando formulações abstratas e imprecisas.

Por outro lado, quase nunca são qualificados como tal, ao serem enunciados. Somente muito poucas vezes o enunciado é direto. Amiúde, costuma ser parcial ou somente induzir-se do texto. Ocorre, ainda, que o que se enuncia é somente o pressuposto do princípio, o que implica afirmar que o princípio pode não estar formalmente formulado⁷⁰.

Como têm vocação para a forma escrita, podem concentrar-se na lei ou podem expressar-se através da jurisprudência ou da doutrina.

Curiosamente a experiência histórica universal ensina que a concreção na lei lhes tira a fecundidade. Tem-se verificado que nos países onde não ocorreu uma configuração jurídico-positiva dos princípios do Direito do Trabalho, estes abriram caminho com maior pujança e decisão do que nos demais. A consagração através da lei cristaliza e, por isso mesmo, congela a função que esses princípios podem ter.

E esta limitação que paradoxalmente resulta da consagração legal se percebe tanto no sentido e nas funções cumpridas pelos princípios como na sua própria enumeração. Há, inclusive, quem dê como nota característica dos princípios, explicando sua influência sobre o direito positivo, justamente o fato de que estejam fora dele e de que não possam ser formulados juridicamente⁷¹.

Ademais, ressalta *Gelsi Bidart* que essa consagração legal não serve sequer para esclarecer definitivamente seu alcance e seu sentido. A determinação dos princípios, como as definições legislativas, não conclui a deliberação da ciência, mas lhe proporciona novos elementos para sua continuidade⁷².

18. Formação

O fato de os princípios não terem uma forma determinada, como acabamos de expor, confere muita relatividade ao estudo deste tema.

Por outro lado, não há um selo que os identifique ou individualize. De nada adianta o rótulo de princípios ou que se lhes dê essa denominação. O que importa é a realidade das coisas: que se trate de autênticos princípios. E que, como tais, sejam reconhecidos.

A qualificação sobre se estamos diante de um princípio ou não pertence à jurisprudência. *Galantino*⁷³, que tem sustentado e defendido esta idéia, utiliza essa denominação com sentido amplo, incluindo tanto a jurisprudência propriamente dita como a doutrina. Mas achamos que, mesmo tomando a jurisprudência em sentido estrito, ou seja, como orientações resultantes das sentenças jurídicas, a doutrina participa também na formação do princípio. Em geral, um determinado princípio é proposto pela doutrina e consagrado pela jurisprudência, não de uma maneira formal, mas de uma forma prática e implícita. Geralmente é a doutrina que descobre na legislação e na jurisprudência - ou em alguma delas - certos critérios gerais que se reiteram. E o apresenta como princípio. Ao expô-lo, contribui para que a jurisprudência o reforce e o respalde, confirmando-o em novas oportunidades. Na medida em que a jurisprudência o acolhe, consolida-se. Muitas vezes a doutrina lhe dá nome, fundamenta-o mais extensamente do que pode fazer uma sentença e contribui para difundi-lo, o que ajuda a consolidá-lo. Na medida em que a aplicação de um critério vai sendo acolhida, aceita, ampliada, reiterada, vai-se garantindo e consolidando um princípio.

Ou seja, não há um ato único, preciso, com data marcada que faz entrar em vigor um princípio, mas é um processo progressivo, plural, múltiplo, sucessivo, variado, prolongado, com possíveis contradições ou omissões.

Os princípios se apresentam como diretrizes eficazes que expressam a exigência do corpo social, ou melhor, derivam da consciência social de certos valores históricos, morais e sociais.

De algum modo, a flexibilidade e o dinamismo dos princípios vêm do fato de serem obra da jurisprudência.

*Galantino*⁷⁴ observa que os princípios de origem jurisprudencial se apresentam como uma categoria composta, no sentido de que, em sua elaboração, participa uma pluralidade de sujeitos - professores universitários, juízes, advogados - com uma contribuição não facilmente quantificável e qualitativamente variável nas diversas épocas históricas. Esta mesma autora observa que os juízes exercem uma dupla função: de um lado, resolvem cada caso e, de outro, vai estabelecendo, pela reiteração de sentenças, certas diretrizes que, com o tempo e a repetição, se convertem em princípios.

*Jeammaud*⁷⁵ explica que condições são requeridas para que um princípio seja tal, isto é, seja reconhecido como tal. Para começar, deve ter um elemento material, quer dizer, possuir uma vocação, por seu próprio conteúdo, de ser aplicado a múltiplas situações concretas, existentes ou eventuais, pertencentes a um mesmo gênero. Depois, um elemento hierárquico, no sentido de que não pode contrariar normas que, por sua origem constitucional ou legal, impediriam seu reconhecimento. E, finalmente, um elemento ideológico, relacionado com seu enquadramento no sistema de idéias e valores reconhecidos na ordem jurídica vigente.

Salwa, porém, é talvez⁷⁶ o autor mais preciso na matéria, quando defende que as formulações que se pretendem convertidas em princípios devem atender às seguintes exigências:

- a) expressem, em seu conteúdo, as idéias-mestras da política do Estado ou outras idéias de grande importância social e jurídica;
- b) ocupem um lugar central no sistema das normas de Direito do Trabalho;
- c) tenham importância fundamental para todo o sistema do Direito do Trabalho, determinando suas principais características e unindo as disposições deste ramo jurídico num todo harmonioso.

Como se vê, trata-se de todas as condições de fundo e não de forma, que nem sempre são fáceis de perceber.

A mesma dificuldade está em determinar a cessação ou a perda de vigência de um princípio. A inércia opera como um fator de permanência, mas, sobretudo, gravitam as mesmas razões e motivos que fizeram surgir o princípio e que continuam produzindo seus efeitos enquanto as causas continuam em ação.

Às vezes, pode-se modificar ou limitar o princípio quando se aprova uma lei que dele discrepa ou destoa. Mas não é nada fácil. O exemplo que demos, da Lei n. 13.720, que cria o COPRIN e dispõe sobre o possível estabelecimento dos salários máximos, em pouco tempo deixou de produzir efeitos, por força da resistência prática e da dificuldade de enfrentar a força do costume. É muito difícil manter por muito tempo uma política de congelamento de salários.

Há outro exemplo ainda mais ilustrativo. Durante o período de fato, foi aprovada, em 21.5.81, a chamada Lei n. 15.137, sobre associações profissionais, que restabelecia a atividade sindical com muitas restrições e limitações. Observe-se que, no Conselho de Estado, se queria aproveitar a oportunidade para romper a corrente jurisprudencial de aplicar os princípios de Direito do Trabalho e lhes ocorreu a idéia de incorporar um artigo concebido nos seguintes termos:

"Artigo 38 - Para interpretar e integrar esta lei, assim como as normas trabalhistas, rege o Título Preliminar do Código Civil".

Esta norma não tinha nenhum sentido, pois o Título Preliminar do Código Civil não havia perdido sua vigência. Certamente atendeu ao propósito de se aplicarem os critérios de interpretação e integração de caráter geral, eliminando os princípios próprios do Direito do Trabalho. A referência às outras normas trabalhistas revela claramente essa intenção. Mas os redatores do texto esqueceram-se de que o fundamento legal da aplicação dos princípios de Direito do Trabalho provém do art. 16 do Código Civil - obviamente pertencente ao Título Preliminar -, que preceitua que, em caso de dúvida, se recorra aos princípios gerais de direito e às doutrinas mais aceitas. O certo é que esse propósito ficou totalmente frustrado, porque a jurisprudência continuou aplicando esses princípios do Direito do Trabalho, e uma das primeiras leis que aprovou o Parlamento - após restabelecida a democracia - foi a Lei n. 15.738, de 13.3.85, conhecida como a lei de convalidação, porque validou a maioria das normas aprovadas durante o período de fato e anulou algumas. Entre essas, figuram as chamadas leis sobre direito coletivo de trabalho, entre as quais a que tinha essa disposição original.

Mas, além da curiosidade anedótica, esse episódio mostrou claramente a dificuldade de fazer cessar princípios que se incorporam à prática jurisprudencial e são diariamente aplicados.

Cumprir lembrar a observação de *García Martínez*, de que, embora na antinomia entre princípio e norma prevaleça a norma, isso não significa que o legislador possa separar-se taxativamente dos princípios, pois se o faz certamente a norma nascerá morta. O recente passado nos países sul-americanos é rico nessas experiências, na promulgação de leis que significavam um retrocesso com relação aos princípios de Direito do Trabalho. Essas leis só duraram, na maioria dos casos, enquanto duraram os governos de força que as sancionaram⁷⁷.

19. Enumeração

Conforme expusemos, a enumeração dos princípios é um dos pontos onde se depara com a maior variedade de opiniões.

Exatamente porque o tema não está suficientemente sedimentado nem consolidado, exporemos nossa própria lista para a qual refundiremos, incorporaremos e eliminaremos alguns dos princípios propostos pelos diversos autores.

Por ora, limitar-nos-emos a uma simples enumeração, deixando o desenvolvimento minucioso para a segunda parte deste trabalho.

Os princípios que propomos são os seguintes:

1) princípio de proteção que se pode concretizar nestas três idéias:

a) *in dubio, pro operario*;

b) regra da aplicação da norma mais favorável; e

c) regra da condição mais benéfica;

- 2) princípio da irrenunciabilidade dos direitos;
- 3) princípio da continuidade da relação de emprego;
- 4) princípio da primazia da realidade;
- 5) princípio da razoabilidade;
- 6) princípio da boa-fé; e
- 7) princípio de não discriminação.

O fato de propormos sete princípios nos leva a esclarecer que lista de princípios nunca deve ser tida como encerrada, podendo ser constantemente aumentada com novas incorporações. Do mesmo modo, achamos oportuno lembrar a equilibrada posição de *Salwa*, segundo a qual, embora a lista nunca deva ser encerrada, não convém estendê-la exageradamente. Correr-se-ia o risco de enfraquecer o papel dos princípios reconhecidos como fundamentais⁷⁸.

Desde a publicação da edição anterior, embora se tenha produzido uma significativa coincidência de caráter geral em torno dos seis princípios ali enunciados, outros princípios foram propostos à cuja incorporação na lista nos opusemos, convencidos de que um número limitado de princípios serve para preservar a importância e a hierarquia de cada um dos princípios aceitos.

Por isso, acrescentamos um último capítulo, no qual examinamos essas propostas, assim como as ressalvas que cada um deles nos leva a fazer, com exceção do princípio de não discriminação que incorporamos à lista primitiva.

20. Ambivalência

Cumpra formular a seguinte pergunta: os princípios do Direito do Trabalho só podem ser invocados pelos trabalhadores?, ou também pelos empregadores?

Uma primeira resposta diria que, como os princípios do Direito do Trabalho atendem à razão de ser do Direito do Trabalho e como este surgiu para defender os trabalhadores, esses princípios só podem ser invocados pelos trabalhadores. Mas uma reflexão um pouco mais demorada sobre a questão impõe uma resposta mais matizada e complexa.

Entendemos que devemos começar por uma distinção entre os princípios que derivam da idéia de proteção (princípio de proteção com suas três regras: princípio de irrenunciabilidade, princípio de continuidade do contrato de trabalho e princípio de não discriminação) e os demais princípios (primazia da realidade, razoabilidade, boa-fé).

Se nos restringirmos aos primeiros, devemos reconhecer que só a parte trabalhadora poderá invocá-los. Em compensação, dos outros três, qualquer **um** pode ser invocado por ambas as partes.

Isto se explica seja pela própria natureza dos princípios de que se trata. Na busca da verdade real - que inspira o princípio da primazia da realidade - qualquer das partes pode invocar a verdade verdadeira diante dos aspectos formais que a desfigurem. O trabalhador não pode invocar o formal para contestar o argumento derivado da verdade dos fatos. Ou melhor, se vier a fazê-lo, o empregador poderá invocar esse princípio da primazia da realidade para fazer prevalecer a verdade sobre a aparência, o formalismo ou a ficção.

No caso dos princípios de razoabilidade e de boa-fé, por sua própria significação, amparam, protegem e podem ser validamente utilizados por qualquer das duas partes.

Além do mais, os três últimos princípios a que nos estamos referindo não são exclusivos do Direito do Trabalho, mas comuns a todo o direito, embora tenham em nossa matéria uma significação muito mais importante.

De todo modo, em qualquer hipótese, com relação aos sete princípios, ambas as partes podem invocá-los para discutir a procedência de sua aplicação, indicar que houve excesso, demonstrar que se ultrapassou um limite em seu exercício, buscar seu adequado enquadramento se a outra parte dele fez uso de uma forma incorreta.

A jurisprudência, em múltiplos casos, tem aplicado algum dos mencionados princípios a favor da parte empregadora, por entender que é legítimo. Para demonstrá-lo com um exemplo, citemos a sentença do Tribunal de Apelações do Trabalho do 2º Turno, de 27.10.95, na qual se diz: "Por outra parte, ajusta-se ao processo a aplicação dos princípios de razoabilidade e de primazia da realidade, pois não há por que se aplicarem sempre estes princípios em favor do trabalhador, embora geralmente assim o seja, mas elevem ser entendidos como aplicáveis a toda relação de trabalho em qualquer circunstância"[79](#).

21. Visão crítica dos princípios

Depois de tê-los descrito, queremos examiná-los do ponto de vista valorativo. Em outras palavras, avaliá-los em seus aspectos positivos e negativos.

Vejamos quais são os benefícios e os prejuízos que nos pode trazer a generalização desta noção.

Começemos expondo os aspectos favoráveis:

1) Utilidade

A frequência com que são invocados em documentos, requerimentos, discussões e alegações revela a importância que os litigantes lhe atribuem. Isso é confirmado pela abundância de referências aos princípios que aparecem nas sentenças.

Constitui este dado um testemunho definitivo e incontestável de sua utilidade e da repercussão que tem tido esta noção nos meios forenses.

2) Fecundidade

A diversidade de aplicações, a pluralidade de consequências e repercussões que os juristas sabem tirar da simples proposição, a aplicabilidade a novas situações demonstram a riqueza potencial desses enunciados.

Isso demonstra uma utilidade permanente, contínua e indefinida que aumenta com o tempo.

Isso exige a recopilação das sentenças que mencionam os princípios, porque uma rápida e crescente difusão aumenta a órbita de aplicação e os casos que podem ser resolvidos por meio deles.

3) Função estruturadora

Por meio dos princípios, a tarefa jurisprudencial vai difundindo-se e ordenando-se. Para essa tarefa de ordenamento, os princípios contribuem para dar solidez, firmeza e vigor a toda a disciplina.

O Direito do Trabalho continua acumulando normas. É indefinida a riqueza e variedade da vida prática. Para ordenar, condensar e esclarecer esse conjunto de normas deve haver critérios diretores. Os princípios contribuem para sua indicação.

4) Dinamismo

O que dá impulso e capacidade de avanço e progresso à disciplina são os princípios. Por isso, são os princípios que estão na mira dos que querem conter, ou deter ou destruir o Direito do Trabalho.

Os princípios são os elementos animadores e dinamizadores de todo um ramo do direito. Sem eles, a disciplina perde iniciativa, vigor e vitalidade.

No aspecto negativo, assinalam-se seus perigos:

I) Alusão ao princípio sem aprofundamento nem justificativa da menção.

Muitas vezes as referências são simples menções do princípio sem maior desenvolvimento nem aprofundamento.

Atuam como etiquetas cômodas, que poupam raciocínios e análise mais detalhados de cada caso.

Inclusive erros grosseiros podem ser constatados em sua invocação, pois um desenvolvimento adequado do princípio deveria ter levado a conclusões diferentes ou opostas.

Corre-se o risco de convertê-los em *slogans* ou esquemas ou meros rótulos, o contrário do exame sério que deve ser feito em cada caso.

2) Pode contribuir para a perda de rigor do Direito do Trabalho.

Os cultores de nossa disciplina têm sido, muitas vezes, censurados pela despreocupação com a fundamentação numa norma de direito positivo, preferindo-se a alusão mais ou menos nebulosa ou vaga a um princípio.

Rivero Lamas diz que são princípios supletivos, porque surgem como exceções a regulações gerais, isto é, a previsão de um determinado tratamento casuístico mediante a configuração de um pressuposto fático legal que abranja grupos de casos especiais.

Em outras palavras, significa que a aplicação dos princípios não pode ser medida com um aparelho de precisão próprio das ciências exatas.

Têm certa amplitude, plasticidade, elasticidade, mas não deixam de ter limites e seriedade.

Não podem ser esticados para qualquer lado e com qualquer intensidade. Devem ajustar-se a certos parâmetros, elásticos mas existentes.

22. Aplicação ao direito coletivo

Surge, de imediato, uma questão: esses princípios regem todo o Direito do Trabalho ou somente servem para o direito individual do trabalho? Dito de outro modo: esses princípios são também válidos para o direito coletivo do trabalho?

Nossa resposta é praticamente afirmativa.

O direito coletivo do trabalho é uma parte do Direito do Trabalho substancialmente ligada à anterior.

A união dos trabalhadores se situa no início do fenômeno trabalhista e constitui a resposta natural à injustiça e à exploração dos empresários. A princípio, a união dos trabalhadores atraiu a atenção pública para o fenômeno laboral. Dessa atenção para o fenômeno laboral derivou a legislação do trabalho. Essa legislação foi reconhecendo a realidade social e sindical, o que significou suprimir entraves à união e, num segundo momento, criar estímulos para a união dos trabalhadores. Na medida em que se formaram associações profissionais, surgiu uma nova forma de criação do Direito do Trabalho: a de origem profissional e extra-estatal, que teve nas convenções coletivas sua expressão máxima.

Foram-se desenvolvendo paralelamente ambas as formas de elaboração do direito. De um lado, o direito estatal, consagrado na lei e nos regulamentos. De outro, o direito profissional ou extraestatal, concretizado nas convenções coletivas e nas normas emanadas dos órgãos tripartites ou paritários.

Porém, com o passar do tempo, o direito coletivo do trabalho de origem extra-estatal foi substituindo o de origem estatal, no sentido de torná-lo desnecessário, inadequado ou impróprio. De fato, a proteção obtida pelos próprios trabalhadores associados, através de convenções coletivas, tornou inútil a proteção outorgada pelo legislador.

Esse processo diz respeito à própria razão de ser do Direito do Trabalho.

O Direito do Trabalho surge como consequência de uma desigualdade: a decorrente da inferioridade econômica do trabalhador. Essa é a origem da questão social e do Direito do Trabalho.

As desigualdades somente se corrigem com desigualdades de sentido oposto. Durante certo tempo, conseguiu-se a desigualdade compensatória porque o Estado colocou a favor do trabalhador o peso da lei. Surgiu, assim, a legislação do trabalho.

Contudo, mais tarde, a desigualdade compensatória foi obtida por via mais adequada - no sentido de mais sua e mais apropriada -, criando a força que resulta da união.

Por isso, em todo o Direito do Trabalho há um ponto de partida: a união dos trabalhadores; e há um ponto de chegada: a melhoria das condições dos trabalhadores. Direito individual e direito coletivo do trabalho são apenas caminhos diversos para percorrer o mesmo itinerário.

O caráter individual ou o coletivo constituem meras modalidades que não afetam a essência do fenômeno. Por isso, cremos que os princípios expostos tanto se aplicam em um como em outro âmbito.

Simplesmente podemos dizer que no âmbito do direito coletivo do trabalho há certas peculiaridades que justificam, sem prejuízo da vigência genérica dos sete princípios expostos, algumas especificações especiais e complementares.

Em primeiro lugar, o alcance do princípio protetor. Ele rege ambos os ramos do direito laboral, porém apresenta formas diversas de aplicação. No direito individual criam-se normas. Por isso, o princípio se refere à seleção, aplicação e interpretação dessas normas. No direito coletivo, ao contrário, criam-se instrumentos cuja eficácia resulta do número, da disciplina, da organização técnica e administrativa, do poder material de cada uma das partes,

Deve-se garantir a possibilidade da criação desse instrumento, assim como respeitar sua autenticidade e sua liberdade de ação e de funcionamento. Uma vez restabelecida a igualdade por meio da força sindical que deriva da união, desaparece a razão de ser do tratamento desigual por parte do Estado. Deve-se buscar a desigualdade compensatória por um caminho ou por outro, pois estabelecê-la simultaneamente por ambas as vias pode significar uma superposição de proteções que engendre outro desequilíbrio de sentido oposto, que teria um efeito perturbador.

Em segundo lugar, o princípio da autonomia coletiva. Tem por objeto a regulamentação normativa das condições de trabalho pelos próprios interessados, assim como sua colaboração na administração do trabalho e na justiça trabalhista. Daí o predomínio dos procedimentos acordados pelas próprias partes para resolver os conflitos que surjam entre elas.

Em terceiro lugar, o princípio da participação na empresa. É cada vez mais forte a tendência de encarar a empresa como comunidade de produção que inclui o empregador e os trabalhadores. Isso levou primeiro à colaboração e depois à co-gestão em assuntos sociais, trabalhistas e econômicos. Cada um destes planos representa um passo mais avançado no processo e significa um grau maior e mais transcendente de participação⁸⁰.

Basta conhecer essas particularidades próprias do direito coletivo do trabalho para advertir que elas perdem seu caráter abstrato para se converterem em postulados concretos que se referem a benefícios determinados, como a liberdade sindical, a participação dos trabalhadores na criação, aplicação e controle do Direito do Trabalho e sua participação na empresa. Ou seja, que não são princípios jurídicos, mas políticos. Isto explica que tenham maior ou menor aceitação ou maior ou menor gravitação, segundo a escala de valores vigente em determinada circunstância histórica.

É verdade que algumas dessas idéias têm validade universal como o princípio da liberdade sindical que foi acolhido em quase todos os países em normas de hierarquia máxima e foi objeto de declarações e compromissos da maior significação e universalidade⁸¹. Porém não acontece o mesmo com as outras particularidades assinaladas. Além disso, o fato de que seja necessário inserir tal princípio em declarações e compromissos internacionais revela que sua aceitação não está definitivamente consolidada. Faz-se mister conseguir sua aceitação definitiva e assegurar sua aplicação efetiva.

Seu caráter de princípios políticos, segundo a classificação de *Pérez Botija*, que aceitamos, resulta justamente de que em muitos países ainda aparecem como conquistas a alcançar, ou cujo reconhecimento não se conseguiu. Não podem, pois, apresentar-se como princípios já aplicáveis.

Os princípios jurídicos que expusemos, todavia, têm plena vigência e aplicação em todo país onde vigoram normas de direito laboral.

Prescindir, portanto, do estudo desses aspectos peculiares, que surgem no direito coletivo, justifica-se sob duplo ponto de vista.

De um lado, mantém nossa exposição num plano puramente técnico, onde podem caber divergências doutrinárias, mas que constitui terreno livre de toda contaminação política, não obstante entendida esta palavra em seu mais alto e nobre sentido.

De outro lado, porque ainda que os princípios que nos propomos a expor e as considerações que formulamos sejam válidos e aplicáveis, tanto para o direito individual como para o direito coletivo, servirão elas para colocar em evidência, por sua aplicação em todo o âmbito da disciplina, que as peculiaridades do Direito do Trabalho - que justificam sua autonomia - não derivam apenas do direito 'coletivo, mas resultam também dos princípios que inspiram, presidem e regem a aplicação do direito individual do trabalho⁸².

23. Os princípios e a globalização econômica

Queremos dedicar este último parágrafo da parte geral a um tema ligado à realidade histórica.

Até agora procuramos manter a exposição teórica isenta de qualquer implicação política ou contingente. Mas não podemos ignorar a corrente de idéias que questiona a vigência atual dos princípios, em razão de uma pretensa inadequação histórica.

Com este propósito, vamos estudar o tema dos princípios com relação à globalização da economia, que é o fenômeno universal preponderante no final do presente século.

Quando se fala de globalização, alude-se a um dos aspectos mais característicos de nossa época, que consiste na eliminação de sistemas protetores da produção nacional de cada país e no impulso para o livre comércio em todo o universo.

Este fenômeno não é casual nem isolado, mas corresponde a um processo histórico que, de algum modo, torna pequeno nosso mundo, aproximando-se todas as suas partes. E em todos os sentidos. Por isso, tem muito mais profundidade do que parece à primeira vista.

Tomemos o sentido mais comum: a mundialização do comércio por meio da eliminação ou redução de entraves alfandegários ou não alfandegários.

Embora sua gestação se tenha processado por diversos caminhos, o ponto de inflexão que acelerou a história pode ser situado cronologicamente na rodada Uruguai, com a qual o GATT terminou sua atuação, tendo sido substituído pela Organização Mundial do Comércio, que procura eliminar toda forma de protecionismo.

Influíram decisivamente nesse fenômeno três fatos simultaneamente produzidos em planos distintos:

1) O extraordinário avanço tecnológico em matéria de comunicações e transportes, que aproxima todos os países e as regiões do mundo, mesmo as geograficamente mais distantes.

2) O desaparecimento de um obstáculo político representado pela queda do muro de Berlim.

Russomano chega a afirmar, num recente trabalho, que a globalização da economia universal tornou-se possível e inevitável depois da morte da União Soviética⁸³.

3) A proliferação das multinacionais - em suas variadíssimas formas de combinação -, as quais, embora existissem há muitos anos, adquiriram nos últimos tempos desenvolvimento consideravelmente maior.

É claro que as repercussões da globalização não são uniformes em todos os países e em todas as regiões, pois, de um lado, o fenômeno é diferente em cada nação e em cada setor econômico e tem diferente grau de avanço ou de aprofundamento em cada caso. Esses processos históricos não se dão instantânea e simultaneamente em todos os países. Têm distintos graus de velocidade, de extensão e de penetração. Por outro lado, seus efeitos dependem das características de cada economia, já que muitos séculos de diferenciação e singularidade não podem ser apagados em poucos anos.

Além disso, dois grandes fatores devem ser mencionados - paralelos e independentes - que contribuíram para acelerar e para salientar a importância da globalização.

O primeiro é a difusão e o crescimento do desemprego, produzido não só nos países subdesenvolvidos, mas também nos países mais desenvolvidos e mais prósperos. É certo que se trata de um fenômeno muito complexo, para o qual concorrem motivos de natureza diferente, muitos deles de caráter positivo. Coloquemos três exemplos: um é a incorporação maciça de mão-de-obra feminina no mercado de trabalho: o que em gerações anteriores era uma exceção agora é regra geral. Outro é o prolongamento da vida humana, graças aos avanços da medicina e à melhoria das condições sociais. Isto leva a estender a duração da vida de trabalho e de todo trabalhador que numa idade na qual, outras épocas, já estava aposentado, continua trabalhando com

vigor, lucidez e eficiência. Outro é o assombroso progresso tecnológico que introduz múltiplas inovações nos processos de produção que, em muitos casos, tornam menos necessária a mão-de-obra humana. Embora esse processo de tecnificação abra outras fontes de trabalho, em certos períodos gera dificuldades, especialmente para quem não se adaptar às novas tecnologias.

Esta presença da desocupação - que muitos autores de primeira linha consideram como companheira inevitável do Direito do Trabalho - tem enfraquecido as forças sindicais, pois o temor de perder o emprego afasta muitos trabalhadores da militância e tem contribuído para que se tolerem, ou não se resistam a medidas e decisões que, em outras circunstâncias, no teriam sido possíveis.

O segundo deles é o auge do neoliberalismo que entrou na moda nestes últimos decênios e que, aproveitando-se das circunstâncias políticas favoráveis, difunde sua mensagem e seu discurso. O neoliberalismo vem precisamente insistindo neste fenômeno universal para reabrir um debate que parecia encerrado no início do século, com a implantação do Direito do Trabalho em todos os países.

Reconhecida a existência da globalização, convém assinalar que a linha de argumentação a que muita gente costuma recorrer, é muito esquemática e por demais simplificada: a globalização gera competitividade e esta conduz à flexibilidade trabalhista.

Questionamos esse argumento, mas não podemos negar que tem sido amplamente difundido e que muitos o apresentam como um raciocínio impecável e irrespondível.

Nós o questionamos, pois há nele vários pontos discutíveis que obrigam a relativizar o conceito e reduzir sua significação.

O primeiro é que o custo trabalhista não tem sido medido de uma maneira que se possa dar ao fator a transcendência que se lhe quer atribuir.

Trata-se de uma grande tarefa que ainda não foi realizada e que não sabemos se algum dia poderá ser concluída.

Dever-se-ia pesquisar, em cada produto, em que medida o fator trabalho influi com relação ao custo das matérias-primas, à estrutura industrial à influência de uma boa organização empresarial aos gastos financeiros, à quota absorvida pelo Estado por meio dos impostos, à parte que se destina ao lucro dos empresários.

Sabemos que isto varia em cada atividade e em cada empresa, que se altera em cada produto em quase cada esforço produtivo.

Mas essa impossibilidade de cálculo ou de determinação do percentual de influência não justifica que se atribua um peso que não têm ao aumento ou manutenção dos benefícios trabalhistas, como se fosse o principal fator determinante ou pouco menos.

O segundo é não se avaliar a repercussão, no bom rendimento do trabalhador, de seu estado de espírito, de seu grau de satisfação com a retribuição, com suas condições de prestação dos serviços, com o nível de reconhecimento que recebe no trabalho.

Esse ponto ficou claro quando se iniciou a legislação trabalhista no começo do século e foi constatado que os países que reconheciam as primeiras conquistas trabalhistas não ficavam atrasados na competição internacional, antes, pelo contrário. Essa mesma comprovação foi corroborada ao longo de todo o século.

O raciocínio costuma ser feito com base na comparação entre o salário de um operário nórdico e o de um operário grego. O salário do nórdico é muito mais alto que o do grego, mas, como o trabalhador rende muito mais, o resultado final é sensivelmente mais benéfico para a empresa e para a produção. Entre os fatores que influem está o estado de espírito do trabalhador que é bem pago e está satisfeito.

O terceiro é uma observação de outra natureza: a competitividade não pode ser buscada com o rebaixamento das condições de trabalho do trabalhador. Não deve ser feita às custas da proteção do trabalhador.

Na própria Declaração de Filadélfia - que integra a Constituição da OIT - figura uma frase que já pertence ao patrimônio intelectual e moral de toda a humanidade: "o trabalho não é uma mercadoria".

Isto não significa que o trabalho humano não possa ser tratado como mercadoria, sujeita às leis do mercado, especialmente à lei da oferta e da procura. Todos sabemos que um trabalhador técnico, que muito poucos podem fazer, é melhor remunerado do que um trabalho comum, que muitos podem executar.

O que se quis dizer é que não deve ser tratado como mercadoria, ou seja, não deve estar sujeito às leis do mercado, pois o trabalhador é um ser humano e, por conseguinte, é portador de uma dignidade essencial que deve ser respeitada em qualquer circunstância, ou seja, há determinados limites que não podem ser ultrapassados, tendo em vista a condição humana do trabalhador.

O homem não pode ser tratado como uma coisa: deve ser sempre respeitado por sua própria dignidade. De modo que, em matéria de quantidade de trabalho, de condições de trabalho, de remuneração de trabalho, há limites intransponíveis que todos devemos respeitar e fazer respeitar.

A competitividade deve ser canalizada para a melhoria da qualidade do produto, do aperfeiçoamento do sistema e do processo produtivo, da oportunidade da entrega, da adaptação às necessidades e às preferências do mercado, da eficácia do sistema de comercialização.

Em vez de descarregar o peso dessa competitividade nos ombros do pessoal, deve-se reclamar dos empresários esforço de criatividade, busca de informação, espírito de risco que conduza à melhoria das condições de luta no mercado.

Dever-se-á também exigir dos trabalhadores um esforço paralelo de operosidade, diligência, pontualidade, produtividade para que a tarefa a ser feita tenha as condições adequadas para sucesso no mercado.

Cremos ser indispensável um entendimento comum para empreender uma luta difícil, na qual a sorte de ambos os setores é lançada em termos vitais. Um diálogo constante e fluido entre as partes, o cumprimento do dever de informação por parte dos empregadores, para que os trabalhadores tenham conhecimento dos planos, das possibilidades das oportunidades que se buscam e se projetam, e facilitar a iniciativa dos trabalhadores e o aporte de suas idéias, sugestões e experiência. Tudo isto deve ser complementado com maior maleabilidade do trabalhador, que não se aferra a uma posição imodificável, mas que revele agilidade e disponibilidade para acompanhar os esforços conjuntos.

Outro grande processo contemporâneo ao da globalização, que muitas vezes se liga ao anterior, é o da integração regional.

Esse processo tem sua expressão máxima na União Européia, mas foi reproduzido na América do Norte, com a NAFTA, no Sudeste Asiático, com o ASEAN, no MERCOSUL, com os quatro países fundadores, mas que tende a se estender aos países vizinhos. E tem seus antecedentes na ALADI, no Pacto Andino e na integração centro-americana.

Alguns o consideram como uma manifestação da globalização.

Outros, como o trabalhista argentino *Maddaloni*, o vêem como um fenômeno concomitante que surge por outras razões⁸⁴.

Outros, como o mestre brasileiro *Sússekind*, o consideram como uma forma de defesa contra a globalização⁸⁵.

Mas, qualquer que seja a interpretação, tem sido invocado como ponto de partida de um raciocínio similar ao que temos criticado. Razão pela qual os argumentos que mencionamos sobre a globalização servem também de algum modo para contestar o raciocínio que parte da integração regional.

Convém, todavia, fazer mais uma consideração: não se deve associar necessariamente a integração à competitividade.

A integração regional gera uma série de efeitos benéficos, sem necessidade de chegar a um enfrentamento e à comparação dos produtos e dos preços entre os países que integram o grupo.

Para começar, cria entre os países associados vínculos de coordenação, de cooperação, de complementação que permitem ajudarem-se uns aos outros, intercambiando tarefas, bens e serviços,

Facilita, inclusive, o empreendimento de esforços comuns que tanto pela acumulação de aptidões, experiência e possibilidades como pela soma das produções alcançam resultados que dificilmente cada país isolado poderia conseguir.

E, sobretudo, fortalece, pela união, para que, no diálogo e na negociação com outros núcleos regionais, tenha maior peso e influência. Esse relacionamento solidário é de grande importância no comércio internacional.

De modo que a competitividade interna numa região é apenas uma consequência derivada e secundária que vem muito depois e ocupa um papel acessório.

Mais do que a falta de justificativa desse argumento - que temos criticado - queremos referir-nos ao tema que está subjacente e tem uma grande atualidade: a flexibilização.

Sobre este tema tem-se escrito muito, pois sua própria elasticidade conduz a inúmeras repercussões, derivações e aplicações.

O autor brasileiro *Arion Sayão Romita*⁸⁶ afirma que a palavra-chave do discurso econômico e social dos últimos anos é a flexibilidade do mercado de trabalho.

Russomano, num lúcido resumo da evolução atual, destaca que, a pretexto de flexibilização, está-se tentando fazer a releitura revisionista do Direito do Trabalho. E o mais preocupante é que, por trás da flexibilização, desencadeia-se a campanha pela desregulamentação do Direito do Trabalho, que deve ser defendido em sua integridade essencial. Isto não significa uma posição inflexível, já que reconhece que "nossa disciplina jurídica não só admite como também exige hoje, e exigirá, o flexibilizar normas trabalhistas não significa destruir a moderada e inteligente de suas normas para se adaptarem, com possível facilidade, às mutações econômicas e sociais e, particularmente, às novas tecnologias aplicadas pela empresa moderna"⁸⁷.

Na mesma linha desse autor, o professor chileno *Francisco Walker Errázuriz*, comparando desregulação com flexibilidade, diz: "O termo flexibilidade ou flexibilização significa adaptar 'normas a circunstâncias distintas'; não é sinônimo, portanto, de 'derrogar ou suprimir'; em outras palavras, flexibilidade implica 'mudanças por adequação' e não mudanças por supressão. A nosso ver, o flexibilizar normas trabalhistas não significa destruir o Direito do Trabalho clássico, mas, pelo contrário, adequá-lo a certas e determinadas circunstâncias, mantendo integralmente seus princípios básicos"⁸⁸.

Outro destacado valor do trabalhismo latino-americano – *José Martins Catharino*⁸⁹ - resume a mesma idéia com seu dom de síntese: "Flexibilizar não é desregular. É regular de uma maneira diferente do que está regulado. A 'flexibilização' não implica, necessariamente, privatização, mas em geral assim se entende. Privatização, desregulação e flexibilização são elos de uma cadeia, incrementada pelo liberalismo econômico, com igual fecundidade". E, mais adiante, acrescenta que a flexibilização jurídica não é um fenômeno novo e que o grau de flexibilização pode ser muito variável.

Numa posição muito mais crítica, o autor peruano *Jorge Rendón Vasquez*⁹⁰ descreve o avanço da flexibilização na América Latina e conclui com seu fracasso na luta contra o desemprego que mostra sua natureza ilusória: "Mais de dez anos depois de haver sido difundida como ideologia e como uma prática concreta na legislação e nas relações de trabalho, não trouxe crescimento nem mesmo mínimo do ansiado emprego".

Na outra ponta do leque de opiniões, podemos citar o jurista colombiano *Guillermo López Guerra* que escreve: "desregulação flexibilização, empobrecimento, falta de emprego, inaplicação etc. do direito social que conhecemos... será a consequência inercial de várias crises e de não poucos progressos". Chama a atenção o fato ele, ao longo de sua exposição, mencionar muitas vezes a palavra flexibilização, e sempre o faz após as palavras desregulação e empobrecimento, como se fossem equivalentes⁹¹.

Sintetizado o panorama com uma série de opiniões representativas e recentes, passaremos a dar nosso parecer.

Entendemos que, desde seu nascimento, o Direito do Trabalho tem revelado uma grande flexibilidade.

Damos exemplos de nosso país, mas em quase todos os demais ocorreu o mesmo.

Nossa primeira lei trabalhista – de 17.11.15 – versava sobre a limitação da jornada de trabalho. Nela se estabeleciam as oito horas, mas se dava a liberdade de alterar, dentro de certos limites, a duração da jornada diária, compensando-a dentro da semana. Ao Poder Executivo competia, por sua vez, a regulamentação da duração dos descansos intermédios.

O mesmo aconteceu com a lei do descanso semanal, de 20.11.20, que prevê dois regimes de descanso semanal: o hexamedário ou rotativo (um em cada seis dias) e o hebedomadário (um em cada sete dias). Nesse regime, o dia de descanso deve ser, em princípio, o domingo, mas se prevê uma série de exceções em cujo caso há também várias alternativas para determinar como vai ser o descanso substitutivo. Do mesmo modo, no caso de trabalho extra num dia de descanso, prevêem-se várias opções.

Em matéria de licenças anuais, a lei atual, de 23.12.58, fixa um descanso anual de 20 dias úteis e contínuos; mas admite que, por convenção coletiva, as partes podem fracionar a licença em dois períodos e computar os dias de feriados.

Em matéria de salários, a lei de 12.11.43 estabelece a fixação de salários mínimos por conselhos de salários, que podem fixá-los por tempo ou por peça. E, uma vez fixados, as partes podem acordar qualquer sistema desde que se atenham ao limite mínimo estabelecido. E, dessa maneira, poderíamos continuar multiplicando os exemplos.

Se da legislação nacional passarmos às convenções internacionais do trabalho, verificaremos que quase todas elas contêm múltiplas manifestações de flexibilidade, ou seja, tanto no plano nacional como no internacional as normas trabalhistas são muito flexíveis, o que condiz com a própria natureza do Direito do Trabalho derivado do fato de estar muito próximo da realidade.

De modo que, embora não nos assuste a inserção de uma dose adicional de flexibilização, tampouco parece justificado o entusiasmo que desperta um tema do qual nossa disciplina está muito próxima e a que é receptiva.

Temos afirmado que são aceitáveis muitas das questões levantadas propondo uma solução mais *flexível* ou introduzindo algo mais que flexibilização numa solução. O que parece inaceitável é a filosofia que respalda e está por detrás de todas as propostas, que passa do que se tem chamado de flexibilidade de adaptação para uma flexibilidade de desregulamentação.

No fundo, os fomentadores deste *movimento* invocam uma fundamentação que vai além do aceitável. Já se disse que é preciso suprimir todos os rigores que possam desestimular o investidor. Ora, a supressão de todos os rigores leva à destruição do Direito do Trabalho, pois toda nossa disciplina foi edificada com base em alguma rigidez.

Se há uma limitação da jornada de trabalho é porque se proíbe trabalhar ilimitadamente. Se há um descanso semanal é porque se proíbe trabalhar consecutivamente todos os dias, sem exceção. Se há o benefício das férias é porque ao empregador se impõe a obrigação de dar certo período de descanso anual.

Suprimir todos os rigores equivalente a destruir o Direito do Trabalho.

Por isso, deve-se reconhecer certa limitação na aspiração de flexibilidade e distinguir o que se justifica do que não se justifica.

Pode haver situações em que, excepcionalmente, aparecem sinais de rigidez, que devem ser superadas desde que não afetem o essencial.

O estudo deste tema deve conduzir à distinção entre o principal e o secundário.

Sobre as disposições claras das normas legais não pode haver flexibilidade. Pode haver sobre o secundário ou o acessório.

O que preocupa é que, por trás desta campanha pela flexibilização - que, pelo visto, não é tão necessária nem justificada -, se esconda uma proposta de desregulamentação.

A fundamentação que se invoca - suprimir os rigores que limitam a ação empresarial para fomentar o investimento - leva até à destruição do Direito do Trabalho. Esse propósito deve ser denunciado, combatido e resistido.

Mas, simultaneamente, procurar eliminar os rigores excessivos, como os que o autor espanhol *Camps Ruiz*⁹² chama de irreversibilidade dos benefícios em sua dimensão diacrônica, o que equivale a dizer que jamais se pode corromper ou reverter um benefício depois de concedido.

Os princípios, próprios do Direito do Trabalho por sua própria natureza e pela índole de sua função, têm uma capacidade de adaptação e de ajuste a diferentes realidades que lhes tiram a rigidez. Ao contrário, são particularmente aptos para conduzir e acompanhar as legítimas tentativas de flexibilização.

Todo o Direito do Trabalho nasceu sob o impulso de um propósito de proteção. Se este não tivesse existido, o Direito do Trabalho não teria surgido. Surgiu com o preciso objetivo de equilibrar, com uma desigualdade jurídica favorável, a desigualdade econômica e social que havia nos fatos.

É justamente nesse momento que os princípios se desenvolvem e demonstram sua razão de ser. Não se deixa de usar guarda-chuvas quando chove, mas pelo contrário.

No momento em que se questiona sua razão de ser é que os princípios devem ser invocados, defendidos e aplicados.

A nosso ver, são os princípios que podem dar consistência, firmeza, segurança à luta para manter e fecundar o Direito do Trabalho.

Os princípios refletem o Direito do Trabalho, mas também o armam, respaldam, estruturam e animam.

Não são simplesmente descritivos para o efeito de permitir o conhecimento do Direito do Trabalho, como se fossem equivalentes à tarefa de um relator ou de um historiador que deve restringir-se à reprodução do que vê com objetividade, mas com frieza.

Os princípios se nutrem de ideais, de valores, de fundamentos sólidos que não podem ser abandonados.

Vázquez Vialard destaca esse papel fundamental que exercem os princípios para estabelecer diretrizes que o legislador deve acatar, para que a ordem criada como modelo seja justa e, portanto, eficiente, na medida em que assegure relações dessa natureza. Os princípios não só são decisivos para caracterizar e distinguir o âmbito próprio dos diversos ramos jurídicos, mas especialmente para precisar o âmbito de atuação do legislador.

Os princípios têm suficiente fecundidade e elasticidade, para não ficar presos a fórmulas legislativas concretas. Têm de possuir a devida maleabilidade para inspirar diferentes normas em função da diversidade de circunstâncias. Do mesmo modo que os princípios têm a possibilidade de inspirar diferentes legislações e soluções em diversos países, assim também podem inspirar diversas fórmulas, conforme as épocas e as circunstâncias históricas.

É preciso saber extrair, da riqueza potencial dos princípios, toda a seiva que possam ter para gerar diferentes modelos práticos ou para funcionar em ambientes diferentes.

Deve-se realizar uma atenta, inteligente e perseverante tarefa de criatividade e de adaptação para que esses princípios continuem operando e funcionando em circunstâncias distintas, até mesmo adversas ou difíceis, como são as de nosso tempo.

Em apoio à argumentação flexibilizadora, afirma-se a inadequação dos princípios do Direito do Trabalho ao momento atual.

Afirma-se que é anti-histórica a pretensão de querer manter-se, numa época diferente, determinados princípios concebidos para outra situação. Afirmar-se que pretender conservar os princípios nessas circunstâncias equivale a impor a imobilidade do Direito do Trabalho, desconhecendo a realidade e ignorando a evolução dos tempos.

Alega-se que esses princípios eram próprios de uma época em que o contrato de trabalho era único, em tempo integral e por toda a vida. Hoje há pluralidade de empregos, muitos contratos são de tempo parcial e sofrem diversas formas de transitoriedade ou temporalidade.

Começamos por esta última referência. Não é certo que essas recentes modalidades contratuais apareceram agora. Pelo menos em nosso país, há muito tempo já existia a pluralidade de empregos, se conhecia emprego por tempo parcial, como o que tinham muitos funcionários públicos que trabalhavam na atividade privada o restante da jornada e já se praticavam contratos de duração determinada, sem condições nem controles. De modo que essas modalidades contratuais não eram desconhecidas quando os princípios se difundiram e a jurisprudência os reconheceu. Em suma, é possível que houvesse uma pequena modificação nas proporções, mas tanto antes como agora havia e há contratos de natureza muito diferente.

Devemos assinalar aqui uma diferença entre a situação européia e a latino-americana. Na Europa, se haviam limitado ou condicionado os contratos de duração limitada a determinadas hipóteses ou se havia imposto legalmente a estabilidade absoluta. Em nossos países, só excepcionalmente se haviam estabelecido essas conquistas que supunham rigidez. Cobia, pois, na Europa se obter espaços para a flexibilidade, mas não acontece o mesmo na América Latina, onde já se havia logrado tudo o que se podia obter em matéria de flexibilidade.

Mas há uma observação mais profunda. Essas modalidades nada têm a ver com os princípios nem obstam o seu cumprimento. Movem-se em planos diferentes sem qualquer incompatibilidade.

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 trabalhador⁹³.

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 menoridade, pela mais ampla, de proteção pelo que se poderia agora denominar *princípio tutelar protetor*⁹⁴; *Russomano* alude ao *princípio de proteção tutelar*⁹⁵; *Kaskel-Dersch* utilizam a expressão *princípio protetor*⁹⁶; *Barassi* emprega a expressão *favor ao trabalho*⁹⁷; a *Monteiro Fernandes*, que fala do princípio de favorecimento⁹⁸, e a *Adomeit* que o chama de princípio de favorabilidade⁹⁹.

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 eloquente a idéia principal que este princípio encerra¹⁰⁰.

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 consequência 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"¹⁰¹.

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 vista¹⁰². *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"¹⁰³. 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"¹⁰⁴.

A consequência 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"¹⁰⁵.

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 legislador¹⁰⁶. 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 sentir¹⁰⁷.

Por isso diz *Caldera* que este princípio "se explice 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"¹⁰⁸.

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 jurídico¹⁰⁹.

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 próprio¹¹⁰.

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 econômica¹¹¹.

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 trabalhador¹¹².

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 Trabalho¹¹³.

Para *Monteiro Fernandes*¹¹⁴, 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 subsistência¹¹⁵.

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*¹¹⁶. 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*¹¹⁷ 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*¹¹⁸, 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"¹¹⁹.

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, pelo empregado*, 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 *na dúvida, pelo empregado* é falsa, 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 hermenêutica, 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 ser¹²⁰.

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*¹²¹, 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*¹²² 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 da 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*¹²³ 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 o 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, Cessari¹²⁴ - com um critério de que parece compartilhar Rivero Lamas¹²⁵ - 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*¹²⁶, 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 jurídicos¹²⁷.

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 jurídico¹²⁸.

Cremos 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. *Hermanz 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"¹²⁹. 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 encontre 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 a 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 posterior¹³⁹.

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.

Cessari¹⁴⁰, 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 Bosco¹⁴¹, 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 juízes 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 partilhamos. 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 forma¹⁴²:

- 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*¹⁴³. 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 dicit...* 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 [147](#).

Essa posição não é compartilhada por *Santiago Rubinstein* [148](#), 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 [149](#). 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 [150](#) 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 [151](#).

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 [152](#).

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 [153](#).

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 coletividade¹⁵⁴.

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*¹⁵⁵ acompanhando *Deveali*¹⁵⁶, 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*¹⁵⁷ 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*¹⁵⁸ 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*¹⁵⁹, 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*¹⁶⁰.

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"¹⁶¹.

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*¹⁶² e *Tissembaum*¹⁶³, 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 cautela¹⁶⁴.

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 trabalhador¹⁶⁵.

42. Recepção pelo direito positivo

Finalmente observemos que em diversos países essa norma foi acolhida no direito positivo¹⁶⁶; 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"¹⁶⁷.

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"¹⁶⁸.

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"¹⁶⁹.

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*"¹⁷⁰.

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"¹⁷¹.

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 social¹⁷². 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 copérnica.

44. Alcance

Vejamos, porém, concretamente, qual é seu alcance. *Afonso García*¹⁷³ 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 trabalhador¹⁷⁴. 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 provêm¹⁷⁵. O eminente autor brasileiro *Amauri Mascaro Nascimento*¹⁷⁶ 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"¹⁷⁷.

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 derogabilidade relativa constitui nota característica do Direito do Trabalho, sendo raros os casos de normas de ordem pública que não admitem, de forma absoluta, sua derrogação¹⁷⁸.

Quisemos fazer referência a esta colocação formulada por *Deveali* por sua originalidade, e não porque a julguemos 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 tempo¹⁷⁹. 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 pública¹⁸⁰.

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 trabalhador¹⁸¹.

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 pública¹⁸².

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 consequências 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 de 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 conjunto¹⁸⁴. *Caldera* parece inclinar-se para essa mesma solução¹⁸⁵. 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 usos¹⁸⁶.

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 flores¹⁸⁷. *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 convenção¹⁸⁸. *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 Trabalho¹⁹⁰.

*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 consequência 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 consequência 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, recorremos 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?

Segundo *Ojeda Avilés*¹⁹⁶, 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*¹⁹⁷ e *Camps*¹⁹⁸ 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"¹⁹⁹. 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 expreso 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*²⁰⁰, 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 incorporação²⁰¹.

52. Consequências da aplicação desta regra

Segundo *Alonso Garcia*²⁰², a aplicação prática desta regra da condição mais benéfica implica estas duas consequências:

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*²⁰³ - 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 consequências 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 consequência 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 consequência 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.

Noção

55. Significado

Em relação ao conceito, *Hernainz Márquez* sustenta que a irrenunciabilidade *deve* ser entendida em seu *verdadeiro* sentido, como "a não possibilidade de *privar-se* voluntariamente, em caráter amplo e por antecipação, dos direitos concedidos pela legislação trabalhista"[204](#).

Creemos que a noção *deve* ser mais abrangente, ou seja, abarcar tanto a *privação* ampla como a restrita, tanto a que se realize por antecipação como a que se efetue posteriormente. Essas diversas variedades podem representar modalidades diferentes, mas todas elas ficam compreendidas em um instituto global e único.

Por isso cremos que a noção de irrenunciabilidade pode ser expressa em termos muito mais gerais na forma seguinte: a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio.

A renúncia equivale a um ato voluntário pelo qual uma pessoa se desliga de um direito reconhecido a seu *favor* e o abandona.

De La Villa definiu a renúncia como um negócio jurídico unilateral que determina o abandono irrevogável de um direito, dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico[205](#). Pensamos que, salvo a frase final que alude, mais que ao conceito mesmo de renúncia, à limitação de sua liceidade, a definição é muito acertada porque serve para dar ênfase a uma série de notas características do instituto: é um ato jurídico do tipo dos negócios jurídicos; importa no exercício de um direito potestativo de caráter secundário; é unilateral; implica o abandono, isto é, a perda ou extinção de um direito; possui caráter irrevogável; e resulta eficaz dentro de certos limites. Com justeza, o autor mencionado explica minuciosamente cada um dos termos utilizados em sua definição, o que lhe permite distinguir particularidades muito úteis a respeito.

Ojeda Avilés[206](#), depois de lembrar os diferentes fenômenos jurídicos que o legislador designa com essa *palavra*, descreve-a com base nestas três características conceituais:

- a) é um negócio jurídico em sentido estrito, isto é, uma manifestação de vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado prático previsto e amparado pelo ordenamento jurídico;
- b) é uma atividade voluntária unilateral que não necessita do concurso de outra vontade para produzir o resultado visado; e
- c) é dispositivo, no sentido de que o efeito objetivado é justamente a saída, de nosso patrimônio, de um determinado bem que já não nos interessa conservar.

A proibição de renunciar importa em excluir a possibilidade de poder realizar-se, de maneira válida e eficaz, o desligamento voluntário dos direitos, no âmbito alcançado por aquela proibição.

O Direito do Trabalho, em termos gerais, entra nesse âmbito.

56. Peculiaridade do Direito do Trabalho

A propósito, há uma diferença muito acentuada entre o que ocorre no Direito do Trabalho e nos outros ramos do direito, em geral.

Com efeito, ao contrário do que ocorre no direito comum, *onde rege o princípio da renunciabilidade*, no Direito do Trabalho vige o princípio oposto, que é o da irrenunciabilidade. Ou seja, nos restantes ramos do direito alguém pode privar-se voluntariamente de uma faculdade, ou de uma possibilidade, ou de um benefício que possui, enquanto neste setor do direito isso não é possível: ninguém pode privar-se das possibilidades ou vantagens estabelecidas em seu proveito próprio.

Há os que crêem que essa peculiaridade do Direito do Trabalho não importa numa quebra daquele princípio geral, porquanto em seu enunciado ou formulação sempre se acham algumas limitações. Entre elas podem surgir as que abrangem o direito trabalhista e que excluem portanto a aplicação do princípio de irrenunciabilidade na área do Direito do Trabalho.

Um dos que expõem mais claramente esse ponto de vista é o autor espanhol *Hinojosa* que, partindo do art. 4º do Código Civil de seu país, que estabelece que "os direitos concedidos pelas leis são renunciáveis, a não ser que esta renúncia seja contra o interesse ou a ordem pública ou em prejuízo de terceiro", acrescenta: "E na renúncia por parte do operário dos benefícios que a lei lhe concede, se dão as duas circunstâncias que tornam impossível a renúncia. É questão de ordem pública que o trabalho humano seja devidamente protegido e remunerado; que a cobiça não explore a necessidade; que impere a verdadeira liberdade, não diminuída por entraves econômicos. E seria quase sempre em prejuízo de terceiro - dos familiares do trabalhador, dos companheiros de trabalho, que, por sua tibieza, se veriam constrangidos a aceitar condições inferiores de trabalho - a renúncia de seus direitos, que equivaleria, além disso, à das condições indispensáveis para a efetividade do direito à vida"[207](#).

O raciocínio pode ser transferido para o direito uruguaio, cujo art. 8º do Código Civil - que, por integrar o Título Preliminar das Leis, possui alcance geral - estabelece: "A renúncia geral das leis não surtirá efeito. Também não surtirá efeito a renúncia especial de leis proibitivas: o ato contra estas será nulo, se nelas não se dispuser em contrário".

Ressalvada a impropriedade lingüística, esta disposição importa em consagrar a possibilidade, em princípio, de renunciar aos direitos emergentes das diversas leis que não sejam proibitivas, as quais constituem a imensa maioria. Mas, por outro lado, as leis trabalhistas podem considerar-se proibitivas, na medida em que proíbem pactuar condições de trabalho inferiores às nelas estabelecidas, que marcam níveis mínimos de proteção.

De qualquer modo, seja pela forma particular de aplicar a regra geral em uma situação especial, seja pela expressão de uma regra diferente da geralmente aplicável, o certo é que a irrenunciabilidade se transformou em princípio próprio do Direito do Trabalho.

Montoya Melgar frisa que o sentido de proteção, que o Direito do Trabalho continua manifestando em sua atitude para com os trabalhadores, reflete-se no princípio de irrenunciabilidade de direitos[208](#).

Fundamento

57. Diversas formas de exposição

Há diversas formas de expor o fundamento deste princípio.

Alguns o baseiam em outro princípio mais profundo e transcendente, qual seja, o princípio da indisponibilidade; outros o relacionam com o caráter imperativo das normas trabalhistas; outros o vinculam à noção de ordem Pública; outros o apresentam como forma de limitação da autonomia da vontade.

Cremos que, por caminhos diferentes ou até com simples terminologia diferente, chega-se à expressão da mesma idéia, ilustrando-a em diferentes aspectos. Por isso, vamos acompanhar esses quatro procedimentos coincidentes, para melhor esclarecer os conceitos.

Reconhecemos que esta distinção tem certo grau de esquematismo e artifício, porquanto classificamos os autores nestes quatro grupos em função da idéia prevalente em cada um deles, sem que as posições revelem nenhum exclusivismo. Quase todos utilizam também as expressões caracterizadoras dos outros grupos, já que não são antagônicas, mas afins e coincidentes.

58. Princípio de indisponibilidade

Em relação à idéia de *indisponibilidade*, quem melhor expôs esta posição foi *Santoro-Passarelli*[209](#). Segundo o ilustre professor italiano, a disposição dos direitos do trabalhador está limitada em suas diversas formas, porque não seria coerente que o ordenamento jurídico realizasse de maneira imperativa, pela disciplina legislativa e coletiva, a tutela do trabalhador, contratante necessitado e economicamente débil, e que depois deixasse seus direitos em seu próprio poder ou ao alcance de seus credores. Assinala que, no caminho da indisponibilidade compreendido há pouco tempo, a lei tem muitos passos a dar.

Assinala o autor que a plena indisponibilidade, subjetiva e objetiva, está estabelecida somente para os abonos familiares, os salários e fundos especiais instituídos pelo empregador para a previsão e assistência ao trabalhador, mas ainda sem a contribuição deste[210](#).

A tutela imperativa do trabalhador é mais ampla no concernente aos atos de disposição, em favor do empresário, dos direitos derivados das normas inderrogáveis. Neste caso a indisponibilidade assume as formas da *irrenunciabilidade* e da *intransigibilidade*.

A lei estabelece a invalidade das renúncias e transações que têm por objeto os direitos indicados, tanto nos casos em que tais negócios são concluídos no ato de constituição da relação de trabalho ou durante a mesma, como nos casos em que eles são celebrados depois de seu término. Esta última hipótese se justifica pela necessidade de reforçar a posição do trabalhador frente ao empresário, assegurando a igualdade das duas partes.

A invalidade deve ser considerada como uma anulabilidade dependente de uma incapacidade jurídica especial do empregado.

A fim de que a indisponibilidade não seja limitada à irrenunciabilidade, mas estendida à intransigibilidade, entende-se que a lei proíbe ao empregado não somente o sacrifício sem correspondência, que é a renúncia, como também os sacrifícios eventuais que existem na transação, quando a retenção patronal puder ser maior do que o devido.

A intransigibilidade não impede o compromisso de arbitragem, o recibo por saldo e a conciliação entre as partes, perante as autoridades correspondentes.

Mais recentemente *Almansa Pastor* expressa: "O princípio da irrenunciabilidade dos direitos implica a nulidade da renúncia pelo trabalhador, dos benefícios estabelecidos por normas de direito necessário. Não obstante, o princípio assim enunciado carece de suficiente generalidade para ser considerado como tal, e permanece como simples mandato imperativo do art. 36 da Lei de Contrato de Trabalho e do art. 69 da Lei da Segurança Social. A generalidade do princípio exige que este não se limite à simples renúncia, mas que ascenda à indisponibilidade dos direitos"[211](#). E anota que a jurisprudência em geral não admite a irrenunciabilidade como princípio geral de direito em seu sentido técnico, porque lhe basta aplicar diretamente a norma que impede a renúncia[212](#).

A professora *Galantino* observa que, na doutrina italiana, se distinguem o momento genético e o momento funcional do direito. Com relação ao primeiro, refere-se à inderrogabilidade, que determina a nulidade e a substituição de tudo o que regula a constituição de um direito subjetivo de uma maneira distinta do que estabelece a norma. Quanto ao segundo, refere-se à indisponibilidade, isto é, uma vez adquirido o direito e incorporado ao patrimônio, ele é por si disponível, a menos que o ordenamento contenha específicas normas limitativas da autonomia dispositiva do sujeito. Em outras palavras, a indisponibilidade é o atributo do efeito, isto é, do direito que nasce da própria norma.

Baseando-se no art. 2.113 do Código Civil italiano, entende que a inderrogabilidade produz a nulidade do fato contrário e a substituição da cláusula atentatória da norma inderrogável; enquanto os atos que implicam a violação da indisponibilidade devem ser impugnados no prazo de seis meses, sob pena de caducidade. Por isso se diz que não se trata de nulidade, mas de anulação[213](#).

Sem dizê-lo diretamente, critica a confusão entre inderrogabilidade e indisponibilidade.

59. Imperatividade das normas trabalhistas

São porém muito mais numerosos os autores que vinculam este princípio à idéia das normas *imperativas*.

Esclareçamos de início que isto nada tem a ver com a imperatividade das normas jurídicas, já que todas elas são imperativas enquanto contêm um mandamento. Não são simples convites, conselhos ou recomendações. São ordens. Se não, não seriam normas.

Esta idéia tem relação, pelo contrário, com a distinção entre normas imperativas e normas dispositivas, que corresponde à divisão procedente do Direito Romano *entrejus cogens* e *jus dispositivum*. O *jus cogens* é integrado por normas que devem ser cumpridas qualquer que seja a vontade das partes. O *jus dispositivum* é constituído pelas normas que se devem cumprir só quando as partes não tenham estabelecido outra coisa.

Quem expôs uma das posições mais radicais nesse sentido foi *De La Cueva*[214](#), que inclui todo Direito do Trabalho dentro do *jus cogens*:

"Facilmente se compreende - diz o ilustre mestre mexicano - a inclusão do Direito do Trabalho no direito imperativo. A existência das relações entre o capital e o trabalho não depende da *vontade* de trabalhadores e patrões, mas tem um caráter de necessidade. O liberalismo considerou que sua regulamentação *deveria* ser deixada à *vontade* de cada trabalhador e patrão e por isso consignou no Código Napoleônico o princípio da autonomia da *vontade*. A injustiça e desigualdade social que esta pretensa autonomia da *vontade* produziu fizeram com que o Estado intervisse para garantir aos trabalhadores um mínimo de vida.

"Assim iniciou-se a transformação do Direito do Trabalho, *jus dispositivum* no Código Napoleônico, para o Direito do Trabalho como *jus cogens* e, com o transcurso do tempo, ao elevar-se o mínimo de garantias sociais, completou-se sua transformação, pois as garantias, tanto as individuais quanto as sociais, têm por função essencial assegurar a intervenção do Estado para que em toda relação jurídica se respeitem seus imperativos. Donde se deduz que o Estado deve intervir em cada relação de trabalho, como intervém a respeito da garantia da liberdade pessoal, para impor aos patrões, coativamente se necessário, o cumprimento das obrigações impostas pelas garantias sociais.

"O Direito do Trabalho, como direito imperativo e garantia constitucional, ao regular as relações entre o capital e o trabalho, se dirige, por um lado, a cada patrão e a cada trabalhador, por ocasião do estabelecimento das relações e, por outro, ao Estado, enquanto o obriga a zelar para que as relações se constituam na forma dos princípios contidos na lei e nas normas que a suprem, e sejam por elas governados.

"Sem este caráter imperativo manifesto nessa dupla direção da norma, não seria o Direito do Trabalho um mínimo de garantias, nem preencheria sua função; pois se a idéia de garantia, seja individual ou social, faz referência àquelas normas cuja observância se considera essencial para a realização da justiça, deixá-las subordinadas à vontade de trabalhadores e patrões equivale a destruir seu conceito, como princípio de cuja observância é o Estado o encarregado".

*De Ferrari*²¹⁵ sustenta uma posição bastante similar, ao asseverar que "o Estado dá a certas normas caráter imperativo e as impõe empregando eventualmente a coação. Nenhum sistema jurídico subsistiria se não se baseasse nesse poder. De outro modo as normas de direito passariam para a categoria de preceitos morais ou convencionalismos sociais.

"As regras de Direito do Trabalho têm, em geral, caráter imperativo e irrenunciável. O Estado dá a certas normas caráter imperativo e concede um poder de vigência inderrogável pelas partes, em virtude de diferentes razões. No caso das leis do trabalho, a imperatividade se baseia no interesse e na necessidade de organizar a economia, de preservar a espécie e, em outros casos, na necessidade de proteger os economicamente débeis.

"Pode-se dizer que, em geral, todas ou quase todas as normas que fazem parte do Direito do Trabalho são normas de ordem pública, e as relações de trabalho, sujeitas originariamente a um *jus dispositivum*, encontram-se submetidas, em nossos dias, a um *jus cogens*".

*Borrajó*²¹⁶ parte do caráter tutelar das normas trabalhistas para afirmar que elas têm o caráter de obrigatoriedade, enquanto impõem condições mínimas ao nível que o Estado considera como ajustado às exigências da personalidade do trabalhador, às possibilidades do ramo ou da empresa, etc. A consequência é óbvia: os benefícios estabelecidos em tais normas são irrenunciáveis, entendendo-se a renúncia como abandono de um direito sem compensação.

A obrigatoriedade das normas jurídico-trabalhistas conduz à irrenunciabilidade de benefícios e, com ela, à exceção sistemática da teoria dos atos próprios.

Um dos indícios da especificidade do Direito do Trabalho frente ao direito comum é que no Direito do Trabalho a exceção se tornou regra e a renúncia aparece como lesiva ao interesse que a norma quer regular.

*Gottschalk*²¹⁷, em profundo estudo dedicado ao tema, parte do mesmo pressuposto - a divisão entre o *jus cogens* e o *jus dispositivum* - que define da seguinte forma: é direito imperativo quando a ordem jurídica não confere ao sujeito de direito a faculdade de regulamentar livremente suas relações jurídicas, mas determina sua conduta de modo absoluto, soberano, incondicional. É direito dispositivo, quando a própria ordem jurídica delega aos sujeitos de direito o poder de formular sua própria norma de conduta, condicionando a obrigatoriedade da norma legal à não utilização dessa faculdade. Considera, porém, que não se justifica a generalização com que *De La Cueva* atribui, sumariamente em sua totalidade, o Direito do Trabalho ao *jus cogens*.

Não se pode caracterizar o Direito do Trabalho como direito imperativo sem afirmar concomitantemente a mais completa eliminação da vontade privada como força juridicamente relevante na elaboração normativa das relações jurídicas disciplinadas por ele.

Não há quem sustente tal absurdo. Se o Direito do Trabalho procura proteger a personalidade humana, é óbvia a impossibilidade de suprimir a livre manifestação de uma das qualidades supremas desta personalidade: sua vontade.

A verdade parece paradoxal: invoca-se o caráter imperativo do Direito do Trabalho precisamente para garantir a liberdade desta vontade. Não essa *liberdade formal*, como o proclamou um individualismo mal-entendido, e sim a *liberdade real*, que consiste na "igualdade econômica entre os fatores capital e trabalho", concluindo-se daí que "o Direito do Trabalho não é, em síntese, um limite à liberdade de contratar, mas à liberdade de explorar o fator trabalho, constituindo, inversamente, a possibilidade de existir uma real liberdade de contratar".

No campo do Direito do Trabalho surge, pois, uma distinção essencial e de suma importância: nele existem normas imperativas que não excluem a vontade privada, mas a cercam de garantias para assegurar sua livre formação e manifestação, valorizando-a como a expressão da própria personalidade humana.

Ressalte-se que o Direito do Trabalho não é, no fundo, um direito obrigacional. Antes de mais nada, é direito entre pessoas, distinguindo-se não obstante do direito de família pelo grau de intensidade das relações pessoais, bem como pelo caráter temporário e precariedade dos laços pessoais.

Um direito que em sua essência disciplina a conduta humana em sua função criadora de valores, que é a expressão da responsabilidade social e da colaboração para um fim comum, não pode excluir de seu campo a manifestação da *vontade* privada, mas, pelo contrário, deve traçar-lhe limites que lhe permitam o cumprimento de sua missão.

60. Caráter de ordem pública

Vários autores inferem este princípio a partir do *caráter de ordem pública* que teriam as normas trabalhistas.

A propósito *convém* precisar que tal afirmação, de que as normas trabalhistas são de ordem pública, não significa afirmar que integram o direito público. Uma coisa é a distinção entre o direito público e o direito privado e a adequada ubiquação do direito trabalhista dentro dessa classificação tradicional, e outra, muito diferente, é afirmar que as normas trabalhistas são de ordem pública. Essa afirmação só significa que o Estado considerou melhor excluir a possibilidade de que as partes acordem por decisão própria a regulamentação de sua conduta, de maneira diversa da que tenha estabelecido o legislador. Mas a norma de ordem pública tanto pode pertencer ao direito público como ao direito privado. Vejamos um *exemplo* bem *ilustrativo*: o direito de família faz parte do direito *civil* e, portanto, integra o direito *privado*, sendo todavia todas, ou quase todas as suas disposições, de ordem pública, no sentido de que os interessados não podem regular suas relações jurídicas de modo diferente do estabelecido pelo legislador.

A noção de ordem pública foi muito bem definida pelos autores brasileiros. Segundo *Clóvis Beviláqua*, "leis de ordem pública são aquelas que, em um Estado, estabelece os princípios, cuja manutenção se considera indispensável à organização da *vida* social, segundo os preceitos do direito"[218](#). *Evaristo de Moraes Filho* afirma: "Ordem pública significa o que não pode ser derogado, renunciado, por simples manifestação de vontade dos particulares. É o que O Estado julga imprescindível e essencial para a sobrevivência da própria sociedade, o bem comum, o interesse geral. Sempre, em todos os tempos, uma certa porção de atos humanos foram tidos como necessários e obrigatórios para esse *desideratum*"[219](#). No "Dicionário Jurídico Omeba" figura esta correta definição, proposta por *Juan Carlos Smith*: "conjunto de condições fundamentais da vida social, instituídas em uma comunidade jurídica, as quais, por afetarem no âmago a organização desta, não podem ser alteradas pela vontade dos indivíduos nem, se for o caso, pela aplicação de normas estrangeiras".

Devemos precisar também que, em geral os autores que partem do conceito de ordem pública não efetuam nenhuma distinção com respeito às normas imperativas, salvo *Ferreira*, que propõe esta distinção - embora advertindo que ela é pouco admitida pela doutrina - para demonstrar que existem normas imperativas que produzem efeitos diferentes de outras[220](#).

Geralmente são utilizados como sinônimos, sem prejuízo das especificações que possam depois ser efetuadas em relação ao diferente grau de intensidade de seu caráter obrigatório e irrenunciável a que posteriormente nos referiremos.

Como exemplo disso, dentro de nossa disciplina, podemos citar *Rafael Caldera*, que, ao enumerar as características do Direito do Trabalho, menciona: "2) O caráter imperativo de suas disposições, que as vincula diretamente à ordem pública e claramente as faz prevalecer sobre as estipulações contratuais". E em seguida, ao referir-se concretamente ao princípio que estamos estudando, expressa: "Ao dizer que as leis do trabalho são de ordem pública, ou que têm caráter imperativo, diz-se que elas têm caráter de irrenunciabilidade"[221](#).

Também pode ser mencionado neste grupo, além do ilustre venezuelano, *Cabanellas*, que afirma, enfaticamente: "O princípio da irrenunciabilidade dos direitos deriva do caráter de ordem pública que têm as disposições do direito trabalhista"²²².

Por outro lado, esta é uma idéia muito difundida no direito francês, como o demonstram estes dois expressivos exemplos. *Durand* e *Jaussaud* expressam: "As regras do Direito do Trabalho são objeto de sanções rigorosas. Este direito está marcado pelo signo da ordem pública. A maior parte das regras que contém não pode ser descartada por contratos individuais, nem sequer por contratos coletivos. A legislação social tem por fim assegurar a proteção dos débeis e de manter a paz social: não se conceberia que a vontade privada pudesse destruir as previsões legais"²²³. Vinte e cinco anos depois, *Camerlynck* e *Lyon-Caen* expõem substancialmente a mesma idéia: "O Direito do Trabalho se apresenta como uma série de prescrições de caráter imperativo, marcadas com o signo da ordem pública social, constituindo em proveito dos trabalhadores um mínimo intangível, ao qual a negociação pode agregar mas não retalhar nem diminuir"²²⁴.

Vinte anos depois, *Lyon-Caen* e *Pelissier* caracterizam-no como um direito imperativo, referindo-se à ordem pública social nos seguintes termos: "O Direito do Trabalho, direito controlado por funcionários e sancionado pelos tribunais, apresenta-se como uma série de prescrições de caráter imperativo, constituindo, em proveito dos trabalhadores, um mínimo intangível, ao qual a negociação pode somar mas não diminuir: assim é o salário mínimo ou as regras relativas às condições de trabalho (trabalho noturno, descanso semanal, etc.). Fala-se também de uma ordem pública social. O qualificativo social significa que, com relação à ordem pública geral (art. 6º do Cód. Civil), a facilidade de derrogação é diferente: impossível em detrimento do trabalhador, é possível a seu favor (por contrato individual ou por convenção coletiva).

Esta ordem pública social justifica a autoridade do Direito do Trabalho tanto no espaço como no tempo: as leis do trabalho têm sido reconhecidas como leis de polícia e de segurança (art. 5º do Cód. Civil), regendo todas as empresas, situadas no território francês, em suas relações com seu pessoal; um contrato de trabalho não pode ser regido por outra lei, a menos que seja mais favorável ao trabalhador. As leis do trabalho, do ponto de vista do direito provisório, são de aplicação imediata, mesmo se modificam os efeitos de um contrato de trabalho em curso; se as leis do trabalho entram em conflito com outra fonte do direito, como a convenção coletiva, têm primazia sobre esta, a menos que contenha disposições mais vantajosas para os trabalhadores²²⁵.

Seis anos depois, *Javillier* assim se expressa, referindo-se à ordem pública social: "No Direito do Trabalho, a ordem pública é relativa: ordem pública social". As convenções coletivas de trabalho podem conter "disposições mais favoráveis aos trabalhadores que as disposições das leis e regulamentos em vigor". Na ordem das relações individuais de trabalho, as cláusulas das convenções aplicáveis ao empregador se aplicam aos contratos concluídos com ele, salvo as disposições mais favoráveis (art. 2.135-2). A Corte de Cassação esclarece que aplicando-se a convenção coletiva de trabalho a partir do dia seguinte a seu registro, "suas disposições mais favoráveis substituem de pleno direito as dos contratos de trabalho nas empresas pertencentes a seu campo de aplicação".

No direito comunitário, a harmonização, especialmente para promover a melhoria do ambiente de trabalho, é concebida, freqüentemente, levando-se em conta a situação das PYMES*. Mas, em geral, as diretrizes contêm, com muita freqüência, em suas disposições finais, um artigo que esclarece não atentarem elas contra "a faculdade dos Estados-Membros de aplicar ou de introduzir disposições legislativas, regulamentares ou administrativas mais favoráveis aos trabalhadores".

Um mal-entendido técnico deve ser imediatamente esclarecido. Não pesa nenhuma obrigação jurídica sobre o próprio legislador. O "sempre mais" social pode ser uma reivindicação sindical, mas não é imposta pelo Estado. Este pode modificar uma legislação anterior num sentido que não seja total ou parcialmente favorável aos interesses dos trabalhadores.

O princípio da ordem pública social implica uma combinação de normas (heterônomas e autônomas) num sentido favorável aos trabalhadores. A abrangência do princípio é muito ampla, pois o domínio da ordem pública absoluta é muito limitado.

O Conselho de Estado, num importante acordo, afirmou o princípio com muita clareza. Conforme os princípios gerais do Direito do Trabalho, as disposições legislativas e regulamentares, tomadas no âmbito deste Direito, apresentam um caráter de ordem pública, no sentido de garantirem aos trabalhadores "vantagens mínimas que não podem, em nenhuma hipótese, ser suprimidas ou reduzidas, mas não são obstáculo a que estas garantias ou vantagens sejam aumentadas ou que garantias ou vantagens não previstas pelas disposições legislativas ou regulamentares sejam instituídas por meio de convenções"²²⁶.

Em uma das mais recentes monografias sobre o tema, o autor espanhol *Ojeda Avilés* apresenta uma explicação dos fundamentos da irrenunciabilidade, que constitui uma forma peculiar de apresentar esta mesma posição, ainda que prevalentemente referida ao direito positivo espanhol e mais concretamente ao art. 36 da Lei de Contrato de Trabalho de 1944, que reproduz o teor idêntico ao da Lei de 1931.

"A causa direta e imediata da proscrição de renúncias se encontra na necessidade de proteger o ordenamento do trabalho contra as fraudes à lei: o art. 36 constitui nem mais nem menos do que um mecanismo defensivo da normatividade trabalhista frente à fraude: o que fundamentalmente se contempla nele não é o interesse do trabalhador, mas o conjunto de normas destinadas a salvaguardar esse interesse. A atuação do ordenamento trabalhista que protege o trabalhador ficaria gravemente comprometida se fosse permitido a estes renunciar aos direitos estabelecidos em seu favor. As soluções para evitar tais atentados contra a ordem pública são duas: ou se estabelece em cada caso quais os pressupostos renunciativos que ficam anulados por fraudar o interesse legal, ou, pelo contrário, se implanta uma cláusula anulatória geral, pela qual toda renúncia é declarada *a priori* desprovida de validade, sem entrar na intencionalidade das partes ou no efeito mais ou menos danoso que ela possa provocar. Esta última solução é a recomendável, quando se observa uma alta periculosidade na renúncia, sendo esta a situação, no que se refere às que afetam o trabalhador.

"Este princípio é um esteio que defende o Direito do Trabalho das distorções da renúncia, um invólucro protetor que evita que a solidez daquele degenere, se dilua e se dissolva. O princípio da irrenunciabilidade constitui, no Direito Social, diz-nos *Menéndez Pidal*, uma 'limitação *dojus dispositivum*'; justamente para evitar seu abuso, ou para que não se possa evadir do cumprimento desta legislação, tanto em benefício do sujeito no Direito Social digno de proteção, como para evitar que de forma indireta se possam anular os fins da política social seguida, o que, definitivamente, transcende do individual para o campo do bem comum. Em síntese, o que a norma do art. 36 implanta é um mecanismo defensor da ordem pública trabalhista contra as fraudes à lei'.

"O intento de levar maior justiça ao *status* do trabalhador fica descumprido e burlado pelo procedimento da renúncia sistemática por parte deste; era necessário pôr um termo a esta espécie de atividade negociai, e a solução foi taxativa: a nulidade de toda rejeição dos benefícios *legais* do trabalhador. E esta defesa da ordem pública trabalhista frente às investidas da fraude será acionada, em múltiplas ocasiões, contra a vontade do empregado, do assalariado, porque o que substancialmente se colima não é esta vontade mais ou menos viciada, às vezes absolutamente convencida de que o que mais lhe convém é justamente a renúncia, mas a incolumidade do ordenamento do trabalho, indiretamente corroída pela renúncia"[227](#).

61. Limitação à autonomia da vontade

Outros autores colocam especial ênfase no significado do princípio como *limitação à autonomia da vontade*: apresentam-no justamente como expressão e consequência dessa limitação à autonomia da vontade, própria de nossa disciplina.

Assim é que *Krotoschin*[228](#), partindo do caráter impositivo das normas de Direito do Trabalho - enquanto direito de subordinação (direito público), as normas de Direito do Trabalho são em princípio impositivas, no mesmo grau que de um modo geral tem o direito público caráter impositivo; e, enquanto direito de coordenação (direito privado), as normas de Direito do Trabalho são de preferência de ordem pública, por transcender tais normas o interesse puramente individual e serem inseparáveis do interesse social -, afirma que esse caráter impositivo importa estabelecer o primado da vontade coletiva sobre a vontade individual.

Aqui se põe a questão de saber em que consiste a liberdade dos indivíduos diante de normas impositivas, de que o Direito do Trabalho se constitui na maior parte. Essa liberdade se restringe ao fato de entrar ou não em relação com aquelas normas (celebrar ou não o contrato de trabalho, por exemplo). Se as partes se decidem no sentido de relacionar-se, sua liberdade muitas vezes termina neste mesmo momento e todo o resto é uma consequência inelutável. Para conhecer os direitos e os deveres das partes, neste caso, é suficiente, em geral, contemplar a lei, e não é preciso esquadriñar também a vontade dos indivíduos com respeito àqueles.

A restrição da autonomia da vontade que disso se infere afasta o Direito do Trabalho do direito comum clássico, mas dificilmente redundará em menosprezo da personalidade, nem acaba definitivamente com aquela autonomia.

A autonomia da vontade como tal não está em jogo, mas se trata de evitar seu abuso. Para esse efeito, em alguns setores da vida social o legislador transplantou a autonomia da vontade do terreno individual para o terreno coletivo. Hoje em dia, as organizações do trabalho são pessoas que, em primeiro lugar, gozam plenamente dessa autonomia, enquanto os indivíduos só desfrutam dela na medida em que o gozo parece compatível com o interesse social.

De sua parte, expressa *Ferro*[229](#): "Sabe-se que é no Direito do Trabalho que o princípio da autonomia da vontade, que em certa época reinou com esplendor no campo dos contratos, sofreu maiores restrições.

"Um dos meios de que se utilizou para lograr esse resultado consistiu em dispor a irrenunciabilidade dos direitos consagrados, com vistas à proteção do trabalhador.

"Esta limitação ao poder de dispor de seus direitos, que vigora com respeito ao trabalhador, é coerente com o propósito tutelar que a inspira, o que é de toda lógica".

Afonso García expressa: "As limitações à autonomia privada têm, pois, no plano jurídico trabalhista, um significado evidente: representam o restabelecimento necessário dos pressupostos iniciais sobre os quais se deve aventar a possibilidade dogmática do contrato, isto é, o princípio da igualdade das partes. Porque é então, e unicamente então, que se pode exigir o respeito mútuo de uma parte às condições por ela mesma aceitas.

"A autonomia privada encontra o fundamento de suas limitações na mesma composição da ordem social, na natureza da sociedade e dos valores, onde impera uma necessária submissão da vontade autônoma aos ditames dos interesses superiores, constitutivos da comunidade e de sua existência, indispensáveis para poder ordenar devidamente a realidade social através de meios jurídicos. As relações trabalhistas são relações que transcendem a esfera individual daqueles que atuam como sujeitos delas, para interessar à sociedade em geral e determinar, em não pequeno grau, uma clara repercussão. Poderíamos dizer que, nesse sentido, as relações jurídico-trabalhistas - contratuais ou não - importam no bem comum, fixam os limites de sua vigência em função e na dependência de um interesse da sociedade"[230](#).

Alcione Niederauer Corrêa expressa: "Se é verdade que a liberdade jurídica pertence ontologicamente ao homem, não o é menos que o uso dessa liberdade deve ser limitado pelos interesses de outros homens e da própria organização social. É, aliás, na limitação da autonomia da vontade que se constroem os pilares mais poderosos da garantia de liberdade para todos os que vivem em mútuas relações de dependência na vida social. É na limitação da autonomia individual que o Estado encontra o maior remédio para proteger o trabalho e, em consequência, a liberdade e a dignidade do seu prestador"[231](#).

Entre nós, *Sarthou*[232](#) explica que a relação autonomia-heteronomia se inverte no Direito do Trabalho, em relação ao direito comum. No direito comum, a autonomia é a regra, e a heteronomia, a exceção. No Direito do Trabalho a regra é a regulamentação heterônoma e a exceção, o acordo autônomo.

Essa nota de excepcionalidade da autonomia da vontade no Direito do Trabalho pode ser em um direito positivo mais clara que em outros. Mas, sem dúvida, considerando a tendência para o futuro, o princípio de proteção será cada vez mais intenso e, em consequência, mais limitada a autonomia da vontade.

A autonomia da vontade tem limitações específicas, próprias do Direito do Trabalho. Como é lógico, as limitações gerais do direito civil são aplicadas ao Direito do Trabalho, na medida em que a vontade das partes não pode, pelo contrato de trabalho, convenção coletiva ou contrato de seguro privado, ferir os bons costumes, as bases da ordem pública do Estado ou as normas proibitivas expressas que tendem a proteger situações de direito especiais. Mas o Direito do Trabalho - aventando outro fundamento a mais para o reconhecimento de sua especificidade ou autonomia - impõe restrições e limitações para a defesa de valores e bens jurídicos que lhe são próprios.

E o primeiro exemplo que menciona é justamente a irrenunciabilidade dos direitos. A ampliação do campo da irrenunciabilidade para além da proteção da ordem pública e das normas proibitivas, visando a defesa do trabalho higiênico, do salário suficiente, da liberdade sindical e de outros direitos essenciais do trabalhador, é a primeira restrição específica do Direito do Trabalho à autonomia da vontade dos eventuais contratantes.

62. Vício de consentimento presumido

As quatro posições que até agora resumimos possuem, como já o expusemos, uma grande afinidade entre si, a ponto de nem sempre ser fácil distingui-las, porque os aspectos que abordamos para caracterizá-las não são excludentes, nem muito menos antagônicos, porém, de certo modo, complementares. Tanto é assim que muitos autores invocam simultaneamente várias das motivações que consideramos como caracterizadoras.

Por outro lado, todos eles partem da natureza própria do Direito do Trabalho, assim como do significado que tem este para o Estado, enfatizando ou enfocando aspectos diversos de uma mesma realidade.

Pelo contrário, há outro tipo de fundamentação que difere substancialmente das anteriores, porque não parte da índole das normas nem de sua importância social mas da situação das partes no plano psicológico. É a que fundamenta a irrenunciabilidade nos *vícios de consentimento presumidos* ou reais que invalidariam a renúncia do trabalhador.

A essa fundamentação se refere *Alonso García*, quando afirma que não poucos autores crêem que o princípio da irrenunciabilidade deriva da aplicação ao ordenamento jurídico-trabalhista da doutrina sobre os vícios do

consentimento, entendendo-se em virtude dela que o trabalhador que renuncia o faz por ignorância ou erro que vicia o ato²³³.

De La Villa participa dessa fundamentação, ao dizer que se tenciona encontrar o fundamento da irrenunciabilidade dos direitos, que as leis trabalhistas concedem, na própria essência do Direito do Trabalho como direito protetor: "... a proibição da renúncia há de conjugar-se assim com o próprio fato da subordinação, considerando-se que, em tais circunstâncias, a renúncia pode não ser um ato livre. Parte-se da presunção de que o trabalhador que renuncia aos benefícios legais atua por falta de liberdade, forçado a isso pela situação proeminente que ocupa o empregador na vida social"²³⁴. Nada obstante, deve-se ressaltar que esse autor considera errôneo um tratamento unitário da renúncia dos direitos trabalhistas, entendendo que se devem distinguir pelo menos três situações: a) no âmbito do contrato de trabalho; b) nas relações coletivas; c) no ordenamento da previdência social.

Também *Peretti Griva* alude a essa fundamentação, quando resume a evolução ocorrida no direito italiano, em matéria de transações e renúncias²³⁵.

O art. 17 da lei italiana sobre emprego privado, de 13.11.24, estabelece: "As disposições do presente decreto serão observadas apesar de qualquer pacto em contrário, salvo no caso de acordos especiais ou de usos mais favoráveis ao empregado, e salvo no caso em que o presente decreto autorize expressamente sua derrogação consensual".

O Tribunal de Cassação havia atribuído um alcance limitado a este dispositivo, entendendo que tinha sido determinado unicamente por considerar que o empregado, por sua posição subordinada e pressionado pela condição patrimonial inferior, não estava em condições de manifestar um consentimento válido, quando se tratasse de aderir a um tratamento menos vantajoso do que aquele que a lei lhe havia querido assegurar. Em consequência, havia declarado a nulidade das renúncias e transações efetuadas durante o contrato de trabalho, mas havia reconhecido a validade das renúncias e transações posteriores à cessação da relação, posto que não existindo mais nem o vínculo da subordinação, nem o temor das consequências patrimoniais prejudiciais, derivadas da resolução da relação, a vontade do empregado poderia manifestar-se com todas as garantias da liberdade.

Relembra *Peretti Griva* sua freqüente oposição a essa interpretação, porque a lei não havia feito nenhuma distinção entre a vigência da relação e sua cessação: havia imposto a observância do tratamento mais favorável, atribuindo a esta prescrição o caráter de ordem pública, por considerar a própria adesão do protegido ineficaz para elidi-la. E sobretudo porque se olvidava o pressuposto ideológico do art. 17, que era não só contemplar o interesse patrimonial privado do empregado como também assegurar uma disciplina social. Aceitando a validade das renúncias e transações posteriores à relação de trabalho, dá-se às partes o meio para elidir aquelas normas de ordem pública. A consideração de que o empregado não teria expressado sua autêntica vontade pode ter sido um motivo concorrente e não principal.

Posteriormente aprovou-se o novo Código Civil italiano, cujo art. 2.113 estabelece: "As renúncias e transações que têm por objeto direitos do prestador de obra, derivados de disposições inderrogáveis da lei ou de normas corporativas, não são válidas. A impugnação deve ser proposta sob pena de decadência, dentro de três meses da cessação da relação e da data da renúncia ou da transação, se estas tiverem sido realizadas depois da mesma cessação".

O artigo resolve acertadamente o problema, mas o informe do Ministro da Justiça volta a incorrer em um fundamento errôneo, ligado aos vícios do consentimento: "Antes de tudo o artigo não faz distinção entre renúncias e transações, por considerar que, em ambos os casos, o trabalhador manifesta sua conformidade em condições de liberdade de vontade minimizada, ou pelo temor (é inútil dizer se fundado ou não) de uma despedida, ou pela necessidade econômica em que se encontra. Essa dupla razão da tutela legislativa leva a não distinguir entre renúncias e transações feitas com anterioridade ou depois da cessação da relação. Neste segundo caso, se não influi mais o temor da despedida, influi na determinação do consentimento a normal impossibilidade de esperar o resultado de um litígio judicial, que constrange o trabalhador a fazer transações desastrosas, no intuito de obter a vantagem de uma cobrança segura e imediata".

Observa *Peretti Griva* que, apesar de se haver estendido expressamente a possibilidade de impugnação das transações e renúncias posteriores ao término da relação, ao invés de pôr-se em evidência o único título ortodoxo que impunha tal extensão - vale dizer, a inderrogabilidade das normas não suscetíveis de renúncia ou transação - o recurso foi invocar uma razão de ordem prática, qual seja o presumível vício de consentimento, também para os acordos posteriores à resolução da relação.

Conclui o ilustre autor italiano, assinalando que não se trata de mera discussão abstrata, mas de uma colocação jurídica da qual derivam consequências importantes. Uma delas é que, quando as renúncias ou transações se referem a direitos inderrogáveis, não é necessária a demonstração da existência de um vício do consentimento, mas basta a natureza inderrogável do direito transacionado ou renunciado. Para compensar tal facilidade probatória do trabalhador, foi fixado para a impugnação um prazo breve de decadência. Para os efeitos de que

isto não implique prejuízo para o trabalhador, deve-se entender que, quando há um autêntico vício do consentimento, pode ele ser invocado e provado em qualquer momento, sem necessidade de ater-se a este prazo.

Diz *Sagardoy*²³⁶: "O fundamento social do princípio da irrenunciabilidade é a proteção contra a desigualdade das partes; seu fundamento jurídico, a presunção de que obedece a um vício de origem (erro de entendimento ou falta de voluntariedade do ato de renúncia)".

*Afonso Olea e Maria Emilia Casas*²³⁷ citam uma argumentação judicial que expressa a mesma idéia: "é a presumida inferioridade de sua situação contratual que se quer corrigir com a irrenunciabilidade e a imperatividade estrita da norma trabalhista enquanto o trabalhador está vinculado à empresa, somando-se ao critério objetivo da imperatividade da norma o critério subjetivo difuso de um vício da vontade que invalida a renúncia".

Registramos nesse parágrafo essas duas opiniões porque aludem aos vícios do consentimento, mas invocam também outros fundamentos mais profundos, pondo em evidência a dificuldade da distinção entre as diversas correntes.

63. Alcance preciso da irrenunciabilidade

Em conexão com o item anterior, surge a questão do preciso alcance da irrenunciabilidade.

Já vimos que somente *De La Cueva* e, de forma menos enfática, *De Ferrari* sustentam que a totalidade das normas trabalhistas são irrenunciáveis.

Os demais juslaboralistas costumam utilizar expressões mais imprecisas, tais como "a maioria das normas", ou "a generalidade das normas": ou "boa parte das normas": ou "quase todas as normas", ou "em princípio", ou termos equivalentes.

E alguns autores chegam a efetuar uma classificação das normas, distinguindo não só entre as irrenunciáveis e as que não o são, como também fixando diferentes graus de irrenunciabilidade, que se traduzem em diferentes efeitos, em caso de violação da respectiva proibição, e em formas distintas de superar-se essa proibição.

Isso nos leva a efetuar uma classificação de todas as normas trabalhistas segundo seu diferente grau de intensidade, o qual repercute naturalmente neste aspecto, evidenciando o que certo autor chamou de relatividade da ordem pública em matéria trabalhista.

*Barass*²³⁸, por exemplo, começa distinguindo entre leis categóricas e leis dispositivas. As primeiras são as inderrogáveis, consideradas de ordem pública porque não podem ser supridas pela vontade dos interessados. As segundas são aquelas que, por serem derogáveis, podem ser substituídas pela vontade estabelecida pelos interessados. A inderrogabilidade pressupõe então que o fim da norma seja a proteção de um interesse não exclusivo de um dos contratantes, isto é, de um interesse coletivo ou de tal importância que subtraia ao contratante protegido - o trabalhador - o risco de verse submetido, na estipulação do contrato, a uma forte pressão do empresário, no sentido derogatório.

O mais interessante porém é que o autor classifica as normas legais categóricas em:

a) rigidamente categóricas. Com elas quis o legislador impor sua vontade, excluindo, pela importância das normas ditadas, que a vontade dos sujeitos a sua observância as possa derogar, nem mesmo por disposições intersindicais. Nem o contrato individual, nem o contrato coletivo podem derogá-las; e

b) limitadamente categóricas. Quando somente a vontade intersindical e não a vontade individual for capaz de derogá-las, mesmo em prejuízo do trabalhador.

*Gottschalk*²³⁹, coerente com sua posição, segundo a qual existem normas imperativas que não excluem a vontade privada, mas que se propõem a garantir sua livre formação e manifestação, valorizando-a como expressão da própria personalidade humana, assevera que o Direito do Trabalho procura limitar duplamente a vontade privada: algumas vezes para tutelar a pessoa humana contra os riscos que corre sua integridade física ou moral no exercício de sua força de trabalho (tutela do trabalho, direitos assistenciais); outras vezes contra a exploração de sua inferioridade econômica (proteção do salário, restrição ao direito de rescindir o contrato individual de trabalho, condenação do abuso de direito em suas múltiplas formas).

Ambas as limitações importam em um direito imperativo. Entretanto, de acordo com sua finalidade, os efeitos jurídicos de sua inobservância são bem diferentes.

Uma norma cujo objetivo seja a prevenção de acidente do trabalho, ou que proíba ao menor o trabalho nocivo a sua saúde, não pode ser modificada ou derogada pela vontade das partes, no contrato individual de trabalho. A transgressão da norma não torna nulo o contrato, mas o infrator responde pela indenização, além das sanções de natureza administrativa ou penal.

As normas que procuram primordialmente eliminar a prepotência econômica ou hierárquica da vontade do empregador - desigualdade *de facto* presumida durante a vigência da relação de trabalho, oriunda do contrato individual de trabalho - não impedem uma manifestação contrária da vontade das partes contratantes, se essa vontade se forma e se declara em circunstâncias e por atos inequívocos de liberdade e equivalência das duas vontades concorrentes.

Mas ainda nesta hipótese pode a validade jurídica do ato depender da natureza do bem protegido, o qual nem sempre é somente a vontade real (equivalência jurídico-social e não somente jurídico-formal) da parte economicamente mais débil ou hierarquicamente subordinada, mas um bem jurídico, retirado da disponibilidade de seu próprio titular, no interesse de terceiros ou da coletividade²⁴⁰.

*Durand e Jaussaud*²⁴¹, referindo-se ao conflito das leis no tempo e, mais particularmente, à aplicação imediata das normas trabalhistas, expõem que a ordem pública pode ter diversos graus de exigência. Se é particularmente exigente, deve aplicar-se de imediato, inclusive aos contratos de trabalho em vigor. Mas outras vezes a ordem pública não é tão imperiosa, admitindo que os contratos de trabalho em andamento continuem sendo regidos pelo direito anterior, reservando a lei nova para aplicação aos contratos de trabalho posteriores. Seria inexacto sustentar que todas as normas trabalhistas são de aplicação imediata, porque todas interessam de igual modo à ordem pública.

*Ferro*²⁴² opina que a maior parte das normas que integram o Direito do Trabalho não são renunciáveis porque afetam a ordem pública ou porque este seja direito imperativo, mas que, mediante sua qualificação de *ordem pública*, ou sua sanção em caráter imperativo, subtrai-se do campo da autonomia da vontade a regulamentação de alguns dos negócios jurídicos que a ele se referem, com o fim de proteger a pessoa humana, a liberdade real, o interesse de terceiros ou o da coletividade. Crê ser importante ter em conta o fim colimado, porque, não obstante serem as leis sempre imperativas em sentido genérico, em alguns casos o são mais do que em outros.

E especifica exemplos de normas que objetivam os diferentes fins, tomando-os naturalmente do direito argentino vigente no momento da publicação de seu estudo.

Vamos expô-los na mesma ordem em que estão citados, que coincide quase exatamente com a da enumeração inicial (a única diferença está em que o primeiro exemplo corresponde à segunda referência e vice-versa), limitando-nos a sublinhar a frase com que se indica a finalidade colimada.

O caráter imperativo de uma lei não tem, amiúde, outra utilidade que *assegurar a proteção de vontades que se presumem demasiado débeis*. O legislador proíbe certas derrogações por acreditar não serem livremente consentidas. As normas sancionadas com essa finalidade são as que objetivam proteger a liberdade real e que se traduzem em medidas tutelares na ordem patrimonial (v.g., a Lei n. 11.728, na medida em que não tolera o chamado *truck system*).

A *pessoa humana* se vê face a face com as normas que *Barassi* denomina *protetoras*, quais sejam, as que se encontram nas leis sobre higiene e segurança (repouso, leis que se referem ao trabalho de mulheres e menores, prevenção de acidentes, etc.).

Entre as que levam em conta o *interesse de terceiros*, podem ser citados o art. 19, inciso 4º, do Código Penal e disposições similares das leis de aposentadoria, na medida em que a falta cometida pelo titular do direito não alcança aos familiares.

As normas que objetivam manter o pleno emprego ou criar fontes de trabalho, como sejam as que impõem aos empregadores a obrigação de empregar determinado número de trabalhadores nacionais, mutilados por acidentes ou de guerra, podem ser assinaladas como exemplos de normas que contemplam o *interesse da coletividade*.

Nem todas as leis a que se fez referência ficam fora da disposição dos particulares; as que tendem a conseguir a liberdade real podem ser modificadas quando a vontade se expressa em circunstâncias e atos inequívocos de liberdade e equivalência de ambas as vontades concorrentes, segundo a frase de *Gottschalk*. Estas são leis imperativas que produzem efeitos especiais. Por isso, quando a liberdade real existe, considera-se novamente o princípio da autonomia da vontade e, como corolário dessa conclusão, admite-se que a convenção coletiva possa modificar a lei.

*Deveali*²⁴³, por sua vez, desenvolvendo um critério exposto por *Alfredo Orgaz* no sentido da "suma elasticidade e imprecisão" do conceito de ordem pública, afirma que a inderrogabilidade das normas tuitivas do Direito do Trabalho é uma consequência da *ratio legis*, já que "as mesmas razões que justificam a norma impõem o caráter inderrogável da mesma". A inderrogabilidade diz respeito ao conteúdo da norma e, por conseguinte, "deve ser admitida ainda que não tenha sido expressamente declarada pelo texto legal; analogamente, no caso de existir uma disposição expressa em tal sentido - que proclame a inderrogabilidade ou o caráter de ordem pública de um texto legal - tal declaração *deve* ser interpretada e aplicada de acordo com a natureza da lei e dentro dos limites próprios de cada ordenamento jurídico".

Problemas

64. Problemas emergentes

Passaremos agora a examinar os problemas que a irrenunciabilidade suscita, alguns dos quais já foram surgindo ao longo da exposição que *vimos* efetuando.

Iremos expondo-os *sucessivamente*, sem que a ordem seguida obedeça a nenhum critério de importância recíproca, nem necessariamente de vinculação lógica entre si.

65. 1º problema: quais são as normas realmente irrenunciáveis?

O primeiro problema *derivado* do caráter não absoluto e em geral da irrenunciabilidade, que acabamos de expor, consiste em determinar quais são as normas realmente irrenunciáveis.

Deveali sustenta que algumas vezes decorre de seu conteúdo, seja de forma explícita ou implícita. Outras vezes decorre da *ratio legis*, isto é, da finalidade objetivada pela norma²⁴⁴.

A forma explícita é a mais simples: ocorre quando se estipula expressamente o caráter inderrogável ou de ordem pública da norma. Não se requerem a respeito termos sacramentais, já que igual significado tem uma expressa proibição de renúncia, ou a declaração de nulidade de todo acordo tendente a estabelecer solução diferente da estipulada pelo legislador.

Pareceria ser esta a fórmula mais recomendável por sua clareza: entretanto é muito pouco aplicada. Algumas vezes, inclusive, esse mesmo caráter excepcional de sua utilização provoca problemas, como consequência da possibilidade de invocar-se o argumento *a contrario sensu*, a respeito de todas as outras normas que não são alcançadas por essa declaração.

No direito uruguaio podemos citar tão-somente o art. 13 da Lei n. 16.074, de 10. 10.89, sobre acidentes de trabalho: "Todo contrato, acordo ou renúncia que tenha por objeto desonerar o patrão das obrigações e responsabilidades que lhe impõe esta lei, ou que seja derogatório das disposições da mesma, é absolutamente nulo";²⁴⁵ o art. 15 da Lei n. 12.590, de 23.12.58, sobre férias anuais: "O direito ao gozo da licença estabelecida por esta lei não poderá ser objeto de renúncia, e será nulo todo acordo que implique o abandono do direito, ou sua compensação em dinheiro, fora dos casos previstos pela mora"; e o art. 8º da Lei n. 13.720, de 16.12.68, criando a Comissão de Produtividade, Preços e Ingressos: "Esta lei é de ordem pública..."; e o art. 9º da Lei n. 15.966, de 17.11.88, sobre horas extras. E como exemplo do efeito contrário que possa ter uma disposição legal restritiva nesta matéria pode ser citado o art. 15 da Lei n. 12.156, de 22.10.54, sobre viajantes e vendedores ambulantes, que diz: "As disposições dos arts. 1º e 7º da presente lei são de ordem pública". Donde se deduziu fundamentalmente que os restantes artigos não eram de ordem pública, pelo que poderiam ser derogados ou modificados mediante acordo das partes. Isso fez com que a Lei n. 14.000, de 22.7.71, que introduziu várias emendas e complementos nessa primitiva lei, tenha estabelecido em seu art. 8º: "Declaram-se de ordem pública todas as disposições da Lei n. 12.156, de 22.10.54, e desta lei, sendo nula toda renúncia a seus benefícios, feita pelo viajante ou vendedor praticista".

A forma implícita é a que deriva inequivocamente do próprio conteúdo da norma. Neste sentido, uma lei que estabeleça uma jornada máxima ou um salário mínimo possui um conteúdo inderrogável derivado da própria função que cumpre. A esse propósito, *Deveali* expressa com grande precisão e clareza: "Seria inútil ditar uma norma que fixasse a jornada máxima ou o salário mínimo, se fosse permitido às partes exceder tal jornada ou pactuar um salário menor. Quando se diz jornada *máxima* ou salário mínimo quer-se indicar que se trata de limites que não podem ser ultrapassados, mesmo que o texto legal não contenha uma disposição expressa que assim o declare. Ocorre o mesmo quando a lei impõe uma obrigação de pagar uma indenização por despedida não inferior a determinada quantia, de outorgar férias por prazo não inferior a certo período, ou disponha que a

suspensão não aceita pelo empregado não possa exceder a um período determinado. O caráter inderrogável de tais normas está implícito em seu conteúdo"[246](#).

Entretanto, acrescenta o mesmo *Deveali* que outras vezes a irrenunciabilidade resulta da *ratio legis*, ainda que sem necessidade de uma indicação explícita ou implícita contida no texto. Às vezes, "a proibição de derrogá-las em prejuízo dos trabalhadores se identifica com a *ratio legis*, posto que as mesmas razões que justificam a norma impõem seu caráter inderrogável. Sem necessidade de recorrer ao conceito de ordem pública e de esclarecer se a inderrogabilidade em prejuízo do operário é um efeito de ordem pública, ou se, pelo contrário, a existência desta deve ser deduzida do caráter inderrogável da norma, entendemos que, em nossa matéria e dentro dos limites que adiante indicaremos, a inderrogabilidade diz respeito ao conteúdo da norma; deve-se, pois, admiti-la mesmo no caso de não ter sido expressamente declarada pelo texto legal"[247](#).

Barassi[248](#) expõe este mesmo tema sob o título "Índices de la categoricidad", indicando os seguintes:

- a) a prevista nulidade ou anulabilidade de uma derrogação contratual. É o índice mais importante porque a consequência óbvia da norma categórica é a ineficácia do pacto derrogatório;
- b) o acentuado tom imperativo da norma, de modo que resulte evidente a exclusão da derrogação contratual;
- c) algumas vezes o caráter categórico da norma resulta esclarecido pelo contraste com a norma precedente; e
- d) a aplicação de uma sanção penal indica que o interesse protegido é público, Isto sucede nas leis protetoras e de previdência social.

Caldera[249](#) resume muito sobriamente todo o desenvolvimento anterior em uma frase de conteúdo muito rico: "A irrenunciabilidade, consequência da imperatividade, depende da índole de cada disposição e do modo como está formulada",

Sem atribuir nenhum erro a estas duas formulações sintéticas que acabamos de expor, pensamos que a utilidade de um desenvolvimento mais minucioso, como o que foi exposto por *Deveali*, é a de manifestar que não se requer um reconhecimento expresso no direito positivo para que a norma possa ser considerada irrenunciável.

66. Exige-se a declaração no direito positivo?

Assim resolvemos outro problema bastante vinculado ao anterior: somente são irrenunciáveis as normas a que o direito positivo atribui esse caráter? Ou, em outras palavras: para que uma norma trabalhista seja irrenunciável, é necessária uma referência expressa do direito positivo?

Acreditamos que, justamente, a prolixa distinção de *Deveali* põe em evidência que não é necessário um reconhecimento expresso e nem sequer implícito no direito positivo, senão que muitas vezes esse caráter irrenunciável deriva do próprio conteúdo da norma ou de sua finalidade,

Coincidindo com esse enfoque, *Pérez Botija* entende que, à margem das normas de direito positivo, há um fundamento doutrinário que o leva a afirmar, com *Jordana de Pozas*, que as leis reguladoras do trabalho têm, em geral, como característica essencial, a de serem *irrenunciáveis*, em atenção aos fins que visam[250](#). Acrescenta a seguir a fundamentação de *Balella*, que invoca duas ordens de considerações alheias ao reconhecimento pelo direito positivo, para justificar a natureza obrigatória e a não permissão ao trabalhador de privar-se da proteção que a lei lhe outorga. Em primeiro lugar, porque o operário, constrangido pela necessidade, poderia encontrar-se na situação de desistir dos direitos que uma lei ou uma convenção coletiva lhe reconheça; assim viria a frustrar-se o fim precípua da legislação social, que outro não é senão o de subtrair o trabalhador de sua condição de inferioridade econômica. Em segundo lugar, muitas disposições, embora tendo por objetivo e chegando a realizar o interesse econômico mediato do operário e sua integridade física e moral, podem ter por resultado imediato o seu prejuízo econômico e então o trabalhador acreditará ser o caso de procurar esquivar-se das obrigações provenientes das disposições de que se trata[251](#).

Ao desenvolvimento que acabamos de resumir, permitimo-nos acrescentar mais um argumento com base nos comentários da doutrina espanhola à norma específica existente no Estatuto dos Trabalhadores com relação a este tema.

O art. 3º.5 do citado corpo normativo estabelece que "os trabalhadores não poderão dispor validamente, antes ou depois de sua aquisição, dos direitos que tenham reconhecidos por disposições legais de direito necessário. Tampouco poderão dispor validamente dos direitos reconhecidos como indispensáveis por convenção coletiva".

Afonso Olea e María Emilia Casas observam que "é preciso partir da presunção geral de que, em princípio, todas as normas trabalhistas são, em bloco, de direito necessário e presididas pelo princípio da irrenunciabilidade". Na colisão entre o contrato individual e a norma estatal, a lógica impõe que se parta do caráter necessário da norma estatal, salvo determinação expressa em contrário.

Com relação aos direitos reconhecidos como indisponíveis por convenção coletiva, pareceria que a convenção precisasse de cláusula expressa de indisponibilidade com referência a seu próprio conteúdo. O princípio deve ser também de que a convenção coletiva é direito necessário com relação ao contrato individual, sem necessidade de empregar expressamente essa qualificação, como diz a jurisprudência do Supremo Tribunal [252](#).

Tomás Sala Franco afirma que disposições legais de caráter necessário equivalem a norma imperativa, caráter que deve ser presumido em favor de toda norma trabalhista, salvo disposição em contrário. Da mesma forma, não é preciso que as convenções coletivas registrem expressa atribuição de indisponibilidade, já que esta deve ser presumida, pois seu conteúdo obriga empresário e trabalhadores [253](#).

Em nosso país, embora haja uma norma geral estabelecendo que a renúncia especial de leis proibitivas não surtirá efeito e que o fato contra estas será nulo se nas mesmas não se dispuser o contrário (art. 8º do Cód. Civil), a jurisprudência trabalhista não tem tido dúvidas em respeitar o princípio da irrenunciabilidade em matéria de Direito do Trabalho.

Das numerosíssimas sentenças sobre o particular, permitimo-nos destacar uma na qual se diz: "O princípio de irrenunciabilidade determina a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo Direito do Trabalho em benefício próprio" [254](#).

67. 2º problema: os inconvenientes da irrenunciabilidade

Um segundo problema pode ser denominado pelo título paradoxal de inconvenientes da irrenunciabilidade.

Admitido teoricamente o princípio, cumpre assinalar que sua aplicação não carece de dificuldades.

Deveali [255](#) recorda uma série de considerações para ter em conta os inconvenientes que derivam da impossibilidade de transações e renúncias:

a) as relações de trabalho são muito numerosas e abarcam a quase-totalidade da população;

b) a legislação do trabalho, em todos os países, devido a seu amplíssimo campo de aplicação e a seu objeto - que consiste na multiforme e continuamente variável realidade econômica -, a seu caráter eminentemente regulamentar e seu processo de formação necessariamente sujeito a fatores circunstanciais, dá lugar a numerosas dúvidas em sua aplicação diária. Esse inconveniente não seria excessivamente grave se se referisse às indenizações por despedida, mas resulta gravíssimo quando diz respeito a modalidades de prestação diária de trabalho, como no caso da jornada de trabalho dos anciãos e dos menores, dos descansos compensatórios, das ausências por doença, etc.; e

c) na relação de trabalho é mister reduzir o máximo possível as rixas entre patrão e empregado, já que elas afetam a serenidade e o espírito de colaboração, necessários ao aumento da produtividade, no interesse de ambos e da coletividade.

Como harmonizar essas duas exigências opostas, a de proibir a derrogação das normas trabalhistas, mediante renúncias e transações, e a de evitar uma litigiosidade contínua durante a relação de trabalho? A primeira exigência imporia a instalação de um ou mais tribunais em cada fábrica, para decidir diariamente sobre as inumeráveis dúvidas que a aplicação das leis trabalhistas ocasiona aos trabalhadores; dúvidas suscitadas por estes últimos e, amiúde, pelos próprios empregadores, os quais também estão interessados em que as normas obscuras sejam esclarecidas *a priori*, a fim de evitar reclamações posteriores. Mas, se assim fosse, as melhores energias seriam dedicadas à litigiosidade, em lugar de sê-lo à produção. O litígio, que em uma sociedade organizada constitui um fato patológico, de caráter excepcional, converter-se-ia em um fato normal, de efeitos extremamente perniciosos, não somente no tocante à produção, como também sob o aspecto ético e psicológico.

Para harmonizar essas exigências opostas elaboraram-se diferentes soluções, que pretendem introduzir outra margem de relatividade que torne o quadro menos absoluto e compacto. Mas já agora não nas normas, como visto, porém no ato mesmo da renúncia, distinguindo formas e matizes, dentro de uma grande variedade de possibilidades que ocorrem na prática.

68. 3º problema: variedades de renúncia

O terceiro problema a ser examinado é o referente às *variedades de renúncia*, ou às distintas modalidades que o ato de renunciar apresenta na prática.

69. Renúncias unilaterais e bilaterais

Uma primeira distinção surge entre as renúncias que resultam de um ato unilateral e as que derivam de um acordo bilateral. É certo que toda renúncia, afinal de contas, é um ato unilateral, mas que pode apresentar-se isolado e só, ou enquadrado em um negócio, dentro do qual também a outra parte realiza alguma renúncia de seus direitos.

Esta distinção se apresenta em geral como a comparação entre renúncia e transação. A renúncia - ensina Süsskind - é um ato jurídico unilateral, pelo qual o titular de um direito dele se despoja. A transação, ao contrário, é um ato jurídico pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas²⁵⁶.

A renúncia - acrescenta Dorval Lacerda²⁵⁷ - é um ato unilateral enquanto o contrato e a transação são necessariamente bilaterais. Mas não é só isso. A renúncia, como ensina Paolo Greco²⁵⁸, pressupõe a certeza, pelo menos subjetiva, do direito de que é objeto, enquanto a transação, pelo contrário, pressupõe certa insegurança, do ponto de vista subjetivo, sobre o direito ou respectiva situação jurídica, no que concerne à existência, limites ou modalidades: é uma *res dubia*, segundo a doutrina tradicional, entendendo-se a dúvida em um sentido subjetivo, mas que possa ser reconhecida como possível e razoável segundo as contingências comuns da vida e considerando-se as circunstâncias do caso.

Anota De La Villa que, por sua natureza unilateral, a renúncia se diferencia da transação, negócio jurídico contratual bilateral e sinalagmático, com vistas à composição de diferenças existentes entre as partes para evitar um litígio ou, se for o caso, destinado a pôr fim ao litígio iniciado. Não aceita a explicação da transação como o conserto de mútuas renúncias, já que na transação ocorrem cessões de cada parte, e o conteúdo de tais cessões pode implicar ou não uma renúncia de direitos; se a cessão não implica renúncia na medida em que não se pode renunciar a um benefício que não se tem, ainda que se creia tê-lo e se atue como tal - não há base para aquela cessão, e se, pelo contrário, a transação encobre renúncia ou renúncias, esta ou estas se desvirtuam com o pacto e não podem juridicamente apresentar-se como tais²⁵⁹.

Insistindo sobre a distinção, Süsskind acrescenta que, para que haja transação, é imprescindível que: a) duas pessoas pelo menos estejam vinculadas entre si, em virtude da relação jurídica da qual derivam direitos e obrigações; b) haja insegurança no pertinente a determinado ou determinados direitos patrimoniais, isto é, direitos incorporados ao patrimônio de uma das partes do contrato; c) a controvérsia seja extinta mediante concessões recíprocas.

A renúncia se refere a um direito certo e existente, ou pelo menos futuro, porém certo, e que não seja um direito impugnado, porque ninguém pode renunciar a uma coisa cuja propriedade não lhe seja amplamente reconhecida.

A transação, inversamente, se refere sempre a duas prestações opostas (uma do empregador, outra do empregado) que se reduzem por mútuo acordo a uma só, por cessão mútua, donde se deduz a existência, quanto a tais prestações, respectivamente, de direitos incertos ou direitos que se chocam, o que pressupõe litígio. A *res dubia* - elemento essencial da transação - deve ser entendida em um sentido *subjetivo*, isto é, dúvida razoável sobre a situação jurídica objeto do precitado acordo. E a incerteza subjetiva deve concernir às duas partes que realizam a transação²⁶⁰. Por isso, ensina Carnelutti, "o pressuposto da transação é constituído não tanto pela *res litigiosa* quanto pela *res dubia*"²⁶¹. E por isso mesmo, assinala Prosperetti, "a doutrina tem demonstrado uma repugnância decisiva a admitir a transação, no caso de má-fé de uma das partes"²⁶².

É que, se um dos contratantes tem certeza da obrigação que deve cumprir, age obviamente de má-fé ao transacionar com a outra parte, beneficiando-se das recíprocas concessões convencionadas.

Mas em que pese a exatidão conceitual da observação, frisa *Ojeda Avilés* a dificuldade prática de demonstrar a certeza subjetiva do litigante temerário. Por isso, não é viável diferenciar a transação da renúncia com base na certeza do que discute o direito objetivo da transação ou renúncia. A transação só pode ser individualizada porque a *litis* é resolvida mediante concessões recíprocas.

Em geral, admite-se a transação e rechaça-se a renúncia²⁶³. Há duas razões fundamentais. A primeira, de caráter teórico, que a transação supõe a troca de um direito litigioso ou duvidoso por um benefício concreto e certo, enquanto a renúncia supõe simplesmente a privação de um direito certo. A segunda, de caráter prático, porque o fato de a transação ser bilateral não significa sacrifício gratuito de qualquer direito, vez que, ao contrário de uma concessão, sempre se obtém alguma vantagem ou benefício.

Mas isto obriga a examinar cuidadosamente o conteúdo de cada acordo para descobrir se ele não se limita a dissimular uma ou mais renúncias, tentação que muitas vezes os trabalhadores enfrentam, desejosos de tornar efetivo, de imediato, um crédito que o empregador se nega a pagar integralmente, com ou sem fundamentos.

70. Renúncias sobre aspectos jurídicos e de fato

Bastante ligada à anterior, surge a distinção entre renúncias referentes a aspectos jurídicos e renúncias relativas a aspectos de fato.

Assinala corretamente *Peretti Griva* que, na maior parte das transações, a convenção se refere aos elementos de fato na relação. E apresenta o seguinte exemplo, do direito italiano, que pode muito facilmente ser trasladado para situações similares enquadradas em outras ordens jurídicas. O empregado afirma haver trabalhado 1.000 horas extraordinárias que, por disposição de ordem pública, devem ser retribuídas com um acréscimo sobre a retribuição do trabalho normal. O empregador não nega, em princípio, o acréscimo; mas afirma que as horas são somente 100. Devido à negativa, e à dificuldade da prova, o empregado transige sobre a base de 500 horas. Nessa transação nada há que vá contra a ordem pública. O princípio da ordem pública sancionado pela lei e pelas normas coletivas, do tratamento mais favorável do contrato individual, está perfeitamente a salvo. Não se renuncia à exigência do pagamento do trabalho extraordinário como tal. Transaciona-se exclusivamente sobre o *quantum* do trabalho prestado em concreto. Uma transação dessa natureza é perfeitamente válida e eficaz; tanto se fora concluída durante a relação, como se o fora após o seu término. Poder-se-á em suma opor somente um vício real de consentimento, de acordo com as normas comuns sobre contratos²⁶⁴.

Compartilhando de modo geral o raciocínio do ilustre autor italiano, cumpre assinalar o perigo de que por esse caminho se desnature a proibição das renúncias (ou das transações que importem em renúncias), já que em todo problema trabalhista está envolvida uma questão de fato, a qual, em quase todos os casos, pode ser objeto de divergências e, portanto, de transação.

71. Renúncia expressa e tácita

Segundo a forma sob a qual se manifesta, a renúncia pode ser expressa ou tácita.

A renúncia expressa é aquela que exterioriza de forma clara a vontade de desligar-se de um direito.

A renúncia tácita é a que pode ser deduzida de certos comportamentos do trabalhador, que evidenciem o propósito de privar-se de certos direitos. Nesse caso entram em jogo as garantias lógicas destinadas a outorgar aos atos do renunciante a eficácia de uma declaração de renúncia. A jurisprudência e a doutrina exigem em tais casos que a renúncia se faça de forma clara e precisa, sem que seja lícito deduzi-la de expressões de duvidosa significação, muito menos de parágrafos fragmentários. Exige-se que a renúncia seja tão clara que não deixe lugar a dúvidas.

Nesse sentido, cabe enfatizar que a renúncia não se presume.

Trata-se do anormal do excepcional do atípico. Por isso, deve-se prová-la de forma bastante contundente e indubitável. Não obstante, em alguns países, as normas presumem a renúncia a partir de alguns pressupostos. Nesse caso fala-se em renúncia presumida.

Ressalta *De La Villa* que não se pode qualificar como ato de renúncia tácita o não - exercício definitivo do direito - a que alguns autores espanhóis têm chamado renúncia passiva - porquanto concorre uma série de características diferenciadoras: 1) na abstenção do exercício falta o efeito típico da imediata perda ou extinção

do direito, como consequência da manifestação, expressa ou tácita, da vontade de renúncia, juntamente com o fato de que não intervém a vontade na perda ou extinção do direito pelo não exercício; 2) o direito não pode impedir o não-exercício, forçando uma atuação concreta, e, pelo contrário, limita ativamente os atos de renúncia; inclusive, é possível que o sujeito realize um ato, expresso ou tácito, de renúncia, e que posteriormente, pelo jogo do princípio da irrenunciabilidade, venha a exercer validamente o direito invalidamente renunciado²⁶⁵.

Do que foi examinado, segue-se que tampouco se pode qualificar de renúncia o mero atraso no exercício do direito. Não obstante, pode-se na prática chegar a equiparar a renúncia ao não-exercício do direito, uma vez transcorrido o prazo da prescrição.

72. Renúncia anterior e posterior ao nascimento do direito

Outra distinção fundamental é a que tem por base o momento em que se efetua a renúncia, em relação ao nascimento do direito. Distingue-se entre a renúncia antecipada e a renúncia posterior aos fatos que dão origem ao direito, ou seja, entre a renúncia de benefícios e prestações futuras, por um lado, e a renúncia de direitos já outorgados, que se tenham convertido em verdadeiros direitos de crédito.

A renúncia antecipada é nula de pleno direito, salvo se a própria lei o admitir, o que se verifica somente em casos excepcionalíssimos²⁶⁶. A rigor não se pode falar de renúncia antecipada de direito, posto que, antes que o trabalhador se converta em titular do mesmo, possui apenas uma expectativa de adquirir um direito. Se renuncia previamente ao direito instituído em seu favor por preceito de ordem pública que lhe seja aplicável, configura-se uma presunção *jure et de jure* de que foi constrangido a essa atitude para ingressar ou permanecer na respectiva empresa. Tal renúncia deve ser considerada inexistente.

A doutrina é praticamente uniforme no que tange à invalidade da renúncia antecipada, seja qual for a fonte que haja criado o direito que se pretende renunciar. Conforme se expressa *Sinzheimer*, a renúncia é nula quando previamente acordada, pois deriva do receio do trabalhador em ser prejudicado pelo empregador; *prima facie* é de supor-se, nesses casos, que a renúncia implica fins contrários à norma jurídica pertinente²⁶⁷. No mesmo sentido se manifesta *Egon Gottschalk*: "não se discute o princípio básico de não ser lícito ao titular de um direito, garantido por norma imperativa, abrir mão do mesmo por uma declaração de vontade, previamente manifesta e com o intuito de impedir a própria aquisição deste direito. Não há portanto uma renúncia para o futuro"²⁶⁸.

Ressalta *Ojeda Avilés*, seguindo a opinião de *Diez-Picasso*, que a chamada renúncia antecipada não é uma autêntica renúncia, mas um pacto ou disposição em virtude do qual se pretende excluir uma situação de benefício prevista pela norma como conteúdo da relação. Serve-lhe este argumento para distinguir o negócio derogatório, em que se intenta impedir a aplicação de determinada norma, do negócio dispositivo, em que se procura desligar de direitos já obtidos em virtude da norma aplicável. E, por consequência lógica, para comparar a inderrogabilidade com a indisponibilidade, ressaltando que ambas se alinham e não se sobrepõem. Os conceitos de inderrogabilidade e de indisponibilidade são autônomos: o primeiro corresponde à constituição e ao conteúdo de certas relações, o segundo à evolução da relação, uma vez constituída sob certas modalidades. Naturalmente, esclarece que "toda declaração prévia em relação ao fato que provoca a atribuição de uma prerrogativa legal, ao defrontar-se eventualmente com a *voluntas legis*, não alcançará configuração jurídica, porque não será reconhecida no mundo do direito"²⁶⁹.

Há maior possibilidade de admitir-se a renúncia posterior. por entender-se que os direitos já confirmados se convertem em verdadeiros direitos de crédito, cabendo ao empregado a faculdade de dispor livremente destes últimos, mediante renúncias ou transações, assim como dispõe do resto de seu patrimônio, do qual fazem parte.

Em nossa opinião, é somente com relação a esses direitos já nascidos que se coloca o problema da irrenunciabilidade, nos termos em que, em geral, o expusemos.

73. Renúncia durante e posterior ao contrato

Outra distinção, relacionada com a anterior, é a que se faz, segundo a renúncia tenha sido efetuada durante ou após o término da relação de trabalho.

Geralmente se nega veementemente a possibilidade das renúncias durante a vigência da relação trabalhista e se admite a possibilidade de renúncia posterior a sua vigência.

A Corte de Cassação italiana, como já tivemos oportunidade de expor²⁷⁰, havia interpretado o art. 17 da lei de emprego privado, de 13.11.24, no sentido de considerar válida a renúncia posterior ao término do contrato e nula a efetuada durante sua vigência, considerando que em tal circunstância o trabalhador não possuía liberdade suficiente para dar um consentimento válido.

A jurisprudência chilena interpretou o art. 580 do Código de Trabalho dispondo que "os direitos outorgados pelas leis do trabalho são irrenunciáveis" no sentido de que essa irrenunciabilidade se refere ao contrato enquanto estiver vigendo, e não a outro momento das relações obreiro-patronais²⁷¹.

No mesmo sentido parece inclinar-se a jurisprudência colombiana²⁷², assim como a brasileira. A esse respeito, *Süssekind* afirma que as renúncias verificadas no momento ou após a rescisão do contrato de trabalho têm sido apreciadas pela jurisprudência brasileira com menos restrições do que as ocorridas nas demais fases da relação de emprego. Relembra as expressões de *Oliveira Viana*, no sentido de que as nulidades por ocasião da celebração do contrato de trabalho e durante sua execução nem sempre ocorrem quando "a renúncia é feita por ocasião ou depois da dissolução do contrato. Neste caso, satisfeitas que sejam certas condições atinentes à liberdade da vontade, é lícito ao empregado renunciar, desde que se trate de direitos já adquiridos, isto é, incorporados ao patrimônio do empregado, em consequência da lei ou por força dela". Não obstante, o autor lembrado acrescentava: "apesar de feita depois de extinta definitivamente a relação contratual entre empregado e empregador, a renúncia deve provir igualmente da livre e espontânea vontade do empregado. Será inválida, não somente se tiver sido obtida pelos meios comuns do dolo, da coação ou da violência, mas, do mesmo modo, quando ficar provado que o patrão usou essa modalidade sutil de coação, que é a chamada pressão econômica". Por isso, assevera que, se é inquestionável que a faculdade de renunciar, uma vez rescindido o contrato de trabalho, se amplia consideravelmente, é indispensável assegurar-se de que a manifestação de vontade do renunciante seja realmente livre. Deve-se examinar se o estado de dependência econômica, capaz de constituir uma coação econômica, cessa no momento em que o trabalhador deixa de ser empregado da empresa. Com o término do contrato de trabalho, apesar de cessar o *soggezione impegatizia* pode persistir o estado de inferioridade e dependência econômica do trabalhador, capaz de levá-lo a renunciar a certos direitos, a fim de obter o pagamento imediato de salários atrasados ou sua reincorporação²⁷³.

Mais recentemente, *Alcione Niederauer Corrêa* expressa: "Toda a justificação da indisponibilidade do direito parte de uma presunção legal no sentido de que, enquanto perdura a relação de emprego, pelo fato de se achar subordinado ao empregador e deste, na maioria dos casos, depender economicamente, o empregado se encontra sob coação. Já a situação do empregado que deixou o emprego, cujo contrato, por qualquer motivo, se extinguiu, deve ser considerada de maneira diversa. Pode-se mesmo afirmar que os possíveis créditos que tenha contra seu ex-empregador passaram a integrar seu patrimônio e, como tal, são por ele disponíveis. Rompido o laço que o unia ao patrão, já fora dos limites da autoridade de quem o dirigia e subordinava, não se pode tê-lo, ainda, como um eterno coagido"²⁷⁴.

Em nossa opinião, a transcendência desta distinção deriva do fundamento que se reconheça ao princípio da irrenunciabilidade. Se a irrenunciabilidade se baseia na presumida existência de vícios de consentimento, esta distinção pode ter importância. Mas se se baseia na própria índole da norma, o tema não tem transcendência.

Inclusive no caso de que se baseia na presunção de vícios do consentimento, cabe a dúvida sobre se não se deveria estender essa presunção além da duração do contrato, dado que a diminuição da liberdade prossegue, como consequência das dificuldades econômicas. A doutrina italiana havia formulado diversas críticas à orientação jurisprudencial que admitia a validade das renúncias posteriores ao término do contrato: 1) a falta de liberdade no consentimento persiste no trabalhador depois da cessação da relação trabalhista e, inclusive, de maneira ainda mais aguda, dada sua situação de desemprego e de premência econômica; 2) grande parte dos direitos do trabalhador se refere à dissolução do contrato de trabalho, momento delicado cuja regulamentação legal é minuciosa. A proteção legal que nesses momentos se outorga ao trabalhador fica burlada com esta simples distinção temporal; 3) é ilógico que o trabalhador haja querido proteger alguns direitos e deixar outros desamparados, ou proteger alguns direitos só até um determinado momento, em um ordenamento como o do trabalho, uma de cujas finalidades é a tutela do trabalhador. Em função destas críticas, modificou-se esta matéria no Código Civil de 1942, estabelecendo-se a anulabilidade de renúncias e transações do trabalhador, em qualquer tempo em que se efetuem, o que é explicado no informe do Ministério da Justiça com essas palavras bastante claras e singelas: "... não distinguir entre renúncias e transações feitas com anterioridade ou depois da cessação da relação. Neste segundo momento, se não atua mais o temor da despedida, influi para determinar o consentimento a normal impossibilidade de esperar o resultado de uma controvérsia judicial, que constrange o trabalhador a transações desastrosas, para conseguir a vantagem de uma cobrança segura e imediata"²⁷⁵.

De qualquer modo é indubitável que existe uma tendência para admitir, com muito maior benevolência e amplitude, as renúncias apresentadas posteriormente ao término do contrato.

74. Recibo por saldo ou quitação

Finalmente cumpre analisar uma modalidade especial de renúncia posterior, que é a que se concretiza através de um recibo pelo saldo ou quitação.

É sabido que, ao término do contrato de trabalho - seja qual for a via pela qual se haja chegado a esse término -, o trabalhador tem direito a cobrar certas quantidades de dinheiro, que incluem salários, licenças, gratificação de férias e, eventualmente, a indenização por despedida e o soldo anual complementar. Geralmente fala-se da liquidação, na qual podem figurar inclusive outras verbas. Mas o empregador costuma exigir que o trabalhador, no recibo que outorga, consigne que "não tem nada mais a reclamar por estes ou por qualquer outro título". Por isso, tem sido denominado de recibo final ou por saldo.

Ojeda Avilés²⁷⁶ decompõe o conteúdo essencial da quitação nestes dois pontos: 1) a declaração de que o contrato foi extinto por mútuo acordo entre o trabalhador e o empregador; 2) o saldo das contas, que é, ao mesmo tempo, recibo de quantia e declaração adicional de que as partes nada devem entre si, como consequência do contrato, uma vez firmado o documento.

A primeira declaração, de resolução do contrato por mútuo acordo, é de natureza dispositiva, na medida em que por ela se tenciona extinguir a relação jurídica existente entre as partes, e libera o empregador, porquanto essa extinção *por mútuo acordo* exonera o empregador das obrigações jurídico-trabalhistas, que derivariam de certas extinções unilaterais. Acrescentamos que isso não é essencial, porque pode haver quitações também em caso de despedida.

Maior interesse oferece a segunda declaração, pela qual se expressa haver recebido uma determinada soma - com a menção ou não dos itens pelos quais se recebe - e se afirma ter ficado satisfeito o trabalhador por todas as suas pretensões frente ao empregador. Venham ou não relacionados o recibo e a declaração liberatória, a conexão entre um e outra é íntima, sendo emitida a última, considerando-se a quantia percebida e vice-versa; o empregador entrega tal quantia não somente para saldar os itens relacionados na quitação, mas também para evitar a reclamação de qualquer outra dívida não declarada, ou de uma declarada mas não satisfatoriamente coberta.

Pois bem, essa quitação pode ajustar-se a qualquer um destes três pressupostos de fato:

- a) o pagamento total do devido;
- b) uma transação em que as partes fazem concessões recíprocas; e
- c) uma renúncia, no caso em que o trabalhador manifeste haver ficado satisfeito em todas suas pretensões, quando ainda restam para lhe serem abonados uma série de direitos.

Não resta dúvida quanto à validade do documento, com relação às duas primeiras hipóteses. Mas cabem renúncias nesses recibos?

A resposta é negativa, tanto sob o fundamento da irrenunciabilidade em razão da natureza da norma como da possível existência de vícios do consentimento. O primeiro não requer explicação. O segundo é compreensível porque configura uma situação onde continuam operando os mesmos fatores que invalidam a expressão da vontade. Peretti Griva enuncia várias razões para afirmar que as condições em que o trabalhador presta seu consentimento não são as adequadas: "Naquele momento pode todavia perdurar certo grau de sujeição, determinado pelo precedente estado continuado de *temor reverencial* e, sobretudo, porque o subordinado comumente está menos inteirado da exata medida de seus direitos. Além disso, deve-se ter presente que sucede amiúde na vida quotidiana que o trabalhador, depois de resolvida a relação de trabalho e precisamente porque se encontra sem ocupação e, por fim, sem a segurança da retribuição continuada de sua prestação, tem de preocupar-se com suas necessidades imediatas e portanto está propenso a aceitar sem discussão o pequeno capital que lhe é oferecido, como meio para solucionar imediatamente o problema que o oprime"²⁷⁷.

Inclusive as decisões jurisprudenciais que admitem a validade da quitação a aceitam na medida em que importa um reconhecimento de pagamento, como se esses recibos finais nunca contivessem renúncias. A verdade é que, como diz *De La Villa*, o recibo de quitação compreende ou pode compreender negócios jurídicos muito diferentes, como os de extinção de direitos satisfeitos, reconhecimento de pagamento, transação, prestação de contas e renúncia²⁷⁸.

A rigor tais recibos valem unicamente enquanto reconhecem o pagamento da quantia de dinheiro que neles está consignada. Mas a conclusão dessa cláusula final liberatória não tem qualquer eficácia jurídica. A renúncia não é válida. Portanto, tal recibo não exclui nem impede a possibilidade de futuras reclamações, no caso de se provar que o trabalhador tinha direito a cobrar quantia *diferente* da que efetivamente percebeu.

Por isso, para dissimular possíveis renúncias, assim como para dificultar reclamações posteriores, muitas vezes os empregadores preferem fazer assinar um recibo por uma quantia global que inclua, sem discriminá-los, os diferentes títulos. Dessa forma fica depois muito difícil distinguir e reconstruir os itens pelos quais se pagou cada uma das respectivas importâncias.

Como meio de combater essa prática viciosa, em algumas legislações tem-se estabelecido a obrigação de em todos os recibos - e particularmente neste, de caráter final - se discriminarem os diferentes títulos e, inclusive, até se proibiu a inserção de cláusulas declarando não ter reclamações a formular, que são as que podem envolver a manifestação da renúncia. Com a mesma finalidade, outras legislações têm estabelecido a obrigação de que tais recibos, para serem *válidos*, *devem* ser firmados com a assistência do respectivo sindicato ou perante uma autoridade administrativa vinculada à Fiscalização do Trabalho²⁷⁹.

A jurisprudência uruguaia, como a dos demais países, nega valor às declarações genéricas, no sentido de que não se tem mais nada a reclamar, contidas nos recibos finais ou de quitação. O signatário, além de carecer de liberdade, no desejo ou necessidade de receber, comete uma clara violação do princípio de irrenunciabilidade por pretender renunciar indeterminadamente a todo possível direito que pudesse ter²⁸⁰. Esse recibo só vale para creditar a quitação da quantidade paga, que se especifica, e dos itens expressamente registrados.

75. Renúncias efetuadas por meio de convenções coletivas

Um problema, de certa forma ligado ao anterior porque, encarado sob certo ponto de vista, pode ser considerado como uma modalidade da renúncia, é o de saber se algumas dessas renúncias que estão proibidas, se forem intentadas individualmente, podem ser válidas se forem realizadas gremialmente, através de um sindicato e por meio de uma convenção coletiva.

Para os que fundamentam a proibição nos pressupostos vícios do consentimento, com a melhoria de posição que os trabalhadores obtêm mediante a união, desaparece a presunção de falta de liberdade e, portanto, recupera-se a possibilidade de negociações válidas. É nesse sentido que opina *Camerlynck*, que uma renúncia formalmente proibida ao trabalhador será permitida ao sindicato, porque o fato de igualar a nível coletivo os antagonistas sociais faz decair, ao menos em parte, o cuidado do legislador pela posição de inferioridade do trabalhador individual frente a seu empregador²⁸¹.

Mas para os que fundamentam o princípio em outra gama de razões mais profundas, ligadas à natureza das normas, a conclusão não pode ser a mesma. As normas irrenunciáveis continuam sendo irrenunciáveis, seja o renunciante um sujeito individual ou coletivo.

De La Villa sustenta que o problema é mais complexo e que não pode ser resolvido no plano doutrinário, prescindindo-se do direito positivo em que se situa.

De qualquer modo, distingue dois pressupostos: a) que as partes negociadoras modifiquem direitos trabalhistas dos trabalhadores, procedentes de anteriores convenções coletivas; e b) que se estipule em uma convenção coletiva a possibilidade de que os trabalhadores renunciem a direitos emergentes das convenções coletivas.

No primeiro pressuposto, deve-se partir da base do predomínio do interesse coletivo sobre o interesse individual, sem prejuízo do respeito aos direitos adquiridos pelo indivíduo. *Nipperdey* é quem assume uma posição mais decidida, ao afirmar que pela convenção pode-se alterar ou suprimir direitos adquiridos com base em uma convenção anterior, posto que as partes podem dar eficácia retroativa às normas de conteúdo da convenção coletiva, raciocinando no sentido de que "uma redução retroativa do salário, por exemplo, não pressupõe influência em direitos legitimamente adquiridos do trabalhador, pois, na realidade, toda dimensão jurídica do contrato de trabalho traz consigo de antemão, desde a existência da eficácia normativa da convenção coletiva, a fragilidade de poder ser suprimida ou reduzida por nova regulamentação convencionada para o futuro, mas também pela eficácia retroativa"²⁸².

O segundo pressuposto coloca o problema de se as partes negociadoras da convenção podem autorizar renúncias por parte dos trabalhadores atuando individualmente. Em princípio, os direitos procedentes das convenções coletivas são tão irrenunciáveis como os emanados de uma lei, já que todas as normas trabalhistas são irrenunciáveis. Só caberia a possibilidade da renúncia na hipótese, nada provável na prática, de que as próprias normas da convenção coletiva houvessem autorizado essa renúncia. Como diz *De La Villa*, "é mais facilmente admissível a autorização da categoria a seus membros para que procedam à realização de renúncias individuais, do que a penetração da categoria na esfera individual daqueles, dispondo de seus direitos contra sua vontade"^{282bis}.

Um tema que tem dado origem a uma interessante questão diz respeito aos empregados que começavam a trabalhar na empresa posteriormente à nova convenção modificatória.

Mas, a partir do momento em que foi superada a teoria da incorporação, admitiu-se a possibilidade da negociação mesmo para reduzir os benefícios dentro de certos limites.

*Tatiana Ferreira*²⁸³, que é uma das pioneiras no Uruguai a sustentar essa possibilidade, esclarece que os princípios de autonomia coletiva e de irrenunciabilidade têm âmbitos diferentes de aplicação. O primeiro no direito coletivo, o segundo no direito individual. O princípio da autonomia coletiva permite garantir a validade das convenções coletivas *in peius*, o que significa um enriquecimento para o Direito do Trabalho, que adquire um instrumental mais amplo^{283bis}.

76. 4º problema: efeitos da violação deste princípio

O quarto grande problema que examinaremos é o relativo aos efeitos da violação deste princípio.

Começemos por assinalar que, dada a índole das normas declaradas irrenunciáveis, as renúncias que se fizerem contra as mesmas carecem de todo efeito: são absolutamente ineficazes, ou seja, insanavelmente nulas. A infração a estas normas é, pois, sancionada da maneira mais severa: com a nulidade. Não a mera anulabilidade, mas a nulidade de pleno direito que se deve declarar ainda que o interessado não a solicite.

Em segundo lugar cumpre esclarecer que o que se considera nulo é a cláusula e não o contrato, que permanece vigente. Esta é uma peculiaridade do Direito do Trabalho, porque no direito comum a nulidade, como regra geral, tem como consequência a inexistência do ato como tal. A explicação foi dada por *Kaskel*, no sentido de que a nulidade do contrato individual de trabalho seria incompatível com a finalidade das normas imperativas do direito trabalhista, que querem estabelecer condições mínimas em favor do trabalhador²⁸⁴. *De La Cueva* expõe uma razão adicional: sendo tendência da lei evitar, até onde seja possível, o término da relação de trabalho e não dependendo o conteúdo dela da vontade das partes, no que concerne ao conteúdo mínimo, o resultado seria ilógico, sem razão alguma a apoiá-lo, ao decretar-se a nulidade da relação²⁸⁵.

Não obstante, poderia dar-se o caso de que a norma violada afetasse nada menos que a possibilidade do contrato, como ao tratar-se de um menor que não alcançasse o limite mínimo de idade. Nesse caso, a nulidade da renúncia importaria na nulidade do contrato. Entretanto é muito pouco provável que essa hipótese se apresente sob a forma de uma renúncia de um direito. O mais provável é que apareça como simples violação da lei.

Em terceiro lugar, e como resultante das duas conclusões anteriores, a cláusula anulada será automaticamente substituída pela norma renunciada ilicitamente. O vazio que normalmente a nulidade deixa se preenche, no Direito do Trabalho, automaticamente, com as normas estabelecidas por este e que não deveriam ser desconhecidas ou renunciadas. A respeito dessas normas que têm tal efeito automático, referiu-se *Zitelmann* a "normas coativas complementares". Segundo explica *Krotoschin*²⁸⁶, durante a I Guerra Mundial o mais alto tribunal da Alemanha considerou também as normas legais sobre preços máximos como "normas coativas complementares", de maneira que o preço convencionado se reduzia automaticamente ao preço legal, sem que por isso pudesse ser invocada a nulidade total do contrato de compra e venda. E se um dos contratantes não quisesse celebrar o contrato nas condições exigidas pelo legislador? Seria igualmente compelido a cumpri-lo, pois a vontade de celebrar o contrato tinha ficado clara e seu conteúdo não deriva da vontade das partes a não ser dentro da margem permitida pelo legislador²⁸⁷.

Cabe recordar, em quarto lugar, que, de qualquer modo, os serviços realizados em virtude de um contrato nulo não carecem de valor. Mesmo os trabalhos que se hajam realizado em contravenção a normas irrenunciáveis teriam sido feitos, devendo portanto ser retribuídos. A nulidade do contrato tem efeitos *ex nunc*, ou seja, para o futuro, e não *ex tunc*, isto é, desde o começo. Para justificar que se leve em consideração esse trabalho realizado em virtude de um contrato nulo, surge a teoria da relação de trabalho, de tão ampla e generalizada aceitação na doutrina contemporânea.

Por último, cumpre assinalar que em situações extremas, nas quais se recorreu a procedimentos dolosos, pode vir a gerar responsabilidade penal. É assim que, na legislação espanhola, reprime-se como delito contra a liberdade e a segurança do trabalho o atentado ao princípio da irrenunciabilidade, por meio de "maquinações ou procedimentos maliciosos".

Entretanto, *Durand* apresenta, com caráter de generalidade, as sanções penais com que se castiga a violação das leis trabalhistas, como a derradeira consequência de seu caráter de ordem pública. O seu cumprimento se impõe, sancionando-se penalmente a infração, ainda quando houvesse mediado a renúncia do interessado ou

acordo das partes. Corretamente, destaca nessa ordem de coisas a especial severidade que adquirem as sanções dessa natureza. Embora sejam os exemplos extraídos do direito francês, podem ser mostrados como expoentes de uma tendência universal. A infração não pressupõe habitualmente a existência de um elemento intencional. As circunstâncias atenuantes são, em princípio, suprimidas para certas infrações. São possíveis as acumulações das multas, sem limitações quanto a seu valor máximo. Dá-se competência aos tribunais policiais para assegurar uma repressão mais rápida. Podem ser agregadas penas complementares à pena agravada. Os chefes de empresa são amiúde penalmente responsáveis pelas violações de Direito do Trabalho, cometidas pelos chefes de seu pessoal. E acrescenta este comentário expressivo: "Os delinquentes comuns seriam tratados menos severamente. Isso ocorre porque as regras de proteção do trabalho parecem interessar hoje à organização política e social do país: o rigor que revelam recorda aquele com que os Estados modernos têm reprimido os delitos políticos"[288](#).

Rivero e Savatier[289](#) destacam que a ineficácia das sanções na ordem civil tem levado ao estabelecimento de sanções penais, mas curiosamente sua própria severidade tem sido fator de ineficácia. Muitas vezes se hesita em aplicar as sanções estabelecidas, por sua excessiva gravidade.

77. 5º problema: proíbe-se a renúncia do empregador?

O quinto problema versa sobre qual é o tipo de renúncia que está proibida. Ou, mais concretamente, se é só a renúncia do trabalhador que está proibida, ou também a do empregador.

Como diz *Caldera*, a expressão renúncia do empregador não é adequada, porque, na realidade, o direito do trabalho não costuma estabelecer faculdades em favor do patrão, às quais possa este renunciar[290](#).

Os verdadeiros termos em que se coloca o problema são os de saber se só estão proibidas as decisões que importam em diminuição da proteção do trabalhador, ou também se estão proibidas as decisões individuais que a melhorem.

Deveali distingue, a respeito, entre inderrogabilidade absoluta e inderrogabilidade relativa. A primeira significa que a norma não pode ser modificada em nenhum sentido. A segunda significa que a norma não pode ser modificada para diminuir a proteção do trabalhador, mas nada impede seu aumento[291](#).

Habitualmente as normas trabalhistas estabelecem níveis mínimos de proteção, pelo que não há inconveniente em que as partes melhorem a proteção, estabelecendo maiores benefícios.

Mas, excepcionalmente, algumas normas não podem ser modificadas em nenhum sentido. Não pelo fato de estabelecerem benefícios mínimos para o patrão, mas porque ao Estado interessa que sejam cumpridas tal como hajam saído de seus órgãos. Em consequência, essas normas são absolutamente inderrogáveis.

Salvo esse pequeno grupo de normas que, por seu caráter excepcional, requerem um texto expresso que as individualize e distinga, as demais podem ser melhoradas pelo empregador. Isso não deve ser dividido como uma renúncia porque, como já dissemos, não estabelecem para o empregador benefícios de que se despoje, mas simplesmente um grupo de obrigações mínimas que, como tais, podem ser melhoradas ou ampliadas se cada empregador o julgar conveniente.

Camerlynck[292](#) chega a dizer que o espírito do Direito do Trabalho, protetor do trabalhador, deve levar o magistrado trabalhista a incentivar e impulsionar as renúncias do empregador. *Ojeda Avilés*[293](#) considera excessivo afirmar que o incentivo a renúncias do empregador chegue a configurar um dever do magistrado; nem sequer um dever moral; pois a proibição das renúncias é estabelecida com a finalidade imediata de que as normas trabalhistas sejam efetivamente aplicadas e não resultem burladas na contratação individual.

O fato de que se permita a renúncia de seus direitos, pelo empregador, não quer dizer que seja possível a abdicação de qualquer de suas faculdades, senão unicamente daquelas que, pela aplicação dos princípios civis, seja possível renunciar. Concretamente, os poderes jurídicos que lhe são concedidos funcionalmente para a organização da empresa - poder de direção, essencialmente - não podem ser abandonados, pois isso, mais do que a privação de uma prerrogativa, importaria em pretender elidir uma responsabilidade. Por isso, somente seria possível tal coisa renunciando à titularidade da empresa.

78. 6º problema: quais são os direitos irrenunciáveis?

*Pérez Leñero*²⁹⁴ responde a esta pergunta - quais são os direitos irrenunciáveis - abordando o tema de outra maneira. Com efeito, enumera uma série de condições que devem caracterizar os direitos para que sejam alcançados por esta nota de irrenunciabilidade:

1) devem ser direitos legais, ou seja, outorgados em leis, regulamentos ou resoluções administrativas. O trabalhador, pelo contrário, pode renunciar às concessões que o empresário lhe haja outorgado voluntariamente (privilegio e não direito), a não ser que tenham chegado a alcançar, em virtude da própria lei, o caráter e vigência legais. O trabalhador que, por livre concessão da empresa, tem, por exemplo, uma hora a menos de trabalho, pode renunciar a esse privilégio, do mesmo modo que o que habita uma vivenda voluntariamente cedida pelo empresário;

2) devem ser direitos certos. Por isso, admite-se a transação, desde que nela ambas as partes cedam, por falta de segurança quanto a seus direitos;

3) devem ser direitos subjetivos, isto é, outorgados pela lei ao renunciante. Portanto, se um trabalhador reclamou algo em excesso, pode renunciar ao que pediu a mais, porque o elemento *quantidade* de um salário não qualifica o direito em virtude do qual é devido. Por isso, é lícito e válido o acerto de contas ou quitação; e

4) devem ser direitos que beneficiem o trabalhador. A lei o pressupõe em relação a todos os que outorga ao trabalhador, mas não o faz com caráter absoluto, porém excetua alguns, que se convertem em renunciáveis. O expositor cita exemplos espanhóis: o direito aos benefícios que se concede ao pessoal feminino é renunciável para o pessoal que estava na empresa ao publicar-se a lei; compensação em dinheiro das férias concedidas, às vezes excepcionalmente; e do direito do aprendiz, ao finalizar seu período de aprendizagem com a aprovação, a rescindir seu contrato ou continuar na empresa, cobrando a diferença entre o salário de aprendiz e o do oficial. Poder-se-ia citar como exemplo uruguaio o direito que se reconhece à agremiação, que possa ser exercido por meio de convenção coletiva subscrita pela entidade sindical mais representativa, para renunciar à continuidade do período de licença e à não computabilidade do feriado.

Situações similares à Renúncia

79. Situações similares à renúncia

Em continuação, examinaremos algumas situações similares ou análogas à renúncia, para verificar em que grau são alcançadas pelo princípio de irrenunciabilidade ou são por ele afetadas.

São várias figuras paradoxais, porque, produzindo efeitos similares à renúncia, em vez de serem proibidas pelo princípio de irrenunciabilidade, são permitidas, autorizadas e até estimuladas pelo legislador.

Referimo-nos à renúncia do emprego, da negociação, da conciliação, da desistência, da inovação, da aplicação do princípio de coerência na ordem pessoal, da prescrição e da decadência.

Examinemos cada uma destas figuras.

80. Renúncia ao emprego

A primeira que vamos examinar é a renúncia ao emprego. *Jeammaud* utiliza a palavra demissão para evitar qualquer confusão^{294bis}.

De certo modo, a renúncia ao emprego tem importância maior do que a renúncia a tal ou qual direito, porque importa não só na resignação de direitos - o direito à indenização por despedida -, como também na perda voluntária de uma posição, da qual deriva uma série de direitos atuais e potenciais.

Entretanto não é possível proibi-la, nem sequer limitá-la, porque ninguém pode ser obrigado a continuar um contrato de trabalho, se deseja acabar com ele. Surge aqui uma consequência do caráter personalíssimo do contrato de trabalho, que leva a requerer de modo indispensável a conformidade do trabalhador e, portanto, a determinar que cesse a relação de emprego se falta a vontade do trabalhador.

A renúncia ao emprego não está proibida porque, como diz *Ridella*²⁹⁵, tal proibição levaria ao absurdo de praticamente condenar o prestador de serviços a trabalhos forçados, transformando uma providência legal originada na exclusiva preocupação de tutelar os trabalhadores em uma disposição restritiva de sua liberdade.

*Ojeda Avilés*²⁹⁶ entende que a demissão do trabalhador é, puramente, resolução unilateral e não renúncia ao contrato. Sustenta que, em geral se renuncia à titularidade ativa de uma posição jurídica, ou seja, que a renúncia consiste em desprender-nos daqueles poderes jurídicos que nos são atribuídos, mas não das obrigações ou deveres que nos sujeitam a outras pessoas e sobre as quais não temos nenhuma disponibilidade. Por isso, não cabe *renunciar* ao contrato globalmente. Encarada como uma resolução unilateral evita-se suscitar espinhosas questões sobre a liberdade contratual e autonomia da vontade para justificar a legitimidade de uma renúncia ao contrato, em cuja matéria a renúncia é proibida. Se consideramos que a demissão do trabalhador constitui uma resolução unilateral do contrato, a rarefeita atmosfera que pesa sobre essa questão fica em grande parte purificada, embora a custo de dissimular um possível abandono da indenização por despedida injusta, que possa esconder-se por trás da demissão *voluntária* do empregado.

O que o direito visa nessa matéria é assegurar-se quanto à autenticidade da vontade do trabalhador, em querer terminar com o contrato de trabalho existente.

Dada a excepcionalidade dessa medida, não pode ela ser presumida e, pelo contrário, deve ser examinada com especial cuidado. Deve ser expressa em forma plenamente clara, livre e válida.

Com esse objetivo, algumas legislações estabelecem, seja em caráter geral, seja para certos estatutos especiais, como requisito indispensável que a renúncia se faça por escrito e cercada de certas formalidades. Em alguns casos, inclusive, requer-se que seja efetivada ou ratificada perante a autoridade administrativa correspondente.

Por isso, como diz *Deveali*²⁹⁷, enquanto a renúncia aos direitos está sempre viciada de nulidade, com respeito à renúncia ao emprego regem os princípios gerais sobre invalidade dos negócios jurídicos. É certo que, por meio da renúncia ao emprego, pode-se chegar à renúncia aos direitos inerentes à despedida. Esta possibilidade impõe um exame especialmente rigoroso dos requisitos necessários à validade dos negócios jurídicos, mas não parece suficiente para autorizar uma presunção de fraude e muito menos a extensão automática da nulidade estabelecida quanto à renúncia aos direitos.

Uma situação completamente distinta é a do trabalhador que, em *virtude* das violações contratuais ou das infrações legais do empregador, dá por findo o contrato, declarando-se despedido.

Em tal caso, não se fala de renúncia, mas de despedida indireta, já que a iniciativa e a responsabilidade da ruptura do contrato provêm do empregador e não do trabalhador.

É certo que há, em ambos os casos, uma decisão do trabalhador comunicada ao empregador, mas em um caso importa em denúncia, e no outro, em renúncia. A diferença de uma letra marca a distância que separa uma ruptura provocada pela conduta do empregador e a cessação determinada pela exclusiva vontade do trabalhador. Naturalmente, na prática, as diferenças podem não se apresentar de maneira tão flagrante. Com efeito, às vezes o trabalhador se vê forçado a apresentar a renúncia, em consequência da conduta do empregador, que deliberadamente torna insuportável a permanência do trabalhador na empresa. Existe, a respeito, uma infinidade de formas, graus e matizes.

81. Negociação

A negociação já foi descrita quando expusemos uma variedade da renúncia, que é a bilateral, quando as duas partes fazem concessões recíprocas²⁹⁸.

A diferença da renúncia propriamente dita não se assenta apenas no número de participantes, mas em algo mais importante: trata-se de concessões recíprocas, o que significa que se abdica de algo, mas se obtém outra coisa para compensá-lo e se parte da base de uma situação duvidosa ou litigiosa.

É claro que sob a aparência de uma negociação pode esconder-se uma autêntica renúncia, pois não é fácil comparar a entidade e o significado das concessões recíprocas.

De qualquer maneira, a doutrina e a jurisprudência olham a negociação com melhores olhos do que a renúncia.

Diz *Montoya Melgar*. "As negociações e conciliações não têm, por si mesmas, por que encobrir renúncias, na medida em que constituem compromissos ou acordos mediante os quais as partes fazem concessões recíprocas. Além disso, enquanto a renúncia estrita 'supõe simplesmente privar-se de um direito certo', figuras como a negociação ou a conciliação significam 'trocar um direito litigioso ou duvidoso por um benefício concreto e certo'"[299](#).

Em várias sentenças judiciais, os tribunais do trabalho têm assinalado a diferença entre uma figura e outra. Assim, numa sentença do Tribunal de Apelações do Trabalho, do 1º Turno, se diz: "embora se sustente que, em caráter geral, os direitos do trabalhador são irrenunciáveis, o certo é que todos os dias, tanto no âmbito administrativo como no judiciário, se fazem negociações e conciliações com base em concessões recíprocas entre as partes, que não só não são inválidas como contam com o aval da própria legislação trabalhista empenhada em conseguir a harmonia entre capital e trabalho, proscrevendo os enfrentamentos em nome da paz social"[300](#).

Em outra sentença do Tribunal de Apelações de 2º Turno se diz: "Não resta dúvida de que os direitos dos trabalhadores são irrenunciáveis, mas isto não pode acontecer em detrimento da segurança jurídica das partes, na medida em que recorrem voluntariamente a uma autoridade e fazem um acordo".

Por esta razão, não cabe invocar o princípio de irrenunciabilidade, porque o dito princípio em matéria trabalhista não pode chegar a extremos que impeçam a celebração de negociações, pois desta maneira tampouco se celebrariam em órbita administrativa ou judiciária; os princípios de ordem pública não podem significar a anulação da *vontade* a ponto de impedir a celebração de acordo sobre pretensos créditos trabalhistas, máxime quando, na etapa em que foi celebrado, era ainda um crédito questionável, razão pela qual o titular, mediante as garantias necessárias, *deve* poder negociar, e supõe que o trabalhador possa mudar um direito litigioso por um benefício concreto e certo[301](#).

Num recente artigo, *Juan Francisco Dieste* analisa as diferentes modalidades de negociação e a atitude da jurisprudência uruguaia face a cada uma delas[301bis](#).

82. Conciliação

A conciliação constitui uma *tentativa* de solucionar por via amistosa uma divergência que foi ou que *vai* ser submetida à justiça. Nela intervém necessariamente um funcionário estatal que, em contato direto com as partes, busca uma solução de comum acordo.

A conciliação não importa necessariamente em renúncia, mas pode conduzir a ela. Diríamos que a conciliação é o marco ou o procedimento de solução, um de cujos resultados possíveis é a renúncia. Mas do mesmo modo que pode *haver* renúncia sem conciliação, pode haver conciliação sem renúncia. Inclusive ambos os conceitos pertencem a planos diferentes: um ao plano dos procedimentos; outro ao plano das decisões substantivas.

Na Lei n. 14.188, de 5.4.74, que instaurou um novo procedimento trabalhista no Uruguai, são estabelecidas três tentativas conciliatórias:

a) uma obrigatória prévia, perante o Centro de Assistência e Assessoria Jurídica em matéria trabalhista, do Ministério do Trabalho e *Previdência Social* (que substitui o requisito constitucional da conciliação prévia perante o Juiz de Paz - art. 10);

b) outra também liminar perante o juízo, que deverá ser presidida pessoalmente pelo juiz (art. 6º, § 2º);

c) outra eventual, em qualquer fase dos procedimentos judiciais, em primeira ou segunda instância e até a citação para sentença, se o juiz a considerar conveniente (art. 10, inciso 3º).

Atualmente, o Código Geral do Processo unificou o procedimento, mas três tentativas conciliatórias foram mantidas:

a) uma obrigatória prévia, que tanto se pode cumprir na justiça comum como junto ao Ministério do Trabalho e Previdência Social (nos juízos trabalhistas) (art. 291 do CGP)[302](#);

b) outra preceptiva, durante o julgamento, que deve ser tentado pessoalmente pelo magistrado na audiência de instrução (art. 341.3 do CGP);

c) outra eventual em qualquer estágio dos procedimentos judiciais e antes de haver sentença executada, que deve ser realizada com a intervenção do magistrado (art. 223 do CGP). Pode basear-se também no objetivo da maior economia na realização do processo previsto no art. 9º do Código Geral do Processo.

Em todas as legislações se tem dado importância similar às tentativas de conciliação, as quais se tem procurado estimular de maneira diversa. Talvez se haja até supervalorizado o significado da conciliação. Com efeito, se bem que nos dissídios coletivos a conciliação deve ser encarada indubitavelmente como um bem a ser ambicionado, porque, junto com o valor justiça está o valor paz, que nesse âmbito possui grande relevância, na ordem dos conflitos individuais a conciliação deve ser encarada em muitos casos como um substitutivo prático da sentença. Já a qualificamos algumas vezes de um mal menor, porque costuma significar o sacrifício de uma aspiração de justiça com vistas a uma solução rápida e segura.

Se houvesse a segurança de lograr de imediato uma sentença completamente justa, que desse a cada um o que lhe pertence, todos preferiríamos a sentença plenamente justa e instantânea. Precisamente porque não é possível alcançar esse ideal é que surgiu a conciliação. Ou seja, em face da dificuldade em conseguir sempre uma justiça certa, pela inadequação dos meios de prova e de aproximação à verdade, e diante da impossibilidade de lograr uma justiça oportuna pela lentidão dos procedimentos judiciais, almeja-se a conciliação como uma esperança de solução pronta e concreta, ainda que importe ela em renunciar à possibilidade de lograr tudo a que se cria ter direito.

Mas, tirando-lhe essa auréola de idealização, devemos reconhecer que a conciliação constitui, na prática real e atual, algo positivo, que *deve* ser procurado e promovido.

Duas razões justificam esse caráter positivo. Por um lado, a circunstância de que em muitos conflitos a razão está dividida, tendo ambas as partes uma parcela de verdade a seu favor, pelo que resultam particularmente apropriadas as soluções logradas de comum acordo. Por outro lado, qualquer solução de uma divergência obtida por via conciliatória resulta muito mais aglutinante do que uma decisão por via de sentença, que significa geralmente a vitória de uma das partes, mas o inconformismo, o distanciamento e a hostilidade da outra.

Por outro lado, qualquer que seja nossa opinião, o certo é que existe e *deve* ser examinada sob a perspectiva de nossas reflexões.

Mesmo quando o art. 223 do CGC admite a conciliação somente nas matérias em que não está proibida a transação, com o que parecem equiparar-se ambos os institutos, a conciliação nem sempre pressupõe a transação. Como diz *Couture*, há três formas de encerrar amigavelmente o processo *civil*: a desistência, a transação e o reconhecimento. A primeira é um ato pelo qual o autor reconhece que não tem razão ou não quer, por *motivos* extraleais, fazer uso dela. A terceira forma consiste em submeter-se o demandado à exigência do autor, por entendê-la justa. Na desistência e no reconhecimento não há renúncia nem abandono de direitos: são, além disso, atos que podem produzir-se na instância conciliatória e que dessa maneira evitam o processo. Esta contingência explica por que razão *deve-se* cumprir sempre o requisito da conciliação.

Por outro lado, já *vimos* em que medida cabe a transação quando há matérias realmente *duvidosas* e existem recíprocas concessões. É evidente que, se a transação é admitida nesses termos, com maior razão *deve* ser admitida a conciliação, que pressupõe a intervenção de um funcionário especializado que controla, dirige e orienta as negociações, e inclusive subministra o devido assessoramento às partes, especialmente à mais necessitada de proteção, que é o trabalhador.

Contudo, coincidimos com *Sarhou* em que, se, apesar do visto anteriormente, pode ser demonstrada a existência clara de uma renúncia, a conciliação pode ser impugnada em virtude do princípio da irrenunciabilidade³⁰³.

83. Desistência

Tem-se definido a desistência como o pedido do autor, dirigido ao juiz da causa, através do qual manifesta sua vontade de fazer cessar a instância, desfazendo a relação processual surgida entre ele, o demandado e o Estado³⁰⁴.

Deve-se distinguir se a desistência importa somente em uma interrupção da ação iniciada ou se chega a constituir uma renúncia do direito.

Se ocorre a primeira, o trabalhador conserva intacta a possibilidade de reiniciar a ação quando julgar oportuno. Sempre, naturalmente, que não haja ocorrido prescrição ou decadência.

Se ocorre a segunda, o trabalhador se desliga do direito substantivo e portanto constitui uma das diversas formas de concretizar a renúncia de um direito.

No primeiro caso requer-se o consentimento da outra parte, já que esta se pode opor legitimamente se prefere que fique elucidado o problema submetido à decisão judicial.

No segundo caso, não se requer tal consentimento, pelo que a renúncia é um ato unilateral, do qual não pode resultar nenhum prejuízo para quem dela se beneficia. Mas em matéria trabalhista fica claramente alcançada pela proibição de renunciar.

84. Novação

Costuma-se apresentar com frequência, na prática trabalhista, a justificativa das condições em que se vinha prestando o trabalho. Tecnicamente, essa modificação das condições de trabalho pode ser definida como uma novação. Novação objetiva porque altera o objeto das condições principais do trabalho, em oposição à subjetiva, que se produz quando mudam os sujeitos do contrato. Novação modificativa porque se substituem os elementos objetivos do contrato, diferentemente da novação extintiva, na qual se substitui o contrato, que desaparece como tal.

Se bem que algumas vezes se tenha sustentado que a novação - a alteração das condições do contrato - é equivalente a uma renúncia. *Ojeda Avilés*³⁰⁵ destaca que há uma diferença muito importante: na renúncia existe a vontade de separar-se de um direito cuja titularidade possui mos, enquanto na *novação* a intenção é a de substituir alguns direitos por outros.

A atenção se concentra mais nas *novas* condições que se pactuam do que no desprendimento das condições anteriores que se abandonam.

Como diz o referido autor espanhol, no negócio novatório os benefícios que desaparecem em consequência da mudança no objeto ou nas condições principais da relação trabalhista primitiva não se suprimem pela única intenção de os extinguir sem mais nem menos, mas para deixar lugar a outros direitos ou prerrogativas, em uma dupla ação essencialmente entrelaçada, extinção-criação, que pode resumir-se no termo *substituição*.

A substituição que se opera no negócio novatório pode ser, para o trabalhador, melhor, pior ou igual ao que se abandona. Nem toda novação é desvantajosa para o trabalhador porque signifique a extinção de direitos ou benefícios, sendo que estes são abandonados para obtenção de outros que, em muitas ocasiões, são mais *favoráveis* que os anteriores.

As limitações da *novação* no contexto trabalhista são originadas por outros *motivos diversos* daqueles que implicam estruturalmente renúncia.

Deve-se evitar que por trás da novação se esconda uma renúncia, como a que poderia configurar-se, por exemplo, no caso de um contrato de duração indeterminada que fosse substituído por um contrato de duração determinada, com o que se estaria renunciando ao benefício da estabilidade.

Deve-se evitar que se pretenda elidir normas inderrogáveis ou que sejam afetados benefícios que são totalmente indisponíveis.

Isto explica que não possam ser proibidas todas as novações, mas, pelo contrário, que se requer sejam examinadas concretamente para poder determinar quando encerram uma renúncia ou violação legal.

E conclui o mencionado autor, afirmando que não é qualquer perda consciente de direito o que a ordem trabalhista proíbe, porque então estaria cerceado o poder de disposição do trabalhador no que se refere ao fruto de seu trabalho, mas unicamente uma classe dela, a perda com causas meramente abdicativas e sem contraprestação, em outras palavras, a renúncia total ou parcial de um direito. Seguindo a *Giugni*³⁰⁶, escreve que uma debilitação desmedida dos limites da autonomia dispositiva do prestador ser-lhe-ia de pobre utilidade. Na empresa moderna, surgem constantemente novos tipos de relações, sendo pouco oportuno comprimi-las na malha de limites onicompreensivos.

85. Princípio processual de congruência

Em matéria processual rege o princípio da congruência, segundo o qual a sentença tem que versar sobre os temas levantados na demanda. O art. 198 do Código Geral do Processo, referente ao conteúdo da sentença, estabelece que as sentenças "recairão sobre as coisas litigadas pelas partes de acordo com as pretensões deduzidas". De modo que este princípio do ponto de vista processual é inobjetoável.

A congruência pode ser definida como a qualidade intrínseca das sentenças de serem coerentes com as pretensões das partes, de forma que não deixem de resolver nenhum de seus pontos, e tampouco excedam, em seu conteúdo, o que nelas tiver sido solicitado³⁰⁷.

Ocorre, porém, que, em sua aplicação prática, consagra o caminho para verificar outra forma de renúncia: se um trabalhador não reclama horas extras ou descanso intermédio, ou salário de férias, o juiz não pode suprir a omissão. De acordo com o disposto no art. 350.3 do Código Geral do Processo, pode levantar, na audiência de instrução, a possível modificação da pretensão: "quando se verifica claramente que falta de informações ou de assessoria determinaram omissões com relação a direitos que assistem à parte". Se o juiz não exerce esta faculdade, não há, depois, possibilidade de modificar o âmbito no qual se vai dirimir o conflito.

Não podemos negar que se trata de uma situação paradoxal, a de que essa omissão do autor significa para ele a perda de um direito. Mas a harmonia com as regras que regem o debate judicial obriga a respeitar esses resultados.

É claro que se pode dizer que nada impede que o trabalhador inicie outro processo pelas questões não incluídas em sua demanda inicial. Mas os prazos para mover uma ação não são ilimitados, como veremos a seguir.

Não nos batemos pela eliminação do princípio da congruência porque constitui hipótese imprescindível para a decisão judicial justa e equitativa. Com efeito, se não se aplicasse, desapareceria a garantia do devido processo e o empregador poderia, com razão, proclamar-se indefeso, já que não pode expor suas razões nem apresentar provas sobre temas que ignorava fossem objeto da controvérsia.

O princípio de contradição, do qual deriva o de congruência, parece indispensável ao regime contencioso³⁰⁸.

86. Prescrição e decadência

Examinaremos o problema da perda da efetividade de um direito como consequência do não uso do mesmo durante certo tempo.

Embora cada sujeito de direito seja livre para decidir quando irá exercê-los, essa liberdade não é ilimitada. Ou, melhor dizendo, a oportunidade em que se exercita cada direito nem sempre é indiferente, sob o ponto de vista da eficácia do próprio direito.

Nesse sentido cabe recordar, com *Gottschalk*³⁰⁹, três institutos que podem ser afetados pela virtualidade de um direito como consequência de seu não exercício no tempo: a prescrição, a decadência e a preclusão.

A primeira consiste na perda da ação emergente de um direito, como consequência do transcurso de certo prazo, durante o qual aquele direito não foi exercido.

Disso decorre que a prescrição que interessa em matéria trabalhista é a prescrição extintiva ou liberatória³¹⁰.

Na realidade, não se perde o direito, porém a ação. A obrigação correlativa ao direito respectivo se converte em uma obrigação natural. *Ferro* explica seus efeitos desta maneira: "A inércia por parte do titular do direito traz como consequência que, por razões de segurança jurídica, a ação como direito não produza o correlativo dever do Estado de proteger as situações mediante uma sentença favorável, ou, melhor dizendo, que este seja liberado desse ônus. É por isso que os efeitos desse instituto se projetam com respeito à ação e não se referem ao direito; a obrigação se transforma em natural, e, se o devedor a cumpre, não pode repetir o pagamento"³¹¹. Pressupõe a invocação expressa pelo próprio interessado, sem que possa ser suprido de ofício pelo juiz.

Além do mais, o prazo tem que ter transcorrido sem que se haja operado qualquer circunstância que tenha impossibilitado o titular do direito de acionar para sua efetivação (suspensão) e o mesmo não deve haver realizado nenhuma gestão tendente à obtenção de seu direito, a que a lei outorgue a virtualidade de *interromper* o prazo prescricional³¹². Vale dizer, que seja suscetível de suspensão (quando certo lapso não se conta para

os efeitos do cômputo da prescrição) e de interrupção (quando ocorre algum fato que deixa sem efeito todo o período anterior, dando origem ao começo de um novo cômputo). *Argañarás* distingue ambos os conceitos da seguinte maneira: "A interrupção da prescrição produz seus efeitos com respeito ao passado: apaga o tempo já decorrido da prescrição, mas permite que esta comece de novo seu curso, como se não houvera existido a prescrição anterior. A suspensão, pelo contrário, só produz seus efeitos para o porvir: o tempo anterior da prescrição é conservado, posto de reserva, para unir-se ao que seguirá ao cessar a suspensão que impedia o curso da prescrição"[313](#).

A decadência, pelo contrário, se opera de pleno direito, pelo simples transcurso do tempo, produzindo seus efeitos ainda que o beneficiário da mesma não a invoque. Não se limita à perda da ação, porém determina a perda do próprio direito. Por isso, é correta a definição de *Cámara Leal*, ao dizer que é "a extinção do direito pela inércia de seu titular quando sua eficácia foi, desde a origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado e este se esgotou sem que esse exercício se houvesse verificado"[314](#). Por sua própria índole, não é suscetível de suspensão nem de interrupção[315](#).

Finalmente, a preclusão é um instituto menos generalizado e admitido, mas que tem tido ampla acolhida no direito alemão e que se produz quando o atraso no exercício do direito é compatível com o princípio da boa-fé. Esta noção se vincula à idéia do abuso do direito[316](#) e com a chamada doutrina dos atos próprios[317](#).

Como se há de compreender, à diferença dos outros dois, que pressupõem certa objetividade e certo automatismo em seu funcionamento, se introduz aqui um elemento intencional ou subjetivo que obriga a analisar individualmente cada caso, para comprovar se existe a nota de abusivo.

Mencionamo-lo como um antecedente doutrinário; mas doravante limitar-nos-emos aos dois primeiros.

Cumpra acrescentar, neste plano de precisões conceituais, que podem ser distinguidos dois tipos de prescrições: as prescrições curtas - baseadas na presunção de pagamento - e as restantes prescrições - que não se fundam em nenhuma presunção.

As primeiras são incompatíveis com a interposição de outras exceções ou defesas, porque revelam que o pagamento não se efetuou. Perdem eficácia na medida em que cai a presunção, seja pelo juramento do devedor, seja por qualquer outra circunstância que demonstre de maneira palmar a não-existência do pagamento.

As segundas, ao contrário, são as autênticas prescrições que não estão baseadas em nenhuma presunção de pagamento, pelo que realmente operam como um modo autônomo de extinção das obrigações. São eficazes não porque façam pensar que já se pagou, mas simplesmente porque transcorreu certo lapso de tempo. E mesmo que conste não ter havido o pagamento, seus efeitos são iguais. Assemelham-se à decadência, na medida em que têm eficácia, apesar de constar não ter sido cumprida a respectiva obrigação; mas continuam diferenciando-se dela porque só operam quando o beneficiário as invoca.

Estas últimas são as verdadeiras prescrições, pois as primeiras têm mais o caráter de presunções. Assim o entende *Nicoliello*, que, depois de afirmar que, em sua opinião, não *prescreve* o direito à cobrança dos salários, acrescenta: "Pode-se certamente alegar a prescrição curta dos Códigos Civil e Comercial, quando se alega o pagamento, como presunção, na falta de outras provas. Porque, de outro modo, seria impossível, muitas vezes, acreditar num efetivo pagamento"[318](#). Com essa distinção, marca implicitamente a diferente característica dessas duas classes de prescrições: enquanto umas constituem um meio de prova, as outras são um meio de extinção da ação.

87. Sua admissão no Direito do Trabalho

À primeira *vista* parece sumamente impróprio que a prescrição possa ter *valor* no Direito do Trabalho. *De La Cueva*[319](#), depois de lembrar que se tem sustentado que a instituição contraria o espírito que informa o art. 123 da Constituição mexicana e a legislação do trabalho, acrescenta: "É correto admitir-se a prescrição das ações dos patrões, posto que nada os impede de renunciar às que tenham contra os trabalhadores; a prescrição das ações destes, pelo contrário, opõe-se de maneira manifesta aos propósitos da legislação do trabalho". *Ferro* assinala que "pode parecer incongruente o fato de que, por um lado, se tutelem os direitos tornando-os indisponíveis e que, por outro, se admita que o seu não uso, dentro de determinado lapso, acarrete sua perda"[320](#). *Martha Abella de Artecona* destaca que "o instituto da prescrição no Direito do Trabalho pode ser questionado sob dois diferentes ângulos: do ponto de *vista* do empregador constitui um meio para que, pelo mero transcurso do tempo, deixe de cumprir obrigações que leis de ordem pública lhe impõem; e sob a *perspectiva* do trabalhador aparece como o abandono pelo não exercício de direitos que são, por essência, irrenunciáveis, inerentes à personalidade humana"[321](#). *Sarthou* afirma: "Entendemos sempre que, sob o ponto de *vista* do dever ser, a realização do valor justiça - objetivo primordial de todo ramo jurídico - deveria

necessariamente levar, entre outras coisas, no Direito do Trabalho, à eliminação da abstenção contínua de agir como causa de perda de um direito. Manipular conceitos iguais, com respeito ao silêncio ou à omissão de acionar por parte do trabalhador, aos utilizados em relação aos sujeitos das relações de direito civil, significa, de certo modo, reviver a velha ficção liberal da igualdade das partes no contrato de trabalho. Só em uma visão estéril dos aspectos sociais e econômicos do contrato de trabalho é possível sustentar que a subordinação inerente à relação não implica um estado de sujeição que interdita a vontade. Se, em outros institutos e campos de nossa disciplina, as linhas do Direito do Trabalho e do direito comum se separam, para cumprir aquele com suas finalidades específicas, de acordo com sua autonomia, também aqui o elemento tempo como causa da perda de um direito deverá ter um tratamento específico. Essa necessária especificidade da prescrição no Direito do Trabalho vem imposta pelo princípio da irrenunciabilidade das normas trabalhistas. Se não é possível renunciar expressamente às normas do Direito do Trabalho, não pode ser válida a renúncia tácita que, em essência, é a prescrição, enquanto abstenção da ação pelo prazo que a lei estabelece"[322](#).

Nicoliello vai mais além, sustentando resolutamente que os direitos do trabalhador não são suscetíveis de prescrição. Se os direitos do trabalhador "são direitos protegidos pela ordem pública - e em consequência irrenunciáveis -, mais ainda quando se trata, pelo menos em nosso país, de direitos catalogados pela Constituição da República como individuais (próprios do indivíduo, da pessoa humana; e portanto inalienáveis, irrenunciáveis e incessionáveis), a conclusão inevitável é que são imprescritíveis, desde que a prescrição pressuponha o desuso, o abandono, a renúncia tácita a um direito"[323](#).

Com exceção deste último, os demais autores mencionados explicam depois os motivos pelos quais, por estranho que possa parecer, tem sido aceita a prescrição em matéria trabalhista.

Fundamentalmente, invoca-se a necessidade da segurança jurídica, que é um valor que muitas vezes requer o sacrifício ou a postergação do valor justiça, como ocorre, por exemplo, com o instituto da coisa julgada, que a necessidade de segurança prima sobre a busca da justiça. Assim diz *Ferro*: "a prescrição é uma das instituições que encontram sua razão de ser nas exigências da segurança jurídica, na vida de relação. Elemento este que, juntamente com a ordem social, é que se persegue, mediante o estabelecimento do direito"[324](#). Mas talvez quem melhor concretize a justificativa da prescrição seja *Centeno*, ao afirmar: "As normas do Direito do Trabalho através do princípio da irrenunciabilidade garantem a intangibilidade dos direitos, mas disso não se pode derivar a proteção de seu não exercício e da inércia ou inação, que afetam o interesse social tanto quanto sua perda pelo transcurso do tempo. Se constitui uma atitude socialmente reprovável não exercer um direito em cuja realização está interessada a ordem jurídica integral. a lei não pode propiciar a subsistência sem término da situação de dúvida, prestando uma assistência a quem não exerceu seu direito, estando apto a fazê-lo"[325](#).

Santoro-Passarelli acrescenta que a imprescritibilidade não é consequência necessária da irrenunciabilidade e da intransigibilidade, porque prescrição não depende diretamente da vontade do titular do direito, mas de uma situação contínua de inércia, encontrando sua razão de ser em um interesse público, que o ordenamento jurídico pode considerar prevalente, comparativamente com o interesse público que justifica a irrenunciabilidade do direito por parte do titular[326](#). A propósito desta diferenciação entre prescrição e renúncia, *Centeno*[327](#) assinala que não parece suscetível de confundir-se a prescrição com a renúncia de direitos, e por isso mesmo não há incompatibilidade entre uma e outra forma de extinção dos direitos, admissível uma e inadmissível a outra, no Direito do Trabalho. A renúncia é um negócio jurídico unilateral que determina o abandono irrevogável de um direito. Na prescrição, pelo contrário, não há renúncia, mas omissão do exercício do direito de iniciativa. Omite-se o exercício de um direito sem a ele renunciar, mas se a situação perdura além do prazo fixado por lei, se o priva de eficácia, ao lhe ser negada, pelo ordenamento jurídico, aptidão para seu reconhecimento e exigência.

Alonso Olea assevera que o ordenamento reage com a declaração de nulidade, contra ato do titular do direito irrenunciável, em que se exteriorize a vontade de renunciar, mas não reage contra sua mera passividade ou omissão de exercício; daí que os direitos irrenunciáveis estejam sujeitos a prazos de prescrição ou de decadência, como ocorre com os renunciáveis[328](#).

O que ocorre é que, como diz *Ojeda Avilés*[329](#), o princípio da irrenunciabilidade impede uma determinada disposição de direitos a benefícios trabalhistas; mas não estabelece seu exercício forçosamente, o que, além de ir contra a liberdade do indivíduo de maneira inadmissível seria impossível fazer cumprir ou controlar. O que o ordenamento jurídico trabalhista proíbe é que um trabalhador se desligue de um benefício, de um meio que se lhe dá para aliviar a precariedade de sua situação. Mas se o trabalhador não se desliga dele, tem plena liberdade quanto a seu exercício. E, em outro trecho de sua exposição, sustenta que o fato de perder-se ou excluir-se do patrimônio um bem patrimonial por causa da prescrição ou da decadência que a atitude negativa do sujeito provocou não são propriamente limitações da vontade dos particulares e, portanto, tampouco aspectos da indisponibilidade. Mas reconhece que dois autores de grande prestígio, como *Giugni* e *Guidotti*, opinam em sentido contrário, ou seja, consideram a imprescritibilidade como uma consequência da indisponibilidade[330](#).

88. Fundamentos de sua aplicação no Direito do Trabalho

Bastante próximo deste tema está o de indicar quais são os verdadeiros fundamentos da prescrição, nesta matéria.

Seguindo a opinião de *Spota*³³¹, podemos dizer que a prescrição não é:

a) uma sanção ou pena contra o titular de um direito, porque o conceito de culpa por dano infringido a si mesmo não é de ser acolhido, já que a conduta sancionável pressupõe o prejuízo sofrido por outro. Como a lei não impõe ao trabalhador um dever de acionar e sua conduta não causa prejuízo a outro (antes o beneficia), ainda que possa ser socialmente censurável, não se pode falar de responsabilidade, nem de penalidade pelo comportamento negligente em que incorre o titular do direito;

b) uma presunção de que o direito foi satisfeito. Tão-só o transcurso do tempo não gera a presunção do adimplemento da obrigação. Deve-se ter presente que a obrigação trabalhista prescrita tem o caráter de natural, isto é, de um direito sem ação, o que não se conciliaria com a presunção de seu cumprimento. Esta fundamentação só poderia caber nas prescrições curtas, que constituem uma modalidade atípica; mas não para as restantes, que são compatíveis com a interposição simultânea de outras defesas; e

c) uma presunção de abandono do direito. O não-exercício oportuno de um direito não pode, em nenhum caso, constituir presunção no sentido de sua renúncia, já que esta é incompatível com os princípios do direito trabalhista. Não se pode então considerar o abandono do direito ou a renúncia equivalentes à prescrição, nem pode esta ter fundamento na presunção de abandono ou renúncia nascidos do transcurso do prazo fixado por lei. Isto é tanto mais claro quando se intenta exercer a ação depois de ter vencido o prazo de prescrição e o devedor invoca justamente a prescrição para deter a ação.

Em suma, podemos concluir, com *Centena*, que o verdadeiro fundamento da prescrição no Direito do Trabalho é o mesmo que no direito comum: a segurança jurídica, que alcança plena vigência naquele, mesmo quando, através dela, se possa levar a um resultado (como é a perda do direito por parte do trabalhador), que pareceria antitético em relação à finalidade protetora de nossa disciplina. Esta deve ser lograda através do exercício dos direitos, não mediante a eternização de situações de conflitos ou duvidosas, que conspiram contra a ordem e a paz social, que constituem, afinal, o resultado a que aspira a proteção concedida ao trabalhador mediante disposições mais ou menos rígidas, no que concerne à disponibilidade dos direitos que lhe são atribuídos³³². Como diz *Ojeda Avilés*, em expressiva frase, a prescrição foi estabelecida *ad id neglgentiae* e não *favere praescribentis*, isto é, no interesse público contra a desídia do titular³³³.

89. Características destes institutos no Direito do Trabalho

As características destes institutos - algumas delas válidas para todos os ramos do direito e outras peculiares a esta matéria - podem ser resumidas da seguinte forma:

1) os prazos de prescrição e de decadência são de ordem pública e não podem ser modificados por acordos entre as partes - nem individuais nem coletivos - nem para abreviá-los, nem para ampliá-los. As partes não podem, seja através de seus contratos particulares ou das convenções coletivas de trabalho, abreviar ou prolongar o prazo fixado por lei. Ambos os institutos são de origem legal;

2) a diferença fundamental entre prescrição e decadência reside em que a prescrição requer a invocação do interessado, enquanto a caducidade se aplica de pleno direito. Em consequência, quando vige um prazo de prescrição, o juiz não pode suprir de ofício a invocação do beneficiado, que é o único que a pode opor e determinar, ao invocá-la, sua aplicação. Somente a iniciativa do juiz não basta, porque sendo remissível a prescrição operada, sua não oposição configura uma renúncia válida dessa prescrição ganha. Pelo contrário, no caso da decadência, o juiz deve aplicá-la, ainda que a parte não a tenha invocado;

3) não se pode renunciar para o futuro o direito de invocar a prescrição em seu favor. Esta é outra consequência do caráter de ordem pública da instituição. Nada impede que se possa renunciar à prescrição já obtida. O que não se pode renunciar é ao direito de prescrever para o sucessivo.

Quanto à decadência, nem é de suscitar-se o problema, porque não depende da invocação - nem, por conseguinte, da vontade das partes. Não tem cabimento, pois, falar de renúncia, já que ela se opera automaticamente;

4) dada a difícil harmonização destes institutos com os princípios do Direito do Trabalho, tanto a prescrição quanto a decadência devem ser interpretadas com critério restritivo: admitir-se o menos possível e estritamente

dentro dos limites indispensáveis. Este critério restritivo tem justamente como consequência, em matéria de prescrição, que as causas de suspensão ou de interrupção sejam interpretadas ampliativamente;

5) um dos pontos fundamentais da aplicação destes institutos é a determinação das datas a partir das quais se deve começar a contar os prazos *respectivos*.

Devem ser estabelecidos com a máxima clareza e precisão para que todos saibam a que ater-se, decidam sua conduta a partir desse dado e estes institutos, criados para a segurança e a certeza, não dêem origem a novas incertezas e discussões;

6) na determinação das datas de início do cômputo, devem ser combinados e harmonizados os diferentes critérios com *vistas* a sua finalidade de preservar a segurança jurídica, pela consideração da realidade que leva a que muitas vezes o trabalhador tenha dificuldades para exercer judicialmente seus direitos, enquanto subsiste o estado de subordinação derivado da relação de trabalho.

Por tal motivo a doutrina aconselha que o começo do prazo se estabeleça a partir do momento em que o trabalhador tenha deixado de trabalhar. Na grande maioria dos casos, o trabalhador teme que a interposição judicial da reclamação signifique arriscar seu posto. Por isso, a inatividade do trabalhador não lhe é imputável, nem tem o mesmo significado que em outras condições. Deve ser atribuída ao legítimo desejo de conservar o trabalho.

Como já disse há muitos anos um dos primeiros juslaboralistas espanhóis, *Juan Hinojosa*, "não se pode dizer que o operário é plenamente livre para acionar o patrão, até que se rompa definitivamente o vínculo contratual que o liga a ele"³³⁴.

Coincidindo com essa posição, *Ojeda Avilés*³³⁵ expõe que, apesar de todas as distinções conceituais e doutrinárias, na prática a renúncia e a falta de exercício do direito durante a relação trabalhista se equiparam porque, em síntese, o resultado a que chegam uma e outra é análogo: o benefício concedido se deprecia e a vontade da lei fica sem efeito, pelo que o prazo da prescrição deve começar a correr assim que a relação seja resolvida.

Talvez o documento mais significativo nesse sentido seja a sentença do Tribunal Constitucional italiano, datada de 10.6.66, na qual se afirma que o prazo não começa a ser contado senão a partir do término do contrato de trabalho, dada "a situação psicológica do trabalhador, que pode ser induzido a não exercer o próprio direito pelo mesmo motivo por que muitas vezes é levado a renunciá-lo, ou seja, pelo temor da despedida: de sorte que a prescrição, decorrente durante a relação de trabalho, produz justamente o efeito que o art. 36 da Constituição procurou evitar, proibindo qualquer tipo de renúncia, inclusive a que, em situações particulares, pode estar implícita na falta de exercício do próprio direito. e portanto no fato de deixar-se correr a prescrição";

7) nem sempre os prazos de prescrição ou de decadência das diversas ações trabalhistas são idênticos. Os prazos devem ser razoáveis, e assim não se pode prescindir das características de cada ação, pelas quais podem aconselhar, diante de certas situações em que as provas dos fatos sejam mais perecíveis, a determinação de prazos especiais menores. Eis por que muitas vezes, em lugar de um regime uniforme, há vários regimes diferentes; e

8) em alguns países se estabelece que podem ser propostas na primeira oportunidade que se apresente. Certos direitos positivos contêm normas expressas determinando que a exceção de prescrição "deve ser oposta ao contestar a demanda ou na primeira audiência em que esteja presente quem intente opô-la". Mesmo quando não exista uma norma com esse conteúdo ou similar, parece derivar da própria essência do instituto que ele seja oposto tão logo surja a oportunidade de fazê-lo, já que a omissão em tal circunstância surte os mesmos efeitos que a remissão da prescrição ganha. Este raciocínio não é aplicável à decadência, já que ela não depende da invocação da parte e o julgador deve aplicá-la de ofício, ainda que a parte não a tenha invocado.

90. Evolução da prescrição no Direito do Trabalho Uruguaio

A prescrição das ações trabalhistas sofreu importante evolução no direito uruguaio.

Em matéria de acidentes do trabalho, a Lei n. 10.004, de 28. 2.41, estabelece em seu art. 21 que "a ação de indenização prescreve em dois anos a contar da ocorrência do acidente". Já o art. 15 da Lei n. 12.949, de 23.11.61, dispõe que "as ações para cobrança de prêmios de seguros de acidentes do trabalho e moléstias profissionais, dos capitais necessários para o serviço de rendas e as despesas nos casos de empregados não segurados prescreverão em dez anos, contados a partir do dia em que as obrigações se tornaram exigíveis".

Em matéria de trabalho em domicílio, o inciso final do art. 13 da Lei n. 10.910, de 5.1.40, havia estabelecido: "Vigerá, para a prescrição dos direitos pertinentes ao trabalhador, o prazo fixado pelo art. 1.224 do Código Civil" (este prazo é de um ano).

Para os viajantes e vendedores praticistas, a Lei n. 14.000, de 22.7.71, estabelece na parte final de seu art. 8º: "As ações emergentes da referida lei (refere-se à Lei n. 12.156, de 22.10.54) e desta prescrevem em quatro anos".

Em matéria salarial, o regime existente a partir da Lei n. 10.449, de 12.11.43, era o seguinte: em geral, vigiam as prescrições curtas (ou seja, de seis meses a um ano, conforme fosse o trabalhador diarista ou mensalista) estabelecidas pelo Código Civil ou pelo Código Comercial, baseadas na presunção de pagamento; quando não existisse ou desaparecesse essa presunção, aplicava-se o prazo de 20 anos, das ações pessoais. Ademais, vigia a prescrição de um ano 'a partir da saída do estabelecimento, em caso de se exercer a ação executiva instituída pelo art. 4º da Lei n. 10.449, ou seja, a derivada de um título executivo composto por dois documentos: o certificado expedido pelo Instituto Nacional do Trabalho sobre o salário correspondente, segundo a lei ou o laudo, e o boletim de trabalho. A jurisprudência entendeu que esta prescrição se aplicava a todas as reclamações salariais, tanto as exercidas por ação executiva, como por via ordinária; tanto pelo total do salário, como pelas diferenças³³⁶.

Em matéria de indenização por despedida, depois de certas vacilações iniciais, sobre se caberia aplicar o prazo de quatro anos estabelecidos pelo art. 1.332 do Código Civil para as ações tendentes a obter a reparação de um ilícito civil, a jurisprudência se unificou em torno da aplicação do prazo de 20 anos, estabelecido para as obrigações pessoais, em geral.

Toda essa situação se transforma, em virtude da entrada em vigor da Decreto-Lei n.14.188, cujo art. 14 estabelece: "As ações de cobrança de salários e de indenização por despedida prescreverão em um ano, a contar do momento em que o salário deveria ter sido pago, ou daquele em que se deu a despedida".

Esta norma substitui todas as anteriores relativas a salário e despedida, porquanto as outras normas anteriormente mencionadas, referentes a outros benefícios trabalhistas, continuavam em vigor.

O prazo é de um ano, porém se conta a partir do momento em que o salário deveria ter sido pago ou daquele no qual se deu a despedida, ou seja, a partir do momento em que os créditos se tornaram exigíveis. A modificação era importante, não tanto relativamente ao prazo, que atingia a reclamação de indenização por despedida em aspecto não relevante, mas com relação à data a partir da qual se deveria computar o prazo, que na hipótese de reclamação de salário começava a partir de um período em que o contrato de trabalho estava vigente.

Porém se entendeu, pacificamente, que era uma prescrição curta - e por isso cabia opor a destruição da presunção de pagamento derivada de qualquer circunstância que fosse incompatível com aquela presunção - e que somente vigorava para os créditos trabalhistas nascidos posteriormente à data de entrada em vigor da lei, ou seja, 3.10.74³³⁷.

No dia 23.12.75 foi promulgado o Decreto-Lei n. 14.490, que se refere a todos os créditos de trabalho e que substituiu todas as normas anteriores.

Seu texto é o seguinte:

"Art. 1º - Declara-se com caráter de interpretação autêntica (art. 13 do Código Civil) que todas as ações de cobrança de qualquer espécie de prestação devida ou a cumprir pelo empregador por motivo ou por causa da relação de trabalho, sem exceção alguma, e a partir das datas das leis sobre a matéria que pela presente são interpretadas, caducam indefectivelmente no ano subsequente do dia em que deveriam as mesmas ter sido cumpridas.

Art. 2º - Derrogam-se todas as disposições que fazem referência a prazos de prescrição, ou estabelecem prazos diversos de prescrição, ou de decadência, para tornar efetivas as determinações mencionadas no artigo anterior.

Art. 3º - Declaram-se de ofício os tributos originados nos processos em trâmite, qualquer que seja a instância em que se encontrem, e nos quais os juízes supram de ofício, ou a pedido da parte, a exceção de decadência estabelecida por esta lei".

Esta norma - aprovada em pleno regime de fato - foi considerada uma das mais iníquas de todo esse período. Não só por seu conteúdo estrito - que estabelece um regime de decadência, a contar da data em que se tornou exigível cada benefício - mas porque lhe foi dado caráter interpretativo para que tivesse efeito retroativo. Para piorar, surgiu da própria discussão no Conselho de Estado - órgão criado pelo Poder Executivo para substituir o

Parlamento - para que esse efeito retroativo atendesse ao desejo de contemplar a situação de uma empresa de Montevideu.

No regime anormal em que se viveu, foi inútil invocar sua inconstitucionalidade, sua inconveniência, seus efeitos gravemente prejudiciais ao trabalhador, combater sua retroatividade, impugnando o caráter interpretativo na norma.

Por isso é fácil explicar por que, ao se restabelecer a democracia, uma das primeiras normas que se procurou corrigir foi esta. Mas, embora houvesse unanimidade de opiniões quanto à necessidade da substituição do regime, não houve fácil acordo na discussão parlamentar quanto à fórmula substitutiva.

Assim, só no dia 28.10.86 foi aprovada a Lei n. 15.837, do seguinte teor:

"Art. 1º - Derroga-se o Decreto-Lei n. 14.490, de 23 de dezembro de 1975, assim como todas as disposições que estabelecem prazos de prescrição em matéria de ações originadas de relações de trabalho de que seja titular o trabalhador frente ao empregador.

Art. 2º - As ações originadas nas relações de trabalho prescrevem aos dois anos a contar do dia seguinte ao da cessação do vínculo de trabalho, em que se baseiam. A simples apresentação do trabalhador junto ao Ministério do Trabalho e Previdência Social, solicitando a audiência de conciliação prevista no art. 10 do Decreto-Lei n. 14.188, de 5 de abril de 1974, interromperá a prescrição.

Art. 3º - Em nenhum caso poderão ser reclamados benefícios trabalhistas que tiverem se tornado exigíveis há mais de dez anos antes da data em que se inicie a reclamação judicial pertinente.

Art. 4º - Não será aplicável ao regime de prescrição, regulado por esta lei, o estabelecido no Art. 1227 do Código Civil (É a disposição que estabelece que certas prescrições breves baseiam-se na presunção de pagamento.)

Art. 5º - O regime de prescrição, estabelecido nos art. 2º e 3º, se aplicará às relações de trabalho vigentes na data de entrada em vigor da presente lei assim como às que se iniciam posteriormente".

Embora essa lei não tenha tido efeito retroativo, mas imediato, no sentido de que a repercussão extintiva da norma anterior se produziu até a entrada em vigor dessa lei, ela representou uma melhoria muito significativa no fato de voltar ao regime de prescrição e não de decadência dos prazos - e ao ponto de partida de seus - cálculos que passaram de novo a se fixar na data da saída do estabelecimento.

À margem deste processo de evolução do regime geral da prescrição, cumpre consignar que, em matéria de acidentes de trabalho, o art. 66 da Lei n. 16.074, de 10.10.89, referente a esse tema, estabeleceu um prazo de dez anos de prescrição contados.. a partir do dia em que as obrigações se tornaram exigíveis.

91. Regime vigente

Com data de 7.1.98, foi aprovada a Lei n. 16.906, conhecida como a lei do fomento de investimentos, na qual encontramos a seguinte disposição:

"Art. 29 (Prescrição e sua aplicabilidade)

"As ações originadas nas relações de trabalho prescrevem num ano, a contar do dia seguinte à cessação da relação de trabalho na qual se baseiam.

"A audiência de tentativa de conciliação, com a presença do reclamante, interromperá a prescrição, desde que seguida de demanda judicial interposta dentro de 30 dias úteis seguintes à data da ata ou do atestado do não comparecimento do reclamado.

"Em nenhum caso poderão ser reclamados créditos ou benefícios trabalhistas que se tiverem tornado exigíveis há mais de dois anos antes da data em que tiver sido apresentada a demanda judicial correspondente.

"As disposições anteriores serão aplicáveis aos créditos ou benefícios existentes na data de promulgação da presente lei, a menos que, no prazo de 60 dias corridos, contados a partir da mencionada data, tiver sido apresentada demanda judicial válida".

Exponhamos os pontos principais do novo regime legal, apontando as diferenças com o sistema anterior da Lei n. 15.837, por seu interesse prático, pois muitas questões trabalhistas deverão ser resolvidas pelo regime anterior, em virtude da situação excepcional prevista no último parágrafo da norma legal.

92. Âmbito de aplicação

Abrange todas as ações originadas nas relações de trabalho. Esta redação, tão ampla, compreende não só as ações de trabalhadores contra empregadores, mas também o inverso: a de empregadores contra trabalhadores. Abrange também ações originadas nas relações de trabalho em que sejam partes o Banco de Previdência Social ou o Banco de Seguros do Estado.

No regime da Lei n. 15.837, a órbita de explicação foi exposta com menos clareza. No art. 1º alude-se a ações originadas de relações de trabalho, das quais é titular o trabalhador frente ao empregador, e no art. 2º se faz referência às ações originadas nas relações de trabalho.

Mas prevaleceu um critério amplo surgido do teor do art. 2º. Devemos reconhecer que o novo texto ganha em clareza.

Não cremos que, com textos tão categóricos, possam ser reivindicados outros prazos estabelecidos por leis especiais (acidentes de trabalho, viajantes e vendedores de praça), sobretudo tendo em vista a primazia da lei posterior.

93. Data inicial para cálculo dos prazos

O prazo começa a ser contado a partir do dia seguinte ao dia em que tenha cessado a relação de trabalho, na qual se baseiam as ações.

Nesse aspecto reproduz-se textualmente a norma anterior. Destacamos este ponto porque convém reconhecer que o trabalhador, enquanto dura a relação de trabalho, sente-se inibido em iniciar a ação judicial. Com razão ou sem ela, teme a represália do empregador, que, mesmo que não chegue à despedida, pode expressar-se de diversas formas durante o trabalho.

94. Prazo de prescrição

O primeiro parágrafo estabelece o prazo de um ano. A Lei n. 15.837 estabelecia o prazo de dois anos.

Há uma diminuição pela metade da duração, mas, como veremos a seguir, a influência do outro prazo estabelecido tira a importância desta primeira diminuição. De qualquer modo, este não é um tema grave já que, em geral, o prazo de um ano parece suficiente. Por outro lado, não convém facilitar nem estimular o atraso na reclamação, com o que se distancia o momento em que se recebe o benefício do momento em que deveria ser desfrutado.

95. Interrupção do prazo

O segundo parágrafo do art. 29 estabelece que a audiência de conciliação, com a presença do reclamante, interromperá a prescrição, desde que seguida de demanda judicial interposta dentro dos seguintes 30 dias corridos, a contar da data da ata ou do atestado do não comparecimento do reclamado.

A disposição correspondente à Lei n. 15.837 dizia: "a simples apresentação do trabalhador diante do Ministério do Trabalho, solicitando a audiência de conciliação prevista no art. 10 do Decreto-Lei n. 14.188, interromperá a prescrição".

Foram introduzidas três modificações desfavoráveis ao reclamante.

A primeira é que não basta a solicitação de audiência, mas se requer sua realização, o que supõe mais tempo.

A segunda é que se requer a presença do reclamante. Isto tem levantado algumas dúvidas sobre o alcance da palavra "presença". Não se acrescentou a palavra "pessoal", o que teria esclarecido a questão. Parece estar se formando um consenso de que não é necessária a presença direta do trabalhador, bastando, como até agora, não só uma procuração pública, mas também uma procuração simples³³⁸.

A terceira é que se requer a apresentação da causa dentro de 30 dias corridos.

Esses 30 dias devem ser contados a partir da data da ata ou do atestado de não comparecimento do reclamado. Esta última alternativa é muito precisa: o atestado no qual consta o não-comparecimento do reclamado, tem data de expedição e, a partir desse momento, começa a contagem dos 30 dias. Algo mais complexo é a outra alternativa, pois a ata que atesta ter sido preenchido o requisito da conciliação pode ser lavrada depois de várias reuniões. Parece haver um entendimento segundo o qual cada um dos atos em que as partes ou seus representantes participam não constitui a ata de conciliação: esta só se lava no último ato, no qual se dá por cumprida a tentativa.

A data exata da ata tem um duplo interesse. De um lado, para saber se a demanda é apresentada ao juizado dentro dos 30 dias. De outro, para determinar, com exatidão, quando se interrompe o prazo de prescrição. Deve-se ter presente que o que interrompe a prescrição não é a apresentação da demanda, mas a audiência de conciliação, desde que seguida da demanda dentro dos 30 dias corridos.

Já foi levantado o problema sobre se é possível apresentar a ação sem ter preenchido o requisito da conciliação, tendo em vista haver consenso em torno da idéia de que a juntada da ata de conciliação é um requisito de admissibilidade, mas não de validade. De acordo com o art. 298 do Código Geral do Processo, se o atestado de conciliação não for juntado aos autos, estes não serão nulos, mas o tribunal ordenará o cumprimento do requisito e suspenderá o processo até que se faça juntada do documento que comprove sua realização.

Entendemos que o sistema pode continuar sendo aplicado como até agora. Mas, quanto a seus efeitos, devem-se distinguir dois prazos: se é para interromper a prescrição do ano da despedida, o que interrompe é a ata de conciliação, desde que seguida da ação nos 30 dias seguintes; se é para contar o prazo de dois anos que se estabelece como limite, deve começar a ser contado a partir da data da protocolização da demanda em juízo.

A possibilidade de que haja interesse para um tema ou outro dependerá obviamente da data da formalização da ação e da natureza da vantagem que se pleiteia. Se se trata de pleito de natureza salarial, há muita urgência na apresentação da demanda, já que sua postergação supõe a diminuição do que é reclamado. Não acontece o mesmo, por exemplo, com a indenização por despedida que nasce em data fixa.

O problema que acabamos de levantar é muito mais freqüente do que se pensa, no caso de se reclamarem diversos itens e não serem todos mencionados na audiência de conciliação. Como a prescrição e a interrupção se aplicam item por item, pode se dar o caso de ser o problema levantado com relação a um ou dois itens e não a todos. Isto pode acontecer, sobretudo, com as incidências em pleitos de natureza salarial.

Cumprir observar que o segundo parágrafo do art. 29 não estabelece que a única forma de interromper a prescrição seja a que ali se descreve. É redigido de uma forma que oferece uma maneira de interromper, mas sem que seja a única.

Conseqüentemente, incluem-se as formas de interromper a prescrição de validade geral. Por exemplo, o expresse reconhecimento por parte do devedor. O outro exemplo é uma demanda não acompanhada da ata que atesta ter sido preenchido o requisito da conciliação. Nesse caso, *deve-se* admitir a interrupção, mas, para isto, é preciso requerer a intimação do demandado. Nesse caso, além da intimação, a interrupção se dará com a notificação da demanda.

Por último, deve-se levar em conta, de um modo geral, que tanto a citação para a conciliação como a demanda sobre o mérito do assunto devem estar corretas; tanto na especificação dos itens como na indicação dos domicílios.

96. Limitação das possíveis reclamações

A nova lei mantém o mesmo esquema da Lei n. 15.837. Estabelece dois prazos: um para frente, que marca o período de tempo a partir da despedida, dentro do qual a ação pode ser movida, e outro que se calcula para trás, que indica um fim de limitação da reclamação.

Embora o esquema seja idêntico e se mantenham as mesmas expressões verbais, sendo a única diferença a dimensão dos prazos, esta diferença é muito acentuada e transcendente. Na Lei n. 15.837 tinha sido fixado um prazo de 10 anos e na atual Lei n. 16.906 se estabelece um prazo de dois. De 10 se baixa para dois, ou seja, se reduz à quinta parte.

É aqui, sim, que a diferença é muito grande e significativa, porque impõe uma séria diminuição às possíveis reclamações.

Acrescenta-se à dimensão dessa redução a circunstância de muitos trabalhadores terem pautado sua conduta em função das possibilidades que lhes oferecia o regime legal vigente. A mudança desse regime legal representa uma mutilação muito grave de seus créditos.

É certo que o legislador, consciente desta grave repercussão, inclui no artigo um parágrafo final que dá uma opção de 60 dias, mas a exigüidade do prazo e a circunstância de haver caído num período de férias resultaram no fato de muitíssimas pessoas não terem tomado conhecimento disto ou, quando tomaram, não tiveram mais tempo hábil para agir.

Por isso, embora este prazo excepcional atenuie as críticas, não as elimina.

Cabe acrescentar que, da maneira como está regulado o regime legal, as reclamações de valores salariais nunca alcançarão os dois anos, pois os preparativos da ação, o processo de conciliação e de apresentação da ação levam inevitavelmente semanas e até meses, que devem ser subtraídos do prazo genérico de dois anos.

Há dúvida sobre a natureza jurídica do prazo de limitação das reclamações: se é um prazo de prescrição ou de decadência.

Raso³³⁹ acredita que, pela categorização dos termos empregados - "Em nenhum caso poderão ser reclamados créditos ou benefícios trabalhistas que tiverem se tornado exigíveis com mais de dois anos de antecedência ... " -, o prazo é de decadência. Já havia dito o mesmo com relação a disposição análoga da Lei n. 15.837³⁴⁰.

Para nós, é um prazo de prescrição. Baseamo-nos em vários argumentos:

1) O *nomen juris* do art. 29: "Prescrição e sua aplicabilidade". Devemos ter em mente que esta denominação abrange todo o artigo, razão pela qual compreende os diversos parágrafos da disposição. Por outro lado, devemos concluir que, se o legislador usou um *nomen juris*, teve seu motivo para fazê-lo: quis determinar o alcance da disposição³⁴¹;

2) em todo o artigo, nem uma só vez se faz uso da palavra "decadência";

3) dada sua inadequação às normas trabalhistas, a decadência não pode ser presumida: deve ser expressamente estabelecida.

Hugo Fernández Brignoni³⁴² e Héctor Babace³⁴³ partilham a mesma opinião que acabamos de expor.

O resultado disso é que, para aplicar esta limitação, a outra parte deve aduzi-la.

rias, nesse caso, o radicalismo da frase aludida no parágrafo terceiro nos leva a concluir que é uma prescrição imprópria, porque tem um elemento estranho a sua natureza, mas de tamanha clareza que não pode ser ignorado.

Isto demonstra mais uma vez que as classificações e caracterizações difundidas pela doutrina nem sempre são respeitadas pelo legislador. E quando o legislador é claro em suas preceituações deve ser respeitado, mesmo quando as disposições não se ajustam plenamente às estipulações doutrinárias.

97. Regime transitório excepcional

Como já o adiantamos, o legislador, ciente da magnitude da mutilação que impunha aos trabalhadores com créditos trabalhistas e que não os haviam pleiteado de conformidade com as normas trabalhistas então vigentes, procurou uma maneira de atenuar os efeitos tão nocivos ao trabalhador, a quem devia proteger por disposição constitucional e em nome da paz social.

E, com esse propósito, acrescentou um quarto parágrafo que não estava na redação original, excluindo da nova lei os compreendidos nesta exceção: "a menos que, no prazo de sessenta dias corridos, a contar da citada data, tiver movido demanda judicial válida".

São três os principais problemas que se põem:

1) Qual é a data de início do cômputo dos 60 dias?

Da letra da lei resulta claro que é a da promulgação da presente lei.

A Lei n. 16.906, promulgada no dia 7.1.98, foi publicada no Diário Oficial de 20.1.98 e entrou em vigor no dia 30.1.98.

Tendo o legislador usado a expressão promulgação, quando poderia ter usado as outras palavras mencionadas (publicação ou entrada em vigor), entendemos que devemos ater-nos à data de 7 de janeiro. É lamentável que se tenha escolhido essa expressão, especialmente porque se sabia que incidiria no princípio de janeiro, em geral, mês de férias, especialmente na área forense. E duplamente lamentável, pois não iria mudar muito as coisas uma prorrogação de 10 ou 20 dias, mas era importante para atender ao propósito de atenuação.

De todos os modos, tendo utilizado essa palavra, era preciso ater-se a ela, o que significava que o prazo de 60 dias vencia no sábado, 7 de março.

Milhares de demandas foram apresentadas no dia 6 de março e outras no dia 9 de março, por se entender que o prazo, por cair em dia não útil, estendia-se ao primeiro dia útil seguinte.

2) Que quer dizer haver apresentado demanda judicial válida? A nosso ver, apresentar a demanda é protocolizá-la no tribunal competente. Não basta apresentá-la na seção de distribuição de varas.

E, quanto à validade da demanda, deve preencher todos os requisitos discriminados no art. 117 do Código Geral do Processo.

Basta que a demanda seja recebida e que não seja declarada manifestamente improcedente.

Que acontece se vem com a ata de conciliação incompleta ou sem ela? Partindo da base de que a prévia conciliação é um requisito de admissibilidade e não de validade, deve-se admitir a eficácia da apresentação da demanda para entrar nesse regime transitório.

Dadas as características muito especiais da questão, a nosso ver deve ser julgada com amplitude e flexibilidade.

Tem-se levantado o problema sobre qual seria o regime de prescrição aplicável aos que entraram nesse regime transitório.

Todos achavam que continuava sendo aplicado o regime da Lei n. 15.837, mas surgiu a dúvida porque o art. 32 da Lei n. 16.906, entre outras derrogações, estabeleceu: "Derroga-se a Lei n. 15.837, de 28 de outubro de 1986". Diz-se que, por não estar mais em vigor a Lei n. 15.837, se deveria recorrer às disposições do Código Civil que, por sua vez, foram tacitamente derrogadas por uma série de normas posteriores.

Pessoalmente nos inclinamos para a tese de que se aplica o regime da Lei n. 15.837, que foi o que os legisladores entenderam quando da votação do art. 29 da lei.

É o que resulta dos termos do art. 20 do Código Civil quando dispõe que: "O contexto da lei servirá para ilustrar cada uma de suas partes, de modo que haja entre elas a devida correspondência e harmonia". A interpretação mais harmônica com o propósito do legislador é a de que estes reclamantes que se apresentam dentro dos 60 dias, a partir da promulgação, continuarão com o sistema de prescrição até então em vigor.

Quando se questiona a inconstitucionalidade de uma norma, esta deve ser interpretada da maneira mais consentânea com o texto constitucional; do mesmo modo aqui se deve preferir o critério mais compatível com o propósito claramente perseguido pelo legislador.

98. Constitucionalidade

Babace, num dos primeiros artigos publicados sobre esta lei, questiona sua constitucionalidade por uma série de motivos que tentaremos sintetizar [344](#).

Ele parte da base do art. 53 da Carta que estabelece: "O trabalho está sob a proteção especial da lei". Convém destacar a ênfase do qualificativo escolhido: a palavra "especial" dá a entender a intensidade e a profundidade dessa proteção. Isso obriga o legislador a regular todo aspecto trabalhista com critério tuitivo.

Uma das projeções do preceito contido no art. 53 consiste em que a proteção dos créditos trabalhistas deve ser maior que a de outros créditos.

O prazo de prescrição de um ano é notoriamente exíguo se comparado a outros créditos.

Mas é muito mais exíguo quando se considera que a ele se agrega uma limitação de dois anos para o passado.

Como o dito prazo é contado a partir da apresentação da demanda, o prazo é menor de dois anos, pois os meses, que inevitavelmente transcorrem até a apresentação da ação, devem ser deduzidos.

Toda comparação é negativa, com o agravante de que o legislador estabeleceu como ponto de partida, para computar o prazo de prescrição, o fim da relação de trabalho, com o que demonstra que entendia que o trabalhador, enquanto em atividade, não estava em condições de mover uma ação pelo temor de perder o posto ou ser preterido em sua carreira funcional. Isto obriga a optar entre perder o direito ou pôr em risco a estabilidade no trabalho.

Todo prazo de prescrição em matéria de créditos trabalhistas implica um tratamento desprotetor.

A nova norma legal não é protetora, pelo contrário, é desprotetora, pois diminui a proteção.

Considera, além disso, que, à medida que se aplica retroativamente a trabalhadores com direitos adquiridos, produz-se uma expropriação sem indenização.

Conclui suas considerações sustentando que contraria o art. 12.2 da Convenção Internacional do Trabalho n. 95, segundo o qual, ao término do contrato de trabalho, deve-se fazer o ajuste final de todos os salários devidos. Vincula este argumento à posição doutrinária que sustenta que as normas internacionais - como as convenções da OIT - ocupam uma classe hierárquica constitucional ou quase constitucional, no mínimo superior ao nível da legislação ordinária.

99. Quando a prescrição deve ser invocada

Tem sido levantado o tema sobre o momento em que se deve interpor a exceção de prescrição, pois, se não é apresentada pela parte, o juiz não pode invocá-la por si mesmo.

De acordo com o Código Geral do Processo - aprovado pela Lei n. 15.982 -, o reclamado pode propor como exceções antecipadas a prescrição ou a decadência (art. 133, parágrafo 7), mas isto deve ser feito ao contestar a demanda, o que obriga o tribunal a fazer a notificação da exceção oposta no prazo de 10 dias (art. 338.2).

Ocorre, porém, que o Código Civil - cuja versão atual foi estabelecida pela Lei n. 16.603, de 19.10.94, para entrar em vigor doze meses a partir da promulgação - contém um art. 1.191, cujo texto é do teor seguinte: "A prescrição pode ser impugnada em qualquer estágio da causa até que se encontre em condição de ser dada a sentença, em primeira ou segunda instância, mas os juizes não podem suprir de ofício a exceção que resulta da prescrição".

Sendo a última versão do Código Civil posterior ao Código Geral do Processo, deve primar sobre a norma anterior que estipula a possibilidade de apresentá-la em qualquer estágio.

Em síntese, o normal é que seja invocada na contestação. Nesse caso, é oposta como exceção antecipada, obrigando a notificação da parte contrária e a decisão do tribunal. Todavia, mesmo quando não se apresenta nessa circunstância, pode ser interposta posteriormente até que o processo esteja concluso para sentença.

100. Possível modificação dos prazos

Este tema da modificação convencional dos prazos que integram o regime vigente da prescrição é um problema teórico, já que na prática sua ocorrência é muito pouco provável.

De qualquer modo, começaremos por acolher a distinção, de *Josserand*, entre as cláusulas extensivas e as cláusulas abreviativas. As primeiras são as que prolongam os prazos com relação ao estabelecido em caráter geral, e as segundas são as que os reduzem³⁴⁵.

Outra distinção preliminar é segundo a área do direito em que se põe o tema: no Direito do Trabalho, em que rege a ordem pública social, e o restante do direito privado, em que rege a simples ordem pública. A ordem pública, por sua própria natureza, não pode ser modificada por vontade das partes. O sentido da criação da categoria de normas de ordem pública é precisamente para estabelecer que não podem ser modificadas pelas partes interessadas. Em compensação, a ordem pública social significa que são normas que não podem ser modificadas a não ser para melhorar a condição do trabalhador.

Combinando estas duas distinções, podemos afirmar que só são viáveis as cláusulas extensivas, porquanto as abreviativas tendem a prejudicar o trabalhador que veria extintos seus créditos (ou em perigo de se extinguirem) com maior facilidade.

Aplicando estas idéias ao art. 29 da Lei n. 16.906, *Mario Garmendia*³⁴⁶ sustentou que poderia ser modificado, por acordo de partes, para estender o prazo previsto no primeiro parágrafo, ou seja, o prazo para configurar a prescrição.

Mas não seria possível a modificação do prazo previsto no terceiro parágrafo, dada a severidade dos termos empregados pelo legislador, que não dão lugar a nenhuma variante.

Quanto ao prazo de 30 dias dentro dos quais a demanda deve ser apresentada, *Garmendia* faz depender sua resposta da questão de ser esse prazo um prazo processual ou não. Lembra o art. 237 do Código Geral do Processo, segundo o qual, "salvo disposição em contrário, os prazos indicados às partes para mover ações processuais são peremptórios e improrrogáveis. Mas as partes, expressamente e de comum acordo, poderão suspender o curso dos prazos antes ou durante seu desenvolvimento pelo tempo que acharem conveniente".

Creemos que na realidade dos fatos, dificilmente ocorrerá esse problema. Nem o empregador vai admitir uma ampliação do prazo prescricional, nem o trabalhador vai expor-se à discussão da validade dessa prorrogação convencional de prazo. É pouco provável que os juízes, por sua vez, admitam a validade e a eficácia desses alongamentos.

Em suma, um empregador em vias de acordo com um trabalhador pode abster-se de invocar essa defesa.

101. Natureza jurídica dos limites da prescrição

Na Lei n. 15.837 tinha ficado claro que os prazos ali previstos não se baseavam na presunção de pagamento. Isso decorria do estabelecido no art. 4º da dita lei: "Não será aplicável ao regime de prescrição, regulado por esta lei, o estabelecido no art. 1.227 do Código Civil".

O art. 1.227 diz textualmente:

"A pessoa a quem se impugnassem algumas das prescrições compreendidas nos arts. 1.222 a 1.225 poderá exigir do impugnador que declare sob juramento que a dívida está realmente paga.

"Este juramento poderá ser também deferido aos herdeiros e, sendo estes menores, a seus tutores.

"Em nenhum outro caso, fora dos excetuados por este artigo, poderá o credor deferir o juramento ao devedor nem a seus herdeiros".

Este artigo que acabamos de transcrever levou à interpretação de que estas breves prescrições - que são as previstas pelos arts 1.222 a 1.225 - se baseavam numa presunção de pagamento, razão pela qual se houvesse qualquer outra prova de que não houve pagamento (documento, argumentos incompatíveis com o pagamento), cairia a prescrição.

No art. 29 da Lei n. 16.906 não há nenhuma norma semelhante ao art. 4º da lei anterior, não havendo por isso argumento de texto que resolva a questão.

Rivas sustenta que não é presuntiva a prescrição prevista no art. 29 da Lei n. 16.906.[347](#)

Após descrever toda a sucessão de normas, de derrogações e de possíveis sobrevivências de normas relativas a este tema, chega à conclusão de que a tese do caráter presuntivo da prescrição carece de apoio normativo, pelas seguintes razões:

- 1) embora a prescrição prevista neste artigo possa ser considerada breve, nem todas as breves se baseiam na presunção de pagamento;
- 2) o cômputo do prazo começa após a extinção da relação de trabalho, por isso o trabalhador não está na situação de tanta fraqueza econômica e social;
- 3) nenhuma norma estabelece o caráter presuntivo;
- 4) não é uma lacuna legal, mas uma situação excepcional que não se aplica, porque mudaram as circunstâncias; agora, por disposições legais, normalmente se usam os recibos de pagamento;
- 5) não pode ser aplicada por analogia com o art. 1.227 do Código Civil, por se tratar de uma disposição de exceção.

Babace[348](#), apoiando-se em *Grzetich*[349](#), afirma que é uma prescrição breve e, portanto, baseada na presunção de pagamento, pelos seguintes motivos:

- 1) a Lei n. 15.837 esclarecia expressamente no art. 4º que o art. 1.227 do Código Civil não era aplicável. Omitida esta disposição, desaparece a exclusão;
- 2) o prazo será breve: um ano, no máximo dois;
- 3) o art. 1.227 do Código Civil compreende prescrições de vários prazos: seis meses, um ano, dois anos, quatro anos. A duração do prazo é o único critério utilizado.

De nossa parte, inclinamo-nos para a primeira posição: entendemos que não é de caráter presuntivo.

Parece-nos que o art. 1.227 não estabelece um critério geral e não tem abrangência geral. Refere-se a um grupo de prescrições expressamente aludidas e tem uma frase final que ratifica o caráter limitado e excepcional de sua abrangência: "Em nenhum outro caso, fora os excetuados por este artigo, poderá o credor deferir o juramento ao devedor nem a seus herdeiros". Por seu caráter de exceção, é de interpretação estrita.

Não há nenhuma outra norma que estabeleça esse caráter presuntivo.

Numa sentença proferida pelo Tribunal de Apelações do Trabalho do 2º Turno, de 23.6.92, se diz: "É sabido que o transcurso do tempo é considerado pelo Direito para criar ou extinguir situações jurídicas e até o fundamento da prescrição extintiva apareceria como uma sanção da omissão de mover ação. Do ponto de vista subjetivo, considera-se que quem omite sua reclamação, depois de certo tempo, remite tacitamente a obrigação ao devedor. Procura-se sancionar o verdadeiro abuso que suporia manter o devedor, indefinidamente, sob a ameaça de uma questão. E, do ponto de vista objetivo, considera-se que a prescrição garante a ordem social e a paz pública, eliminando futuras contendas cuja prova, em geral, é difícil" (cf. *Nicoliello*, "Revista de Derecho Laboral", n. 101, págs. 62/63)[350](#).

102. Tutela do trabalhador reclamante

Uma das prováveis conseqüências da nova lei é que os trabalhadores serão mais motivados a iniciar processos judiciais durante a vigência de sua relação de trabalho. Antes, podiam esperar 10 anos para reclamar. Agora, em dois anos o crédito é definitivamente prescrito. Pode acontecer que mais de um - ou pelo menos alguns mais do que antes - se anime a mover sua ação.

É possível também que mais de um empregador reaja com a despedida ou a perseguição do trabalhador reclamante. Evidentemente não invocarão esse motivo. Mas pode haver múltiplas ocasiões ou para mandá-lo ao seguro-desemprego e depois despedi-lo, ou para preteri-lo em sua carreira funcional ou trata-lo com extrema severidade. As variedades de reação são infinitas.

Uma despedida que se produz em reação a uma ação trabalhista ou a uma citação no Ministério do Trabalho configura um caso típico de despedida abusiva.

É preciso pensar numa atitude mais propensa da jurisprudência com relação à figura da despedida *abusiva*. Uma despedida, por represália, de quem pretende exercer seus direitos constitui um caso claro que deve ser condenado e combatido. Não pode haver uma norma expressa sobre isto, pois variadíssimas são as modalidades em que se apresentam. Cremos, porém, que vale a pena chamar a atenção para este perigo³⁵¹.

103. Reflexão final

Procuramos deixar bem claro que essas situações paradoxais têm fundamento e são razoáveis. Não são fruto de erros legislativos ou de inconseqüências acidentais.

Mas, além do acerto ou do desacerto na regulamentação de cada um desses aspectos, trata-se de fenômenos ou instituições que podem ser encontrados no direito de todos os países, razão pela qual devem ser atribuídos a tendências, características ou problemas reais e profundos de nossa disciplina.

Isto nos revela, em primeiro lugar, a complexidade e dificuldade do tema e, em segundo lugar, a evidência de que nem tudo é irrenunciável, ou seja, que se admite a renúncia em certos casos e em certa medida.

Por mais absolutos que se mostrem esses conceitos no terreno das formulações, no plano real têm suas limitações e restrições.

Cabe acrescentar uma reflexão final.

Como e por que a renúncia - que deveria constituir um fato residual e excepcional, por representar o desprendimento de algo próprio - revela tanta presença e exerce tamanha atração para levantarmos este problema e provocar toda uma ampla elaboração doutrinária?

Cabem diferentes explicações, mas, a nosso ver, a mais correta é a que centraliza o fato na diferença de enfoques entre o legislador e o particular.

O primeiro leva em conta um interesse geral, inserido em circunstâncias que se consideram típicas ou normais.

O segundo leva em consideração o interesse individual visto da perspectiva peculiar de cada trabalhador, situado em determinado *enclave* e com uma série de elementos e fatores circunstanciais que pesam sobre Sua situação.

A isto se soma a diferente visão do particular, interessado muitas vezes no desenlace imediato, e do autor da norma que visa e avalia os fatos num enfoque mais amplo e duradouro.

Isto não significa um juízo necessariamente desfavorável ao efeito imprevisível e imediatista do interessado com relação à visão mais prudente e serena da norma, mas pode obedecer também à incapacidade da norma de compreender e abranger adequadamente toda a série inesgotável de situações peculiares que se dão na prática e que não podem ser abrangidas nem previstas pelo legislador, por maior que seja seu esforço de imaginação.

Para ser equânimes, devemos acrescentar que esse enfoque diferente costuma ser estimulado pela outra parte da relação, que oferece alguma vantagem imediata ou futura, real ou potencial, desde que se renuncie a determinado direito, ou formula ou insinua uma ameaça velada ou explícita, se não se faz uma determinada renúncia.

É claro que não seria tão fácil conseguir as renúncias se não houvesse a motivação que expusemos; mas as renúncias não seriam tão freqüentes e numerosas se os interessados não sofressem com tanta assiduidade este estímulo externo³⁵².

Jeammaud observa que o próprio fato da atualidade do tema renúncia constitui "um indicio suplementar do espaço assegurado pelo direito de nosso tempo à flexibilização das condições jurídicas de trabalho e de emprego da mão-de-obra"[352bis](#).

III. O PRINCÍPIO DE CONTINUIDADE

Noção e Alcance

104. Origem e fundamento

Para compreender este princípio devemos partir da base que o contrato de trabalho é um contrato de trato sucessivo, ou seja, que a relação de emprego não se esgota mediante a realização instantânea de certo ato, mas perdura no tempo. A relação empregatícia não é efêmera, mas pressupõe uma vinculação que se prolonga.

Durante certo tempo se acreditou ver nesta circunstância o perigo de que reapareceriam sorrateiramente certas formas de escravidão ou, pelo menos, de servidão. Por isso, o Código Civil napoleônico inclui uma disposição que foi reproduzida por quase todos os códigos inspirados nesse modelo de tanta influência no mundo latino. A versão contida no Código Civil uruguaio reza assim: "Art. 1.836 - Ninguém pode contratar seus serviços pessoais, salvo temporariamente ou por obra determinada". Objetivou-se proibir a contratação por toda a vida[353](#).

Posteriormente notou-se que o perigo real era o *inverso*: a instabilidade, que é sinônimo de insegurança. O autor brasileiro *Meton* observa que são comuns, no campo social opiniões que identificam ser maior o medo do trabalhador de perder o emprego do que o de se tornar escravo[354](#). *De La Cueva* lembra a afirmação de *Bismarck* de que ao trabalhador interessava seu presente e seu futuro, para afirmar que o Direito do Trabalho não se conforma com o presente do trabalhador e busca assegurar seu porvir[355](#). Por outro lado, o desejo de segurança é um dos traços mais típicos do homem contemporâneo, tanto que, na história da humanidade, um dos legados do século XX será, sem dúvida, a idéia da segurança social[356](#).

Tudo o que vise à conservação da fonte de trabalho, a dar segurança ao trabalhador, constitui não apenas um benefício para ele, enquanto lhe transmite uma sensação de tranquilidade, mas também redundar em benefício da própria empresa e, através dela, da sociedade, na medida em que contribui para aumentar o lucro e melhorar o clima social das relações entre as partes[357](#). Por isso diz *Krotoschin* que esta proteção não somente constitui "uma medida de segurança econômica, mas também garante a incorporação do trabalhador na empresa como meio de integração para os fins específicos do direito social"[358](#).

De Ferrari escreveu: "indubitavelmente um dos princípios básicos que integram a dogmática do Direito do Trabalho é a estabilidade. Nossa disciplina responde à intenção de criar uma nova forma de convivência humana baseada na estabilidade. A idéia de um regime de condições estáveis de vida impera na maioria das normas da referida disciplina... terminando dessa maneira um largo período, caracterizado pela fragilidade das relações contratuais que o trabalho subordinado cria"[359](#).

Cessari menciona a tutela concedida à exigência de continuidade na relação de trabalho precisamente como um dos exemplos mais expressivos de como a ordem jurídica valoriza determinados institutos[360](#).

E *Evaristo de Moraes Filho* chega a dizer que a finalidade da nova política social é manter o vínculo empregatício. E, em outra passagem de seu estudo, acrescenta estas expressivas palavras: "Tudo, no Direito do Trabalho contemporâneo, leva a essa estabilidade no emprego, a fazer com que o empregado fique adendo ao organismo empresarial, ao estabelecimento, enquanto este durar e tiver uma possibilidade mínima de prosseguimento"[361](#).

Pierre Verge e *Guylaine Vallée* afirmam que a preservação da continuidade da relação de trabalho é um princípio de sustentação de várias noções jurídicas peculiares ao Direito do Trabalho. Várias disposições asseguram a continuidade da relação de trabalho, apesar das dificuldades que possam afetá-la. Mas as regras do Direito do Trabalho não só preservam a relação de trabalho, mas também, em outras circunstâncias, essa continuidade constitui uma fonte de vantagens específicas para o trabalhador: a antiguidade no emprego gera uma série de vantagens salariais e de benefícios adicionais que estimulam e recompensam a continuidade do trabalhador na empresa[361bis](#).

Horacio Schick diz com acerto, referindo-se a este princípio: "Lembremo-nos de que sua vigência foi uma das principais conquistas que o Direito do Trabalho consagrou em favor do trabalhador, ao outorgar ao contrato extrema dureza e resistência na duração, superando a liberalidade da locação e a dissolução quando o vínculo era regulado conforme a locação de serviços. Essa instabilidade marcou o primeiro momento da relação de trabalho na era industrial onde a falsa ilusão da autonomia da vontade disfarçava a imposição do mais forte. A maioria das pessoas se vale de sua força de trabalho para participar do sistema produtor de bens e serviços e receber, como contraprestação, o necessário para seu sustento e realização pessoal. Se não fosse protegida sua permanência, o trabalhador poderia ser, às vezes, privado, de um dia para outro, de sua renda alimentar, que em período de crise comprometeria sua realização como ser humano"[362](#).

A frase final pertence a outro autor, também argentino, *Eduardo Alvarez*, que, no mesmo artigo em que está esse pensamento, diz: "Se partirmos da realidade de admitir a existência de um direito na medida de sua efetividade, verificaremos que a tutela da permanência no emprego aparece como uma das máximas realizações do princípio de proteção, porque deu origem à autotutela dos trabalhadores, permitiu a acabada vigência de seus direitos subjetivos e atuou como real compensação de desigualdades"[363](#).

Depreende-se do exposto que não é somente a circunstância de ser uma relação de trato sucessivo que fundamenta esta tendência à continuidade, já que há outras relações dessa índole nas quais atua o mesmo princípio. Isto explica que haja surgido, mas não logra justificá-lo. Tratar-se-ia, pois, de uma condição necessária, mas não suficiente.

105. Denominação

Foram utilizadas diversas denominações para designar este princípio.

As mais freqüentes são as expressões "continuidade" ou "permanência". Algumas vezes foi empregada a expressão "estabilidade".

Nós nos inclinamos pela primeira denominação, por ser a mais usada. Por outro lado, além do sentido etimológico estrito, assim como dos significados atribuídos nas classificações convencionais propostas por alguns autores, parece ser também a mais indicada. Com efeito, estabilidade designa um instituto concreto que tem relação com um dos aspectos deste princípio, como exporemos oportunamente. E permanência dá idéia de perenidade, que não parece ser equivalente à noção que este princípio contém.

Ao contrário, continuidade tem uma conotação sumamente apropriada: alude ao que perdura, ao que se prolonga, ao que se mantém no tempo, ao que continua. E essa é a idéia central que se quer invocar com este princípio.

Vázquez Vialard[364](#) o chama de princípio de conservação da relação, baseando-se na denominação que adota o art. 10 da Lei de Contrato de Trabalho argentina, quando enuncia a regra que deve ser utilizada nos casos de dúvida sobre a subsistência ou continuidade da relação contratual.

Mas o próprio autor se adianta para apontar um perigo: a possível confusão com o princípio de igual denominação referente à interpretação da lei para assegurar os efeitos próprios da autonomia da vontade das partes, de modo que, quando passível de duas interpretações, que poderiam levar a sentidos contrários, e de um deles resultar a validade e do outro a nulidade do ato, é preciso dar prioridade ao primeiro, como também ao sentido que mais convenha à natureza dos contratos e às regras da equidade.

Esse mesmo perigo de confusão nos leva a continuar preferindo a denominação proposta: "continuidade".

106. Significado

Se quiséssemos resumir o significado deste princípio em uma frase, escolheríamos uma cunhada por *Manuel Alonso Olea* que, pela força significativa de suas palavras, não usuais no âmbito jurídico, resulta particularmente ilustrativa e feliz: "O contrato de trabalho é, por assim dizer, um negócio jurídico de extrema vitalidade, de uma grande dureza e resistência em sua duração". E depois acrescenta: "O princípio geral do direito contratual de conservação do negócio, para que este surta todos os seus efeitos, desejados pelas partes e pelo ordenamento jurídico (que o art. 1.284 do Cód. Civil formula como princípio das cláusulas contratuais, mandando que estas sejam entendidas no sentido mais adequado para produzir seus efeitos), atua no contrato com especial intensidade"[365](#).

Traduzido em palavras menos originais, podemos dizer que este princípio expressa a tendência atual do Direito do Trabalho de atribuir à relação de emprego a mais ampla duração, sob todos os aspectos.

Mas antes de explicar os diversos sentidos ou as diferentes aplicações deste princípio, formulemos algumas considerações de caráter geral.

107. Em favor do trabalhador

Este princípio está estabelecido em favor do trabalhador. Em consequência, pode não ser invocado nem exercido por este, se por qualquer circunstância preferir não fazê-lo. Em tal hipótese não se apresenta o problema da irrenunciabilidade porque, se assim ocorresse, o prazo estaria operando como uma limitação para o trabalhador, com a consequência de que nos encontraríamos diante do contrato de trabalho por toda a vida, o que o legislador quis evitar³⁶⁶.

Com maior razão ainda, o empregador não pode invocar este princípio para se opor à renúncia ou ao abandono do emprego pelo trabalhador. Salvo nos contratos de prazo determinado e na medida em que a solvência econômica do trabalhador empreste algum significado prático à responsabilidade em que possa vir a incorrer, em todos os demais casos o trabalhador é livre para denunciar o contrato e deixar de trabalhar.

Embora tudo isso seja certo, é indubitável que, mesmo estabelecido em benefício exclusivo do trabalhador, o maior prolongamento da permanência deste na empresa redundará também em benefício do empregador. Não somente pela condição psíquica do trabalhador, mas também pela maior experiência e conhecimentos que se adquirem com o transcurso dos anos e que, definitivamente, beneficiam os empregadores. Há que se acrescentar ainda a vantagem que significa o fato de não estar experimentando e ensinando novos trabalhadores, com a seqüela inevitável de erros, fracassos, prejuízos e perda de tempo.

Assim se explica que se premie a antigüidade, uma vez que representa um valor e uma utilidade para a própria empresa. De algum modo, a introdução da antigüidade como fator de regulamentação de vários benefícios trabalhistas (salários, prêmios de antigüidade, extensão das férias, montante das indenizações por despedida, etc.) constitui um modo indireto de estimular a permanência do trabalhador na empresa e, por conseguinte, de fomentar o prolongamento da duração do contrato.

108. Substantividade deste princípio

Talvez pela característica que acabamos de realçar - que está estabelecida unicamente em benefício do trabalhador - sustentou-se que este princípio é uma derivação e consequência do princípio de proteção especialmente no referente à aplicação da regra da condição mais benéfica, já que, obviamente, continuar trabalhando é mais benéfico do que ficar desempregado.

Porém o próprio *Pérez Leñero*, que é um dos que formulam a colocação, chega finalmente à conclusão de que, tanto por seu conteúdo como por suas fontes específicas, pode-se realçar como princípio geral independente, por seu inquestionável valor social e trabalhista³⁶⁷.

Coincidindo com essa anotação, acreditamos que todos os princípios estão aparentados ou vinculados entre si, o que não significa, porém, que um princípio deriva do outro. São diferentes e autônomos, porém todos têm a mesma raiz, que é, em síntese, a tutela do trabalhador, já que para isso surgiu esta disciplina.

109. Perigo de imprecisão

A amplitude dos termos que se manejam no enunciado deste princípio, assim como a variedade dos sentidos que cada um deles pode possuir, conduz a uma certa imprecisão a respeito de seu alcance.

Não podemos, então, estranhar que haja autores que englobem neste princípio alguns critérios que, a rigor, se refiram a outros temas. Para dar um exemplo podemos citar *Pérez Leñero*, que desenvolve este princípio, afirmando que consagra a estabilidade no emprego, na categoria e no lugar de trabalho, o que constitui a base da vida econômica do trabalhador e sua família. Ilustra o significado desses três conceitos da estabilidade indicando seus contrários, ou seja, os que excluem ou restringem. Assim, a continuidade no emprego restringiria

as despedidas. A continuidade na função proibiria o rebaixamento de categoria profissional ou econômica. E a continuidade no lugar de trabalho excluiria as transferências³⁶⁸.

A nosso juízo, este esquema importa em atribuir ao princípio um alcance demasiado amplo, diversificado e heterogêneo. Os dois últimos significados incluem-se mais claramente na regra da condição mais benéfica, uma das expressões do princípio protetor, já que pretendem impedir a deterioração da situação do trabalhador ou, melhor dito, a alteração unilateral e prejudicial das condições de trabalho.

Restaria, então, como próprio unicamente o assinalado na primeira hipótese. Porém veremos que tem um significado muito mais rico do que o que deriva da apresentação formulada pelo autor a que acabamos de aludir.

A continuidade é também importante para que o trabalhador possa considerar-se sujeito de um contrato de trabalho. *Ghera*³⁶⁹ ensina que, para qualificar a relação de trabalho como subordinada ou autônoma, é preciso verificar se, na realidade, é ou não identificável o sinal da disponibilidade funcional ou da continuidade de prestação. Se uma empresa chama um electricista para consertar um defeito não o converte em empregado por causa desse chamado. Mas, se um electricista habitualmente presta tarefas durante um longo espaço de tempo, pode considerar-se empregado.

*Pinho Pedreira*³⁷⁰ observa também que, para que se cumpra essa função de identificação de uma relação de trabalho, a continuidade não precisa ser absoluta. Considera-se efetivo e não eventual o trabalho que é prestado habitualmente, embora não seja em todos os dias da semana. É o caso de algumas empregadas domésticas que aceitam trabalhar alguns dias fixos ou de empregados de clubes, que só prestam serviços nos fins de semana, ou de entidades desportivas que só têm atividades nos dias de partidas ou de reunião.

110. Alcance

Vejamos, então, qual é o verdadeiro alcance deste princípio.

Acreditamos que pode haver acordo em atribuir-lhe as seguintes projeções:

- 1) preferência pelos contratos de duração indefinida;
- 2) amplitude para a admissão das transformações do contrato;
- 3) facilidade para manter o contrato, apesar dos descumprimentos ou nulidades em que se haja incorrido;
- 4) resistência em admitir a rescisão unilateral do contrato, por vontade patronal;
- 5) interpretação das interrupções dos contratos como simples suspensões; e
- 6) manutenção do contrato nos casos de substituição do empregador.

Observando e resumindo este conjunto de projeções, podemos dizer que a continuidade se sobrepõe à fraude, à variação, à infração, à arbitrariedade, à interrupção e à substituição.

Exporemos, a seguir, o sentido de cada um dos itens enumerados.

Adverta-se que todos eles denotam tendências, orientações, inclinações. Não se trata de regras absolutas, precisas e rígidas. Admitem exceções, limitações, restrições. Porém marcam uma orientação predominante.

De igual modo cumpre ressaltar que não se trata de conteúdos fechados, enclausurados e delimitados. Pelo contrário, estão abertos em consequência de sua própria força expansiva, não sujeita a limites.

Por outro lado, cada uma dessas idéias tem múltiplas aplicações, o que revela a fecundidade criadora deste princípio, que é suscetível de ser aplicado frente a múltiplos problemas e nas mais *variadas* ocasiões.

1º) Preferência pelos contratos de duração indefinida

111. Razões da preferência

Os contratos de trabalho podem classificar-se, em relação ao tempo, em duas grandes categorias: de duração indeterminada e de duração determinada.

Os primeiros são aqueles que se celebram sem estabelecer quando terminarão. Não quer dizer que vigorem eternamente, porque o trabalhador, cujo consentimento se requer sempre durante o contrato, pode desvincular-se a qualquer momento. Em alguns países exige-se dele o aviso prévio. Em outros, não. Porém o certo é que, enquanto o trabalhador não manifesta a vontade de rescindi-lo, o contrato perdura. É de duração indefinida, indeterminada.

Os segundos são aqueles cuja duração se estabelece no momento de celebrar-se o contrato. Não vigorarão indefinidamente, pois prevêm expressamente que somente perdurarão por certo tempo. São suscetíveis, por sua vez, de várias subclassificações, em razão da forma pela qual se preveja a terminação do contrato. Geralmente se distingue, segundo seja por um prazo certo, ou pela natureza do trabalho a realizar, ou por estar sujeito a uma condição.

O professor francês *Kerbouch* faz esta oportuna observação: "O prazo é o critério distintivo do contrato de duração determinada. A faculdade de rescisão unilateral é o critério do contrato de duração indeterminada. O primeiro repousa no advento de um fato futuro e certo, que não depende exclusivamente da vontade das partes, enquanto o segundo é a manifestação de uma vontade"[371](#).

Pois bem, o Direito do Trabalho revela marcada preferência pela primeira categoria: os contratos de duração indeterminada.

A predileção pelos contratos de duração indeterminada se justifica por várias razões:

a) o contrato de trabalho de duração ilimitada tem naturalmente maior tendência a durar. Como não se prevê sua terminação, se não há uma causa superveniente, o contrato se prolonga naturalmente. Por não estar predeterminada sua terminação, esta se vai dilatando no tempo. Geralmente dura mais;

b) o contrato de duração determinada prescinde da indenização por despedida se termina na circunstância prevista. Com efeito, se o contrato termina no prazo ou na data indicada ou no momento estipulado, entende-se que se extinguiu normalmente, e assim não é devido o pagamento de indenização por despedida, que se considera uma sanção para a rescisão unilateral e injustificada do contrato[372](#);

c) paradoxalmente o contrato de duração determinada obriga mais ao trabalhador que o de duração indeterminada. Costuma-se entender que o prazo contratual obriga efetivamente a ambas as partes: assim, se qualquer delas o viola, incorre em responsabilidade. Ao contrário, no contrato indeterminado, a própria indefinição do termo libera o trabalhador, que não pode ficar preso por toda vida e que tem, indubitavelmente, a liberdade de denunciá-lo a qualquer momento[373](#).

Há, todavia, uma razão mais profunda para essa preferência. É a convicção, cada vez mais arraigada e generalizada, de que deve ser a duração real do trabalho e não a vontade das partes a determinante da extensão do contrato no tempo[374](#).

112. Sua diferenciação dos contratos por toda a vida

Antes de explicar as repercussões práticas desta preferência, assinalemos que não são assimiláveis o contrato de duração indeterminada e o contrato por toda a vida.

A negativa legal do contrato por toda a vida se funda em motivos de ordem pública e significa simplesmente uma proibição, pois um contrato feito dessa forma uniria os contratantes de tal maneira que só a morte poderia liberá-los. O contrato por tempo indeterminado não constitui um contrato vitalício, mas uma convenção na qual não se fixa termo, porém que pode cessar a qualquer momento, pela decisão do trabalhador. De certo modo, são figuras contratuais opostas: o contrato de trabalho vitalício é um contrato com uma terminação prevista - o término da vida de trabalho do trabalhador.

O contrato de trabalho de duração indeterminada não tem prazo nenhum, nem terminação prevista.

Como vimos, a distinção entre ambas as figuras não apenas se situa no momento final do contrato, como também durante seu transcurso.

Com efeito, no contrato de duração determinada o trabalhador não pode romper o contrato, sem incorrer em responsabilidade civil. No contrato de duração indeterminada o trabalhador pode, a qualquer momento, interrompê-lo, dando ou não aviso prévio, segundo a exigência da lei respectiva.

A circunstância prática de que um contrato de duração indeterminada se prolongue por toda a vida de um trabalhador não altera o que explicamos, porque durante essa vida o trabalhador tinha liberdade para denunciá-lo sem infringir nenhum compromisso, nem violar qualquer obrigação. Se não o fez, foi porque não o quis, não lhe interessou, não lhe conveio. São relativamente freqüentes as homenagens que certas empresas prestam a trabalhadores que atuaram 30, 40 e até 50 anos em seu seio, o que equivale à vida inteira de trabalho de um trabalhador. Ninguém viu nada censurável nem ilícito nisso; até pelo contrário, um fato altamente louvável.

Entretanto, o que ocorre se se chegar a firmar um contrato por toda a vida de um trabalhador?

*Cabanellas*³⁷⁵ explica que se trataria de um contrato nulo, viciado por nulidade relativa, ou seja, que poderia ser denunciado por um dos contratantes.

Em consequência, operaria na prática de forma equivalente ao contrato de trabalho por tempo indeterminado, já que, quando o trabalhador quisesse, poderia denunciá-lo. E, se não o faz, não contraria norma alguma, pois estaria decidindo em virtude de sua legítima liberdade.

O que não caberia, juridicamente, em absoluto, seria a renúncia do trabalhador à faculdade de denunciar o contrato vitalício proibido por lei. Naturalmente, em virtude da norma que estabelece a nulidade do estipulado contra as normas proibitivas (art. 8º do Cód. Civil), essa renúncia carecerá de qualquer valor.

Não haveria, por outro lado, obstáculo à renúncia formulada pelo empregador, porque estaria consagrando a inamovibilidade do trabalhador.

113. Conseqüências práticas. Presunção de duração indefinida

Vejamos, agora, as conseqüências práticas desse sistema de preferências.

A primeira é que, se nada se diz, presume-se que o contrato é de duração indefinida. Para que assim não seja, deve-se estipular expressamente o contrário, no contrato. Pensamos que, dada a particular severidade com que se deve examinar este ponto, resulta recomendável a consignação escrita do término do contrato que tenha sido firmado. O direito uruguaio, entretanto, não consigna formalmente esse requisito de solenidade, que constituiria um meio de prova praticamente indispensável.

O que está fora de dúvida é que a solução do princípio é a indeterminação da duração do contrato e a exceção é a sua duração limitada. Assim, qualquer dúvida deve ser resolvida em favor do caráter indeterminado do contrato.

114. Conversão em contrato de duração indeterminada em caso de prorrogação

A segunda conseqüência é a de que, se o contrato é de duração determinada e se prorroga além da data ou do fato previsto, converte-se automaticamente em contrato de duração indefinida.

Em tal hipótese se opera não uma tácita recondução, mas uma prorrogação tácita, já que o contrato continua da mesma forma e com as mesmas condições anteriores, porém desprovido de prazo.

A única hipótese em que se poderia operar uma recondução tácita - isto é, a reprodução de um contrato análogo - se produziria no caso de que essa possibilidade tivesse sido especialmente pactuada, como ocorre, por exemplo, quando no contrato primitivo se estipula que, se dentro de certo lapso de tempo antes do término do contrato este não é denunciado, fica renovado por igual período. Para que isso ocorra, contudo, a hipótese deve ter ficado muito clara, porque a tendência será a favor da prorrogação indefinida do contrato.

Cumpra anotar que basta um dia ou umas horas de prorrogação do termo originalmente pactuado para que se opere a conversão em contrato de duração indeterminada.

115. Contrato de duração indeterminada ao término do período de prova

Uma terceira consequência, muito similar à anterior, é a de que, vencido o período de prova sem que se expresse a vontade resolutória, encontramos-nos diante de um contrato de trabalho por tempo indefinido.

Teoricamente caberia, ainda que pareça insólito, como diz *Alonso Olea*³⁷⁶, a celebração de um período de prova para a formação posterior de um contrato de trabalho de duração determinada. Porém justamente pelo excepcional e ilógico que é, para que isto se possa aceitar, deve estar especialmente estipulado de forma muito clara e precisa.

Um caso em que se poderia apresentar esta situação excepcional é aquele em que o contrato estabelece o prazo de um ano, esclarecendo que os primeiros 60 dias serão considerados como experiência, razão pela qual se, nesse período, qualquer dos dois contratantes invocar sua vontade de por fim ao contrato, este termina.

Normalmente o período de prova é preliminar de um contrato indefinido em sua duração. Para excluir-se esta presunção é necessário um texto indubitável que estabeleça o contrário.

116. Sucessão de contratos de duração determinada

Uma quarta consequência é a de que uma sucessão ininterrupta de contratos de duração determinada deve ser considerada como um contrato de duração indeterminada.

Não é que exista uma proibição de repetir contratos a prazo, o que pode ser justificado em casos excepcionais. O que ocorre nesses casos é que surge a suspeita de que, através dessa reiteração concatenada de contratos sucessivos, tenciona-se apresentar artificialmente deformada uma realidade que é diferente. Fraciona-se ou desarticula-se uma relação de trabalho única e contínua em múltiplos fragmentos que não refletem a autêntica realidade, mas a dissimulam e desfiguram.

A jurisprudência e a doutrina de diversos países coincidem em considerar uma manobra inadmissível, que reveste as características de um abuso de direito. Um julgado espanhol resume muito claramente esse pensamento na seguinte frase: "Celebrar contratos sucessivos de curta duração, sem razão suficiente, com a finalidade de poder despedir livremente... constitui uma verdadeira fraude à lei"³⁷⁷.

Quando surge essa suspeita? Na primeira repetição? Na quinta? Na décima? Basta formular as perguntas para compreender que não se pode estabelecer nenhuma regra fixa, porque depende das circunstâncias de cada caso, e são importantes não apenas o número das reiterações, mas também a índole das tarefas desenvolvidas e a justificação racional dessa reiterada celebração de contratos sucessivos.

Como diz *De Litala*, a questão consiste em resolver, caso por caso, quando o contrato a termo "quer ocultar um contrato por tempo indeterminado, devendo-se, na valoração da relação concreta, ter sempre em conta, particularmente, a duração do contrato, tanto em relação à natureza da obra contratada como à duração e natureza do negócio"³⁷⁸.

Isso explica que *Cabanellas*³⁷⁹, assim como outros autores, depois de sustentar que é perfeitamente possível celebrar vários contratos sucessivos de duração determinada, admita que, nos casos em que não se justifique racionalmente a celebração sucessiva de vários contratos de duração determinada, deve-se supor que se quis falsear a realidade para obter a possibilidade de rescindir o contrato unilateralmente.

Cumpra assinalar que, nas três últimas situações a que nos referimos, considera-se existente um contrato único de trabalho, ainda que se possam distinguir cronologicamente as diferentes fases que o originaram.

Favorece esta consideração unitária a circunstância de que tanto o contrato de trabalho de duração determinada como o de duração indeterminada possuem natureza e fisionomia absolutamente idênticas, distinguindo-se tão-somente quanto à terminação.

117. Impossibilidade de converter um contrato de duração indeterminada em outro, de duração determinada

Uma quinta consequência é a de que não se pode converter um contrato de duração indeterminada em um contrato de duração determinada.

A conversão de um contrato de duração indeterminada em um contrato de duração determinada equivale a pôr fim a um contrato que deveria durar indefinidamente.

Em lugar de fazê-lo cessar de imediato, como ocorre quando se rescinde unilateralmente o contrato, faz-se com que termine após o prazo de tantos meses ou anos, ou seja, quando acaba o período durante o qual perdura o novo contrato ou prazo.

A jurisprudência espanhola considerou abusivo ou fraudulento "o pacto novatário, através do qual se pretenda transformar em contrato de trabalho por tempo certo um contrato por tempo indefinido"[380](#). Barassi afirma também que a jurisprudência italiana anulou diretamente a fixação desse prazo[381](#).

118. Outras consequências possíveis

Além das consequências assinaladas, que são de aceitação geral, foram indicadas outras possíveis repercussões que exporemos à parte e de forma muito mais breve, porque provêm de normas específicas de certos países, ou foram propostas por algum autor sem ter sido aceitas em caráter geral, ou foram objeto de discussão e controvérsia:

a) o alcance resultante do disposto no art. 39 da lei federal mexicana do trabalho, segundo o qual, se findo o prazo do contrato subsistirem as causas que lhe deram origem e o objeto do trabalho, O contrato se prorrogará por todo o tempo em que perdurem.

Naturalmente entendemos que isto somente pode ser aplicado com um texto expresse como o indicado.

Embora tenha o mérito de tornar a duração do contrato independente da vontade das partes, tem, a nosso juízo, o aspecto desfavorável de que parece admitir a prolongação do contrato por tempo determinado além do convencionado, sem convertê-lo, por isso, em contrato de duração indefinida, como exsurge da solução geral que expusemos;

b) a exigência de que para que se possa celebrar validamente um contrato de duração determinada deva ele referir-se a serviços não permanentes.

Foi consagrado pelo art. 1º, segunda parte, do Decreto italiano n. 1.825, de 13.11.24, conhecido como a lei do emprego privado, que estabelece que as disposições que regulamentam o contrato por tempo indeterminado se aplicarão ao contrato a termo, quando "a fixação do prazo não esteja justificada pela peculiaridade da relação e, pelo contrário, revele-se feita para evitar as disposições do decreto". A jurisprudência espanhola inclui entre os exemplos de pactos abusivos ou fraudulentos "o pacto pelo qual o contrato de trabalho se submeta, em sua duração, a um prazo determinado", quando o trabalho para o qual se contrata o trabalhador "obedeça a necessidades permanentes da empresa", com o que "não tem outra finalidade... que a de poder pôr fim ao contrato quando o empresário o estimar conveniente"[382](#).

É, sem dúvida, uma limitação muito enérgica aos contratos de duração determinada, porém não cremos que se possa impor sem norma expressa.

Em suma, pode servir como critério para apreciar a necessidade racional do prazo contratual e, portanto, como um dos elementos para descobrir a autenticidade do contrato. Cumpre assinalar que, como ressalta Barassi[383](#), o que ocorreu inclusive na Itália foi uma inversão do ônus da prova: é o empregador que deve provar a especificidade da relação que justifique a necessidade do prazo, e não o trabalhador a existência de fraude. Porém não se exclui a possibilidade de que se prove a justificação racional da estipulação do prazo; e

c) a consideração de que contratos distintos, por temporada, formam uma unidade, embora o vínculo contratual desapareça totalmente entre temporada e temporada. Cabanellas, que é um dos expositores dessa tese, sustenta: "Quando o trabalhador de temporada pára de prestar serviços, a suspensão do contrato de trabalho não é a que se regula em códigos e leis de trabalho, mas, em todos os seus efeitos, uma paralisação do contrato de trabalho. A única obrigação que subsiste é a de voltar a contratar o trabalhador na temporada

seguinte. O contrato de trabalho, seja permitido dizê-lo assim, morre ao término de cada temporada, para reviver, qual nova ave Fênix, com todos os seus efeitos, na temporada seguinte"[384](#).

Embora tenha o respaldo de excelentes autores[385](#) e, entre nós, tenha contado com o apoio de *De Ferrari*[386](#), cremos que esta tese não se pode admitir sem norma legal expressa.

A nosso ver, em cada temporada se celebra um contrato de trabalho distinto, de duração determinada, para essa temporada. É certo que, na prática, existe a tendência de chamar as mesmas pessoas de uma temporada para outra, porém, sem que estas se sintam obrigadas a acorrer à convocação, nem os empregadores a chamar, necessariamente, os mesmos trabalhadores. Trata-se, pois, de uma prática costumeira que não se segue com a convicção de cumprir uma obrigação jurídica[387](#).

Por outro lado, entre nós, em lugar de aumentar a proteção ao trabalhador, essa tese a diminuiria, ao permitir ruptura do contrato a qualquer momento, sem pagamento de nenhuma indenização. Com efeito, a Lei n. 10.570, de 15.12.44, excluiu das indenizações por despedida os trabalhadores por safra. Temos sustentado que isso não impede a reclamação dos danos e prejuízos, no caso de se rescindir o contrato durante a safra, encarando-o como contrato de duração determinada. Se, ao contrário, fosse como sustenta a teoria que combatemos, um contrato único de duração indeterminada, o trabalhador se veria privado de toda compensação, caso se prescindisse de seus serviços no início de cada safra ou durante o transcurso da mesma.

Posteriormente, foi levantado o problema sobre a possibilidade de se manter a tese de independência de cada contrato sazonal em algumas organizações, nas quais exista algum mecanismo de previdência social, para compensar a desocupação no período de entressafra, ou esteja regulado um regime de preferências que assegure o trabalho na safra seguinte. Isso é particularmente duvidoso nos casos em que o vínculo se prolonga por muitos anos. O problema foi levantado nos depósitos de lã, a respeito do qual entendi que se havia criado uma série de vínculos que determinavam uma relação estável apesar das safras. O tema dividiu a jurisprudência dos tribunais de apelações do trabalho, mas finalmente a Suprema Corte de Justiça, decidindo-se num recurso de cassação, inclinou-se por manter integralmente o critério tradicional de cada contrato de safra como independente um do outro, subestimando os indícios de vinculação estável entre uma safra e outra[388](#).

2º) Amplitude para a Admissão das Transformações do Contrato

119. Dinamismo do contrato de trabalho

O contrato de trabalho é um contrato dinâmico, no sentido de que, ao longo de sua existência, vai sofrendo constantes transformações.

De La Cueva descreve este caráter com exatidão e realismo: "O jogo das diferentes fontes do Direito do Trabalho fará com que se vá modificando o conteúdo da relação individual e bem pode acontecer que, com o tempo, nada subsista das primitivas condições de trabalho. Assim, por exemplo, os direitos decorrentes do quadro de carreira determinarão que o trabalhador desempenhe novos postos com maiores salários; assim, também, uma situação econômica próspera produzirá uma redução da jornada de trabalho e um aumento dos salários, etc. Serão criadas situações novas para o trabalhador dentro da empresa e esta criação nem sempre será devida à vontade das partes, mas ao desenvolvimento natural do Direito do Trabalho.

E ainda é possível que a formação dessas novas situações tenha sido efetuada contra a vontade do patrão e do trabalhador[389](#).

Deveali faz uma descrição não menos acertada: No caso de contratos por tempo indeterminado é absolutamente excepcional que se tornem inalterados pelo prazo de muitos anos, sendo mais normal que suas disposições, mesmo as essenciais, se transformem durante a relação de trabalho, de tal maneira que, ao terminar a mencionada relação, contem-se as cláusulas que permaneceram como foram estipuladas no início da relação. Basta recordar o caso, bastante freqüente ainda em nosso país, do trabalhador que, tendo ingressado jovem na empresa, na qualidade de operário ou modesto empregado, através de numerosas etapas, chega a atingir o cargo de gerente ou diretor geral da mesma. Cada aumento de salário, cada mudança substancial de tarefas, cada ascensão ou retrocesso significam uma novação do contrato inicial[390](#).

Estas múltiplas modificações do contrato de trabalho, que se vão sucedendo e acumulando no tempo, é o que chamaram de novações objetivas, reservando o nome de novações subjetivas para as substituições dos sujeitos da relação de trabalho. Melhor dito, a substituição do empregador, já que o trabalhador, dado o caráter personalíssimo de sua prestação, é insubstituível.

A denominação está perfeitamente ajustada à noção que, do instituto, dá o Código Civil³⁹¹. O art. 1.525 a define como a substituição, por uma nova obrigação, da obrigação antiga, que se extingue. E o art. 1.526 descreve as diversas modalidades: duas delas por substituição de novo credor ou novo devedor (novações subjetivas), e outra pela substituição entre as mesmas pessoas de nova obrigação, em lugar da anterior (novação objetiva).

Justamente a novação supõe a mudança das obrigações centrais emanadas do contrato de trabalho. Não do número, nem da essência dessas obrigações, que derivam do termo contratual, mas de seu conteúdo. *Cabrera Bazán* a define como a modificação daquelas condições principais do contrato, que constituem seu objeto, permanecendo imutável o vínculo causal da obrigação contratual³⁹².

120. Diferenciação do "jus variandi"

Advertir-se que se trata de algo distinto do exercício do *jus variandi*, que constitui uma faculdade patronal, derivada de seu poder de direção, de ir alterando as modalidades de prestação dos serviços. Cumpre assinalar, pelo menos, duas diferenças:

1) enquanto a novação pressupõe, sempre, o acordo das partes, o *jus variandi* implica variação imposta mediante atos de *imperium* do empresário, diante dos quais não cabe ao trabalhador alternativa, senão a obediência; e

2) a novação objetiva refere-se às condições principais, que constituem o objeto do próprio contrato, isto é, as suas prestações essenciais e básicas. Ao contrário, o *jus variandi* não afeta o contrato, nem tampouco as prestações que constituem seu objetivo, mas apenas os aspectos acessórios ou secundários das mesmas.

A novação se produz, como a estipulação inicial, sem formalidades. Na maioria dos casos o consentimento se manifesta tacitamente, pelo fato de o trabalhador aceitar a nova retribuição fixada pelo empregador, ou a mudança de serviços e a nova qualificação determinada.

121. Prosseguimento do contrato, apesar das modificações

O mais significativo nesse fenômeno, tão freqüente e repetido na prática quotidiana do mundo do trabalho, é que a tendência dinâmica do contrato faz com que ninguém pense no efeito extintivo da novação, mas na circunstância de fato da continuação dos serviços.

Por isso se pode afirmar, como *De La Cueva*, que a rigor o contrato de trabalho, celebrado inicialmente, seja apenas o ponto de partida de uma série de relações que haverão de se ir modificando constantemente³⁹³. E que seja exata a afirmação de *Cabrera Bazán*, que, depois de assinalar que o contrato de trabalho é uma das instituições mais rígidas e elásticas do âmbito jurídico, afirma que o ordenamento trabalhista procura garantir a continuidade dos contratos, robustecendo o princípio de conservação do negócio³⁹⁴.

Alonso Olea descreve a mesma idéia ao afirmar que "o contrato de trabalho permite, durante sua duração, uma série de pactos adicionais modificativos e *novatórios*, expressos e tácitos, que não prejudicam sua existência e vigência"³⁹⁵. E *Rivero Lamas* concorda, ao exprimir o conceito de que a extinção do contrato primitivo é excepcional, posto que interessa às partes, além da conservação das condições adquiridas na empresa, a continuação do contrato primitivo, ainda que incorporado de uma série de modificações através de sucessivas novações³⁹⁶.

3º) Viabilidade da Manutenção do Contrato, apesar dos Inadimplementos e Nulidades

122. Permanência, apesar da existência de cláusulas nulas

Todo contrato legalmente regulado está sujeito à inserção de cláusulas que não se ajustam às prescrições legais.

Esse fenômeno se apresenta de maneira muito aguda e intensa no contrato de trabalho, na medida em que se trata de um contrato minuciosamente regulado por normas de ordem pública, que não podem ser modificadas por decisões dos particulares. Aumenta a frequência dessa possibilidade a circunstância de que as normas inalteráveis não são somente de origem legal, mas podem ser de origem coletiva e contudo impor-se aos acordos individuais, por sua maior hierarquia.

Como é sabido, todas essas estipulações contrárias a normas inderrogáveis são sancionadas da maneira mais enérgica: com a nulidade.

Isto poderia ter como consequência a nulidade de muitos contratos de trabalho, viciados com cláusulas nulas que geralmente afetam os aspectos substanciais da relação.

Porém a tendência à conservação do contrato faz com que o contrato permaneça, substituindo-se a cláusula nula por outra, em consonância com a norma que aquela cláusula infringira. E isso, mesmo que a cláusula nula se referisse a elementos tão importantes da relação, como a remuneração que se deveria pagar, no caso de terem sido estipulados salários inferiores aos mínimos.

Do mesmo modo que, diante de contratos nulos mas já terminados, prevalece a realidade do trabalho sobre a normativa, reconhecendo-se todos os direitos do trabalhador ainda que hajam nascido de um trabalho ilícito, prevalece neste caso a tendência à continuação, acima dos defeitos e das violações, por importantes que sejam.

Alonso Olea descreve este aspecto como a amplitude na admissão da substituição de cláusulas *nulas* por contravenção legal, colocando em seu lugar os preceitos jurídicos adequados à legitimidade do contrato, sem que, entretanto, se produza a ineficácia deste³⁹⁷.

Messineo observa que seria mais exato afirmar que a nulidade de uma cláusula não importa em nulidade das restantes, quando as leis impõem a substituição da cláusula nula³⁹⁸.

123. Permanência, apesar da existência de violações

Outra manifestação da tendência em fazer prevalecer a continuidade da relação de trabalho sobre a infração se percebe na permanência do contrato, apesar do inadimplemento ou violação em que haja incorrido o empregador.

Apesar de tais infrações, o contrato continua, conservando o trabalhador o direito de recuperar os benefícios fraudados ou omitidos, que pode, desde logo, reclamar com retroatividade. Tais violações não são eficazes para extinguir os direitos do trabalhador nem para determinar a extinção do contrato de trabalho.

Deveali diz que "no campo do trabalho a continuidade das relações tem maior interesse que a inviolabilidade dos contratos"³⁹⁹.

Contudo essa tendência não é absoluta. O trabalhador pode entender que a situação se tomou intolerável e arguir violação do contrato pelo empregador. Em outras palavras, o trabalhador conserva sempre a ação para rescindir o contrato, invocando a culpa patronal e aduzindo que se configurou uma despedida indireta.

Todavia a opção não é absolutamente livre. Deve tratar-se de violação séria. Na apreciação desse fato somente se considera realmente configurada a despedida indireta quando a violação tenha sido muito grave. Inclusive parte da jurisprudência entende que, antes de se considerar despedido, o trabalhador deve ter intimado a parte contrária para o normal cumprimento do contrato. Ou seja, prefere-se tudo o que sirva para fazer continuar o contrato.

Em ambos os casos que acabamos de expor, a continuidade se impõe sobre a infração. Ou seja, o desejo da primeira conta mais que o peso da segunda. *Krotoschin* os descreve como expressivas manifestações de "manter, tanto quanto possível o vínculo: tanto em casos de nulidade parcial (invertendo-se, também aqui, os princípios e regras do direito comum a respeito) como nas hipóteses de inadimplemento, que se devem revestir de certa gravidade, para permitir a desvinculação abrupta das partes"⁴⁰⁰.

4º) Resistência em admitir a Rescisão do Contrato exclusivamente pela Vontade Patronal

124. A despedida como anomalia jurídica

Talvez a principal expressão do princípio de continuidade seja esta: a resistência a que o empregador possa romper o contrato por sua vontade exclusiva.

A tendência predominante é que o contrato de trabalho subsista enquanto se conserve o trabalho, porque é cada vez mais firme e ampla a convicção de que a relação de emprego somente deve poder ser dissolvida validamente quando exista algum motivo justificado.

Em um relatório sobre os procedimentos de despedida e estabilidade no emprego na América Latina, a OIT entende que as concepções existentes na região sobre esta matéria estão determinadas pelo conceito de estabilidade no emprego, assinalando justamente que este princípio obteve o reconhecimento geral da III Conferência Regional Americana da OIT (México, 1946), uma de cujas resoluções declara que "os Estados deveriam adotar medidas destinadas a tornar estável o emprego dos trabalhadores nas empresas". E desde logo, tratando-se de precisar o alcance desse conceito, determina que a estabilidade no emprego significa a proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária, o que implica que um trabalhador tenha o direito de conservar seu emprego durante toda sua vida de trabalho, sem que dele possa ser privado, a menos que exista uma causa que justifique a despedida⁴⁰¹.

Como diz *Almansa Pastor*, na "mecânica da relação individual de trabalho, a despedida constitui uma anomalia jurídica, porquanto atentaria contra o princípio da estabilidade no emprego, princípio que é chave no direito individual do trabalho, uma vez que a tendência natural da atividade profissional é precisamente sua continuidade e permanência no tempo até os limites da própria capacidade profissional"⁴⁰².

É o que se costuma denominar, com um termo deliberadamente elástico e poliforme, direito à estabilidade. Os contornos desse tema abarcam uma das zonas mais extensas e mais freqüentemente aplicadas do Direito do Trabalho. Isto obriga a um tom sintético e sóbrio de exposição para que este capítulo não se tome desproporcional, no conjunto do desenvolvimento.

Porém, antes de discorrer sobre a estabilidade propriamente dita, vamos mencionar as medidas destinadas a proteger contra a despedida injustificada, que algumas vezes são incluídas no âmbito abrangido pela denominação genérica.

125. Limitações trabalhistas impróprias

Todas essas medidas - que *Martins Catharino* chama de limitações trabalhistas impróprias⁴⁰³ - não excluem, na realidade, o direito de despedir. Pelo contrário, partem do pressuposto de que é um direito patronal. Mas o dificultam economicamente, o sancionam, fazem-no mais oneroso. Segundo o mencionado autor brasileiro, não restringem o direito de despedir e freqüentemente até aumentam as despedidas, que lhes servem de pressuposto. Todavia, em geral, os autores as consideram medidas restritivas. Por outro lado isto é o que ressalta da intenção que promoveu a aprovação dessas medidas e o que se comprova, na prática, do conjunto dos resultados produzidos.

Essas medidas são as seguintes:

a) obrigação de aviso prévio. Consiste na obrigação de comunicar com certa antecedência o propósito de pôr fim ao contrato. Freqüentemente se completa com a obrigação de conceder certas facilidades para que durante esse prazo o trabalhador obtenha nova ocupação. E geralmente se traduz no pagamento da retribuição correspondente ao período, pelo que, nos dissídios, o que era uma comunicação antecipada foi convertido em indenização monetária;

b) indenização por despedida. Trata-se de compensação em dinheiro, calculada em forma tarifária, em função da antigüidade de cada trabalhador. Por isso, em certos países, foi chamada de indenização de antigüidade. Seu caráter tarifário conduz a que se estabeleçam limitações de caráter geral quanto a seu montante. Somente se perde quando a despedida se originou de justa causa. Na maioria das legislações justa causa deve provir do comportamento do trabalhador. É o que ocorre na legislação uruguaia, que somente admite a má conduta notória; e

c) danos e prejuízos por despedida abusiva. É uma aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil que se costuma exercer nos casos em que a despedida se torna particularmente chocante ou arbitrária.

Pressupõe a prova da especial injustiça da despedida, assim como dos danos e prejuízos em cada caso concreto. Pode cumular-se com a anterior, ainda que no momento da liquidação dos danos se deva subtrair aquilo que se tenha percebido em virtude da indenização por despedida.

Normalmente se soma à anterior, salvo nos casos excepcionais em que se tenha configurado uma despedida abusiva antes que o trabalhador tenha adquirido direito à indenização por despedida normal (por exemplo, um diarista antes de ter completado cem jornadas trabalhadas).

Nem todas essas medidas costumam ser estabelecidas em caráter geral e igualitário para todas as atividades. Geralmente a legislação estabelece diferenças que podem chegar a ser muito pronunciadas, para dificultar em maior grau a despedida em certas atividades ou circunstâncias, nas quais o legislador considera necessário combater as despedidas. Por exemplo, no caso de enfermidade, de maternidade, de despedida em virtude do matrimônio da trabalhadora, etc.

A eficácia de todas essas medidas restritivas dependerá fundamentalmente de sua onerosidade: quanto mais gravosas sejam as sanções, menos despedidas injustificadas haverá. Se as indenizações são mínimas, não funcionam como sistema restritivo. Se são elevadas, operam efetivamente como estímulo negativo. Trata-se, pois, de uma limitação elástica na qual atuam freios econômicos e não jurídicos.

126. Estabilidade

A estabilidade, diversamente, parte do pressuposto contrário, ou seja, de que o empregador não tem o direito de despedir senão quando haja causa justificada.

Contudo há outra diferença mais sutil, ainda que não menos importante, ressaltada por [Caldera404](#). As medidas anteriormente expostas se baseiam no passado de cada trabalhador. Por isso, calculam-se fundamentalmente em atenção à antigüidade que cada qual tenha conseguido. Pelo contrário, a estabilidade está baseada no futuro da empresa: não interessa o que haja cada um trabalhado até esse momento, mas sim a função que deverá desenvolver a empresa no futuro. Deve-se assegurar trabalho a todos (ou quase todos), enquanto subsistir a empresa.

127. Classificação da estabilidade

Tradicionalmente se classifica a estabilidade em própria e imprópria.

Recentemente [De La Fuente405](#) propôs outra classificação mais completa, que inclui duas distinções sucessivas.

Com efeito, distingue, primeiramente, entre estabilidade absoluta e estabilidade relativa.

A estabilidade absoluta se configura quando a violação do direito a conservar o emprego determina a ineficácia da despedida e se garante a reintegração efetiva do trabalhador.

A estabilidade relativa, ao contrário, se configura nos demais casos, em que existe proteção contra a despedida, porém não chega ela a assegurar a reintegração efetiva do trabalhador.

Por sua vez, na estabilidade relativa cumpre distinguir entre estabilidade própria (que existe quando a violação do direito a conservar o emprego ocasione a ineficácia do ato rescisório) e estabilidade imprópria (quando a vulneração desse direito não afeta a eficácia da despedida, embora se sancione o inadimplemento contratual com indenizações administrativas, etc.).

Exporemos um pouco mais detidamente cada uma destas modalidades.

128. Estabilidade absoluta

Caracteriza-se por assegurar a reintegração efetiva do trabalhador, sem que o empregador possa a ela se opor. A ordem jurídica deve prever a forma de compeli-lo a cumprir a obrigação que lhe tenha sido imposta.

Isto se aplica naturalmente no âmbito público onde, como diz *De La Fuente*⁴⁰⁶, não se concebe outro grau de proteção. O ato administrativo que resolve, de forma arbitrária, extinguir a relação é um ato ilegítimo e, portanto, nulo. Não produzindo nenhum efeito, deve ser restabelecida a situação anterior, aparecendo a reintegração efetiva como sua consequência necessária e inelutável: restituição em espécie.

Consequência inevitável da anulação do ato ilegítimo é a continuidade do vínculo contratual e a reintegração do agente a quem se deve restituir o pleno exercício de suas funções. Não existe alternativa diante do ato administrativo arbitrário, visto que nos encontramos frente a atos irregulares do Poder Administrador: se não fosse assim, ocorreria o absurdo de o Estado, indenizando o empregado despedido, poder sanar "a irregularidade de um ato viciado, em lugar de revogá-lo ou anulá-lo".

Como diz *Luqui*⁴⁰⁷, se o ato que determinou a cessação é irregular, jamais poderia ser considerado como um ato do Estado, mas apenas próprio e pessoal do funcionário que se afastou das prescrições legais, e por isso faltaria a causa que justificasse a indenização por parte do Estado, diante de um ato cuja validade desconhece.

Aceitar-se - acrescenta *De La Fuente*⁴⁰⁸ - que a indenização convalide o ato ilegítimo equivale a encobrir uma imoralidade, já que fundos públicos apareceriam financiando a arbitrariedade de certos funcionários, autorizando-os de antemão a praticar atos administrativos sem outro fundamento que o seu capricho pessoal.

O direito do agente público de conservar o emprego, nos casos regulados pelo ordenamento jurídico de cada país, não admite vários graus de intensidade, como ocorre no direito privado, mas um só e insubstituível do que resulta inadmissível aludir, no âmbito público, a uma estabilidade própria ou imprópria. Por isso, se não existe a estabilidade absoluta que *descrevemos*, não se garante de nenhum modo o direito à conservação do emprego, imperando uma situação de instabilidade.

Por outro lado, o estabelecimento de sanções ou compensações econômicas careceria de eficácia prática, porque na relação de emprego público o pagamento de uma indenização, por mais alta que seja, não garante, nem mesmo em grau mínimo, o direito do agente de manter seu contrato.

Considerando que, necessariamente, a vontade do Estado se manifesta *através* da atuação de seus funcionários competentes, como a indenização não é paga às expensas dos que tomam a decisão, mas fica a cargo dos fundos públicos, deixa de funcionar o freio previsto para o poder rescisório.

Segundo *Fiorini*⁴⁰⁹ essa estabilidade absoluta somente pode configurar-se, realmente, para o funcionário público. Ela significa a permanência do contrato de emprego e reintegração imediata no cargo, na hipótese de cessação ilegítima.

No direito público, o normal é a restituição do bem injustamente expropriado. Só excepcionalmente se recorre à reparação dos prejuízos. Ao contrário, no direito privado se inverte a ordem das coisas: o normal é a reparação e o excepcional é a restituição ou o ressarcimento.

Pois bem, realmente é certo que aparecem enormes dificuldades para impor a estabilidade absoluta no âmbito privado. Declarar a subsistência do contrato não oferece dificuldade. Mas é completamente diferente ordenar a reintegração efetiva do trabalhador, compelindo o empregador a proporcionar-lhe trabalho. A execução específica dessa obrigação de fazer não estaria conforme o conhecido princípio de direito privado *nemo ad iaciendum cogi potest*. É em muitos casos onde existe um contato pessoal entre trabalhador e empregador tornar-se-ia pouco razoável e pouco aplicável. Essa dificuldade surge sempre, com maior ou menor intensidade, segundo o tamanho e a dimensão da empresa. Deve-se tomar consciência do problema para agir em consequência.

129. Estabilidade própria

A dificuldade existente para impor, no âmbito privado, a reintegração efetiva levou a soluções menos enérgicas porém mais realistas e possíveis. De certo modo podem ser mais eficazes.

A característica deste tipo de estabilidade é a de se considerar nulo o ato da despedida, ou seja, se o tem por não realizado, podendo o trabalhador continuar considerando-se empregado da empresa e, assim, com direito a receber o salário.

Porém geralmente a estabilidade própria está integrada com alguns componentes peculiares e individualizados que também contribuem para caracterizá-la.

Um deles é que o ato da despedida, no caso de o empregador entendê-la aplicável por existir justa causa, deve ser submetido a um órgão imparcial judicial ou administrativo, que o autorize. Ou seja, o próprio empregador não é o juiz da despedida. Certo é que muitas vezes a simples colocação do problema por parte do empregador dá direito a suspender o trabalhador, mas entende-se que essa suspensão é meramente provisória, até que o tribunal respectivo decida a questão. Subentende-se então que, se a decisão é negativa, a situação retroage ao momento da despedida e o trabalhador tem direito a recuperar todos os salários a partir desse momento.

130. Ação de reintegração

Outra é a chamada ação de reintegração, destinada justamente a obter a reintegração à atividade do trabalhador injustamente despedido. Essa ação de reintegração geralmente está acompanhada de um prazo dentro do qual o empregador deve cumpri-la.

De La Cueva observa que a obrigação de reintegrar não é uma obrigação de fazer. A obrigação principal que o empregador contrai ao celebrar o contrato de trabalho é a de pagar a retribuição convencionada, que constitui uma obrigação de dar. Mas o patrão, embora tenha o direito de utilizar a força de trabalho do empregado, não tem a obrigação de utilizá-la. E acrescenta textualmente: "O que veio complicar o problema foi o termo *reinstalación*, que dá a aparência de nova obrigação de fazer a cargo do patrão. Esta obrigação não existe; o que o empregado reclama é o cumprimento do contrato: propõe-se a cumprir sua obrigação e coloca-se às ordens do empresário, reclamando deste o pagamento da retribuição pactuada. E esta exigência não faz nascer nenhuma obrigação nova de proporcionar trabalho"⁴¹⁰.

*Ferro*⁴¹¹ colocou em evidência, lucidamente, quais são os efeitos da sentença que determina a reintegração. Ela torna sem efeito a rescisão. Ao eliminar os efeitos da rescisão, torna nula a despedida, e a relação contratual de trabalho continua produzindo seus efeitos normais. A sentença não cria um direito novo, mas limita-se a anular o ato que determinou a rescisão, retroagindo o estado das coisas à situação em que se encontrava antes da data em que a medida foi adotada. A sentença não é de condenação em sentido próprio, mas declaratória. Esse tipo de sentença, como leciona *Alsina*, não obriga a nada, mas limita-se a declarar ou a negar a existência de uma situação jurídica, vale dizer que não é suscetível de execução porque a declaração judicial basta para satisfazer o interesse do autor. Na hipótese, é suficiente para o autor que se declare a nulidade do ato que determinou a rescisão. O resto - o direito à cobrança das remunerações - é uma consequência do restabelecimento do vínculo de trabalho e não da sentença.

Por conseguinte, não é adequado que a sentença determine um prazo para seu cumprimento. Não obstante, se a sentença fixa um prazo, este não obriga o trabalhador. Para que se pudesse configurar a ocorrência de *abandono* por parte deste, deveria ter havido uma intimação prévia e, assim mesmo, para que esse abandono pudesse motivar uma rescisão, seria necessário julgar a *falta*. Tudo isto conforme à tese de que a resolução que torna sem efeito a rescisão faz renascer o vínculo de forma normal. Desde que a rescisão se tornou sem efeito, o trabalhador está à sua disposição. O fato de não utilizar os serviços do trabalhador não o libera da obrigação de remunerá-lo.

Não se trata de sanção, mas de uma consequência do renascimento do vínculo.

O empregador tem a obrigação de pagar a remuneração que seria devida se utilizasse os serviços. O que o trabalhador percebe reveste o caráter de salário. Ao contrário, se aceitar-se a tese que reconhece ao empregador um direito de opção, torna-se difícil sustentar que o que o empregador deve pagar reveste o caráter de remuneração. Seria uma indenização calculada *ex lege*, atendendo ao prejuízo que a rescisão poderia causar. Assumindo esse caráter, não apareceria como ilógica a pretensão do trabalhador de que se lhe pagasse de forma global, isto é, de uma só vez. Mas, sendo assim, apresentar-se-ia outra solução ilógica. Se o direito à estabilidade perdura até que se alcance o direito à aposentadoria e o que se recebe como indenização não surte efeitos para o cômputo do tempo de serviços, para fins de aposentadoria, quando se alcançaria esse direito?

131. Identificação com um contrato a prazo

*Deveali*⁴¹² define a estabilidade como um contrato de tempo determinado, no qual o fim coincide com o momento em que o trabalhador alcança a idade prevista para adquirir o direito à aposentadoria ou pensão, ou a fixada pelo ordenamento geral ou especial como limite máximo para sua prestação de trabalho.

Esclarece que, enquanto o prazo é pactuado livremente pelas partes por ocasião do contrato individual, o direito à estabilidade, em geral, está previsto pela lei ou por outras regulamentações de caráter geral, que se propõem desse modo a outorgar maior amparo a certas classes de trabalhadores.

Enquanto o prazo na generalidade dos casos é bilateral, ou seja, vigora para ambos os contratantes, a estabilidade está disposta somente em favor do trabalhador, posto que, caso contrário, se chegaria a consagrar a obrigação para o trabalhador de vincular seus serviços a um empregador por toda a vida.

Enquanto a resolução do contrato a termo se rege pelas causas previstas no direito comum, a disposição legal ou contratual que reconhece o direito à estabilidade indica as causas especiais que produzem a extinção desse direito, as quais são comumente mais numerosas e amplas do que as que se poderiam invocar com base no direito comum.

Enquanto o prazo fixado contratualmente costuma ser *breve*, a estabilidade tem como limite o direito a adquirir a aposentadoria, já que todo regime de estabilidade se completa Com um regime de aposentadorias e pensões.

Entretanto, depois de assinalar essas diferenças, afirma que nenhum dos critérios indicados é suficiente para autorizar uma nítida distinção jurídica, razão pela qual conclui que, sob o aspecto jurídico, o contrato com direito à estabilidade coincide com um contrato de prazo determinado, cujo término vincula somente o empregador.

A esse respeito, *De La Fuente*⁴¹³ assinala que, a seu juízo, além das diferenças e semelhanças assinaladas, o mais importante é que o contrato a prazo é uma fonte convencional de estabilidade própria. Isto é, existe entre o contrato a prazo e a estabilidade própria uma relação de causa e efeito: gera estabilidade tal como pode fazê-lo qualquer outra norma convencional ou legal que, incorporada a um contrato por tempo indeterminado, consagre a obrigação do empregador de conservar o vínculo contratual enquanto dure o prazo.

Esta anotação está vinculada a outra afirmação do mesmo autor, no sentido de que não é da essência da estabilidade própria Sua duração indefinida ou, melhor dizendo, até que o trabalhador se ache em condições de obter aposentadoria ordinária. A única coisa realmente essencial para a configuração desse tipo de estabilidade é a possibilidade de declarar a ineficácia da despedida arbitrária, aparecendo como secundário o tempo de duração. Por isso, acredita que a estabilidade própria pode apresentar-se como permanente (com vigência até o momento de obter a aposentadoria) ou como limitada no tempo (cujos efeitos se projetam durante certo tempo)⁴¹⁴.

132. A obtenção da readmissão

A principal dificuldade prática para aplicar este instituto é a impossibilidade real de fazer readmitir forçosamente um trabalhador em uma empresa, se o dono desta não o quer mais utilizar.

Alguns autores entendem que é suficiente manter a obrigação de pagar salários para se considerar subsistente o contrato de trabalho e, portanto, carente de efeitos a despedida. É a posição de *De La Cueva*⁴¹⁵, que significou importante progresso, ao demonstrar que este contrato não era de cumprimento forçoso impossível. o que havia levado tão-somente à condenação em perdas e danos.

Porém outros autores - entre os quais se inclui *De La Fuente*⁴¹⁶ - consideram que não se pode ignorar o fato de que o trabalhador não presta efetivamente serviços. Entende-se que a obrigação do empregador não é simplesmente a de pagar o salário como contraprestação pelo fato de o trabalhador se colocar a sua disposição, mas também dar-lhe oportunidade de trabalho. "Sem uma reincorporação real se despoja o contrato de trabalho de algo que lhe é especial."⁴¹⁷

Por isso esses autores apontaram diversas fórmulas destinadas a obter a reintegração efetiva do trabalhador em seu posto.

A primeira delas é o regime de *astreintes*, ou seja, sanções econômicas crescentes, tendentes a exercer um efeito cominatório de caráter pecuniário. Esse meio de coerção atua, qualquer que tenha sido o *dever* jurídico imposto por uma sentença, tenha ou não conteúdo econômico, seja de origem legal ou contratual obrigue a uma

prestação de dar, fazer ou não fazer. Mas adquire especial relevância quando se trata de obter o cumprimento específico de uma obrigação de fazer, ou seja, quando a lei não aceita o emprego da força sobre a pessoa do devedor.

Porém o próprio *De La Fuente* entende que este meio coercitivo não pode ser aplicado mecanicamente. Deve ficar ao prudente critério do juiz, para que o aplique segundo as circunstâncias do caso, já que há situações nas quais o distanciamento entre as partes e a reduzida dimensão da empresa, obrigando ao contato direto entre o empregador e o trabalhador, tornaria inadequada a imposição da reintegração. Por isso, acredita que a aplicação das *astreintes* somente conviria na média e grande empresas, onde o fenômeno da despersonalização elimina o contato direto empregador-trabalhador e, inclusive em tais empresas, exclui os casos de altos empregados que desempenham funções de alta hierarquia ou de confiança. E recomenda, ademais, aplicá-las com um certo critério restritivo⁴¹⁸.

A segunda seria uma ação de perdas e danos, se da circunstância de não prestar *efetivamente* os *serviços* resultam prejuízos concretos e demonstráveis para o trabalhador. O montante desses danos *variara* segundo as circunstâncias: existirão casos especiais (artistas, jornalistas, técnicos, cientistas, desportistas, etc.) onde a ausência de trabalho impedirá o empregado de *desenvolver* suas aptidões, ampliar conhecimentos, etc. Sem prejuízo dessas situações particulares, o descumprimento patronal ocasiona sempre um dano certo, enquanto priva o empregado do meio de realizar-se na sociedade onde lhe incumbe agir, além do aspecto aviltante de condenar ao ócio uma pessoa que está em condições de efetuar uma contribuição positiva à comunidade.

A terceira seria considerar que tenha ocorrido uma despedida indireta. Se o trabalhador entender útil a seus interesses, pode *invocar* o inadimplemento do empregador para considerar que se configurou a rescisão unilateral do contrato, com o direito conseqüente de reclamar a indenização de despedida. Isto ocorrerá bem poucas vezes, porque na maioria dos casos não convirá ao trabalhador considerar-se despedido, mas trata-se de outra arma que se lhe coloca à disposição, caso lhe interesse.

A idéia que respalda todas essas ações destinadas a obter o cumprimento efetivo do contrato é, obviamente, que o contrato subsiste. Esta base pressupõe, em contrapartida, a subsistência das obrigações secundárias para o trabalhador (o dever de lealdade, o dever de guardar os segredos, etc.), a possibilidade de o empregador aceitar a qualquer momento a reintegração do trabalhador e a dedução de outras importâncias que o trabalhador poderia perceber.

Completamos estes esclarecimentos afirmando que a estabilidade própria não pressupõe juridicamente a opção do empregador entre a reintegração e o pagamento das compensações econômicas ao trabalhador. A reintegração é juridicamente obrigatória, não facultativa. Somente não pode ser imposta, na prática, contra a vontade do empregador. Por isso, buscam-se meios indiretos de obter essa vontade.

133. Estabilidade imprópria

Esta espécie de estabilidade se configura quando a violação do direito de conservar o emprego não causa a ineficácia da despedida, embora a norma de proteção sancione de diferentes formas a violação contratual.

Deve-se salientar que, em qualquer hipótese, a despedida não justificada, ou sem justa causa, constitui um ato ilícito ao qual o ordenamento jurídico, como característica muito especial, reconhece plenos efeitos e validade, sem prejuízo das sanções que se impõem ao empregador por haver transgredido as normas protetoras.

Nos casos de estabilidade imprópria, a legislação trabalhista introduz duas importantes modificações no regime geral de inadimplemento das obrigações: 1) elimina o direito que se dá a todo credor de exigir o cumprimento específico, isto é, não garante a subsistência do contrato, admitindo a eficácia do ato rescisório; 2) na grande maioria dos casos, quando se impõe ao devedor uma sanção de ressarcimento, este não responderá pelos danos efetivamente sofridos, mas pelos legalmente tarifados, o que leva geralmente à existência de certos limites.

Como se compreenderá, a eficácia dissuasiva dessas indenizações dependerá de seu montante. Às vezes essas indenizações se completam com sanções administrativas que costumam ter escassa importância como meio apto a limitar a rescisão injustificada do vínculo contratual.

Discutiu-se se essas medidas configuram um verdadeiro regime de estabilidade. *Deveali* entende que não constitui, salvo se forem impostas quantidades equivalentes ao montante dos salários, até que o trabalhador se aposente. *Martins Catharino*, como vimos, chama as delimitações trabalhistas impróprias.

Estamos aqui diante de um problema de alcance do conceito. É verdade que sob o rótulo de estabilidade imprópria se concedem benefícios insuficientes ou incompletos, que somente apontam para essa direção, sem alcançar a meta prometida com a denominação.

Mas diante da relatividade dos conceitos e da dificuldade para distinguir quando uma indenização pode ser considerada uma forma de estabilidade imprópria e quando não chega a esse nível, preferimos englobá-las todas na denominação genérica, observando os diferentes graus de intensidade que esta proteção pode apresentar.

134. Regime vigente no Uruguai

Na realidade, não há, no Uruguai, nenhum regime de estabilidade própria⁴¹⁹.

O que há são medidas destinadas a proteger contra a despedida sem justa causa, mas sem proibi-la.

Não há o aviso prévio, uma vez que a disposição prevista no art. 158 do Código de Comércio que o instituía foi derogada pelo art. 4º da Lei n. 10.489, de 6.6.44⁴²⁰.

Só vigora o aviso prévio em matéria rural, pois o art. 45 do decreto regulamentar, de 21.11.78, estabelece: "Se o trabalhador rural morar com sua família no estabelecimento, para ser despedido deverá ser notificado por seu empregador sobre a cessação de sua relação de trabalho, com a antecedência de 30 dias da data da dispensa. Esta notificação deverá ser comprovada diante da força pública, a qual, *vencido* o prazo, procederá à efetivação da despedida"⁴²¹.

Existe a indenização por despedida, que deu origem a uma legislação copiosa e complexa, da qual se destacam dois sistemas fundamentais:

1) o aplicável aos trabalhadores mensalistas, que concede uma indenização equivalente a um mês de salário por cada ano ou fração; e

2) o aplicável aos diaristas e tarefeiros, que institui dois benefícios que podem, eventualmente, ser acumulados:

a) a indenização normal, equivalente a 25 dias por ano no qual se hajam computado 240 dias (no caso de se haverem computado, na média do período, mais de 240 diárias por ano, corresponderá a tantas diárias vezes 25 diárias quantos forem os anos que tenham integrado o período); e

b) a indenização parcial *equivalente* a duas diárias por cada 25 dias em cada um dos anos em que não se chegou a 240 jornadas. É necessário ter completado, pelo menos, 100 jornadas no estabelecimento.

Em nenhum dos dois sistemas, a indenização pode superar seis meses de salário ou 150 diárias⁴²². Não cabe indenização quando a despedida se originou de notória má conduta.

Há regimes especiais para os trabalhadores domésticos (requer-se, no mínimo, um ano de antiguidade)⁴²³; para os trabalhadores em domicílio (em que se procura adaptar a indenização à modalidade da prestação da tarefa: 1/12 do percebido no ano anterior por cada ano de trabalho)⁴²⁴; para os aviadores (que adquirem o direito à aposentadoria, mas o empregador que dispensa sem justa causa deve pagar à Caixa de Aposentadoria respectiva uma indenização equivalente a tantas vezes o último salário quantos pontos tenha obtido o empregado - ganha-se cada ponto com um ano de prestação de serviços; com 700 horas de voo para o pessoal das companhias que fazem serviços continuados de transporte de passageiros, ou 400 horas nos demais casos - com um máximo de 10 salários, entendendo-se por justa causa: a) diminuição do volume dos negócios que justifique plenamente a desnecessidade do empregado ou a suspensão dos serviços de navegação aérea; e b) delito ou omissão por culpa grave do empregado)⁴²⁵; para os empregados de empresas telegráficas (para os quais se duplicam os máximos de indenização estabelecidos em caráter geral)⁴²⁶; para a trabalhadora grávida ou que acaba de se tornar mãe (à qual se assegura uma indenização especial de seis meses de salário, que se soma à ordinária)⁴²⁷; quanto a trabalhador que padece de doença profissional ou tenha sofrido acidente de trabalho, não poderá ser despedido até que receba alta e deve ser readmitido sob pena de uma indenização por despedida equivalente ao triplo da ordinária e depois deve ser reintegrado no mínimo por 180 dias⁴²⁸; quanto a trabalhador que sofre de doença comum, não pode ser despedido até que tenha alta e deve ser readmitido por no mínimo 30 dias, sob pena de uma indenização por despedida equivalente ao dobro da ordinária, a menos que se prove notória má conduta do trabalhador ou que a despedida não esteja direta nem indiretamente vinculada à enfermidade⁴²⁹.

Uma norma curiosa oferece a Lei n. 13.489, de 18.8.66, para a indústria do plástico, aprovada à época de um conflito, concedendo aos trabalhadores em conflito a opção de voltar a trabalhar nas mesmas condições anteriores ou reclamar a indenização de despedida comum. Se o trabalhador opta pela reintegração, não pode ser despedido, salvo ocorrência de notória má conduta. Sendo despedido, deverá receber a mesma indenização devida ao trabalhador que sofre de doença profissional: três meses por cada ano de serviço, sem limite.

Como se vê, alguns dos regimes especiais são sancionados com indenizações verdadeiramente importantes do ponto de vista quantitativo, o que, de fato, leva a assegurar a permanência, sem que haja, porém, propriamente proibição jurídica de despedir. Prescindimos neste aspecto da fórmula verbal utilizada, pois o que interessa saber é se a despedida é sancionada com a nulidade ou com uma indenização pecuniária.

Com efeito, pouco importa que se utilize uma fórmula tão enérgica como "não poderá ser despedido", se em seguida se acrescenta uma frase que abre a possibilidade da indenização: "Porém, se o for, deverá ser paga tal ou qual indenização".

Quanto à responsabilidade por perdas e danos para os casos de despedida abusiva, foi recebida pela jurisprudência, que a aplicou em diversos decisórios ou a repeliu, em virtude das peculiaridades do caso, reconhecendo, porém, o cabimento jurídico da reclamação.

O processo de admissão do conceito de despedida abusiva foi muito trabalhoso e difícil, mas foi finalmente aceito pela jurisprudência, sendo muito significativa a posição assumida pela Suprema Corte de Justiça [430](#).

Em decorrência dessa recepção, começou a se levantar com muita frequência esta reclamação, na qual se pretendiam quantidades muito dissímiles e, em alguns casos, exageradas.

Quanto ao próprio conceito de despedida abusiva, a opinião dos juízes foi se unificando em torno da idéia que se reflete nesta frase da sentença do Tribunal de Apelações do Trabalho do 1º Turno: "Para que se admita a existência da despedida abusiva, é preciso provar uma particular iliceidade na conduta da empregadora, seja nos motivos da despedida, seja em sua forma, seja em sua finalidade" [431](#).

Quanto ao montante da condenação, tem-se utilizado como unidade de medida a indenização por despedida comum. Normalmente se fixa, por danos e prejuízos, o dobro da indenização tarifada e, em casos particularmente graves, o triplo. Sem ser obrigatório e sem subestimar as peculiaridades de cada caso, esse padrão serviu para resolver o difícil problema prático do valor [432](#).

Juntamente com essa unificação de critérios, produziu-se uma retração da jurisprudência que agora parece estar sendo superada.

5º) Interpretação das Interrupções dos Contratos como Simples Suspensões

135. Significado

Como o contrato de trabalho é de trato sucessivo e pressupõe sua prorrogação no tempo, não é raro que uma ou outra das partes se veja, circunstancialmente, impedida de executar suas obrigações.

Isto é particularmente freqüente porque na relação de trabalho os serviços devem ser executados pessoalmente. Tal exigência determina que, por razões de ordem biológica, social ou patológica, o trabalhador se veja impedido de cumprir a obrigação fundamental emergente do contrato. Paralelamente podem apresentar-se, também, impedimentos transitórios do lado patronal, que determinem outras causas de interrupção.

Como observou *Vásquez Vialard* [433](#), a relação de trabalho está submetida a *suspensões* que não são conhecidas no direito civil ou comercial. Durante essas situações de emergência, o contrato se mantém em certos aspectos com todas as suas virtualidades, mas alguns desses efeitos, especialmente os fundamentais - pôr a capacidade de trabalho à disposição da outra parte, receber o trabalho -, não são exigíveis momentaneamente.

Não há, em tais casos, inadimplemento da obrigação contratual por parte daquele que *não cumpre* com o seu dever, nem se considera qualquer ato faltoso imputável à outra.

As regras do direito comum conduziriam à suspensão ou à rescisão do contrato de trabalho, segundo a natureza da impossibilidade de execução superveniente. Porém, como diz *Durand* [434](#), uma profunda tendência

do Direito do Trabalho estende os casos de suspensão às custas dos casos de rescisão, a fim de assegurar a estabilidade do emprego.

É freqüente que a interrupção da prestação de trabalho não seja acompanhada pela rescisão do contrato. A relação jurídica que une as partes subsiste e sua execução será reiniciada posteriormente.

É, no dizer de *Almansa Pastor*, uma nova demonstração da vitalidade da relação de trabalho e de sua resistência à extinção⁴³⁵.

A simples suspensão pode ser útil à empresa, pois conserva o laço que une o pessoal ao empregador. É sobretudo importante para os trabalhadores, pois com o emprego conservam seus meios de subsistência.

Essa posição favorável à conservação do contrato se manifesta tanto quando o fato determinante da interrupção provém da empresa como quando emana do trabalhador.

Alonso Olea exprime claramente essa mesma idéia ao afirmar que "o contrato de trabalho tolera períodos, às vezes longos, de suspensão de efeitos, nos quais o contrato tem como que uma vida latente, para retomar sua plena efetividade posteriormente"⁴³⁶.

Essa observação é correta porquanto ressalta que não é o contrato de trabalho que é suspenso, mas são seus efeitos que se tornam transitoriamente suspensos.

O contrato de trabalho sobrevive: o que ocorre é que durante certo tempo não produz seus efeitos principais ou, melhor dizendo, são suspensos os efeitos principais do contrato para ambas as partes (a obrigação de prestar serviços para o trabalhador, a obrigação de pagar o salário para o empregador), sem que desapareçam as demais obrigações e efeitos.

Pelo contrário, elas se mantêm potencialmente alertas para que, uma vez desaparecida a causa da suspensão, o contrato recobre sua normalidade, renascendo plenamente o vigor de todas as obrigações das partes e recuperando a plenitude de suas consequências.

136. Enumeração das causas de suspensão

Podemos citar as suspensões mais freqüentes, esclarecendo que as situações que exporemos constituem apenas exemplos e não são necessariamente as únicas.

Em outras palavras: não se trata de uma regra aplicável apenas em uma série de hipóteses mencionadas expressamente, mas de um critério geral que serve para elucidar todas as situações similares.

*Vásquez Vialard*⁴³⁷ esclarece que para que se configure uma situação desse tipo devem ser cumpridas duas condições fundamentais: a) causa que justifique a impossibilidade de cumprir com o dever contratual; b) situação *momentânea*.

A primeira, que em alguns casos - especialmente quando se trata da *suspensão* por causa atribuível ao empregador - deve ser imprevisível, corresponde em geral às circunstâncias enunciadas na norma de forma não taxativa. Além das expressamente mencionadas, podem existir outras que resultem da própria natureza da relação contratual e dos princípios de colaboração, solidariedade e boa-fé que a presidem. A dinâmica própria daquela compreende situações que, embora não enumeradas pela norma aplicável (lei, convenção coletiva ou contrato de trabalho), quer por óbvias, quer por índole humanitária e das diversas obrigações de hierarquia moral diferente que pesam sobre cada um dos sujeitos da relação, legitimam a atitude de aparente inadimplemento.

A segunda é que a causa seja de caráter momentâneo - ou pelo menos assim se considere -, isto é, não definitiva. Se ocorrer essa situação, pode-se considerar rescindido o contrato, sem prejuízo das indenizações que forem devidas. Não existe razão alguma para que este se mantenha *com vida latente*, quando não há perspectivas de poder restabelecer funcionamento normal.

Falchetti propõe reservar a denominação *suspensão* do contrato de trabalho para quando ele se paralise por iniciativa do empregador (por exemplo, por motivos disciplinares ou econômicos), e utilizar a expressão *interrupção* do contrato de trabalho quando a paralisação derive de situações que tenham sua origem na esfera do trabalhador (enfermidade, greve lícita, etc.), ou bem em motivos de força maior não imputáveis a nenhuma das partes do contrato em tela⁴³⁸.

Essas situações não costumam ser todas regulamentadas em conjunto, porque obedecem a causas muito diferentes e pertencem a diversos institutos que costumam ser tratados separadamente.

Justamente *Jean Pelissier*⁴³⁹ ressalta as diferenças entre as diversas causas de suspensão, tanto por seus efeitos durante o transcurso da suspensão como por sua repercussão ao término dela, pondo em relevo como algumas delas constituem um modo de conservar e prolongar o contrato, e outras configuram um preâmbulo a sua extinção. Inclusive chama a atenção sobre os problemas que surgem quando se acumulam no mesmo período mais de uma causa de suspensão do contrato.

Não se encare, pois, esta enumeração como uma forma de limitar o alcance deste critério. Encare-se, melhor, como um modo de precisar seu sentido através do esclarecimento que vários exemplos de sua aplicação prática fornecem.

1) Incapacidade temporária por acidente do trabalho ou moléstia profissional.

Obviamente, se o empregador está obrigado a pagar-lhe uma indenização enquanto dure sua incapacidade temporária é porque o contrato de trabalho se mantém, ficando interrompido somente durante esse lapso. No caso de acidentes do trabalho não há limite na duração. Ao contrário, no caso de tratar-se de enfermidade profissional, o art. 10 da Lei n. 11.577, de 14. 10.50, fixa um prazo máximo de 18 meses ("deverão ser readmitidos, uma vez comprovada sua recuperação... e sempre que sua ausência não tiver excedido a 18 meses").

Se o trabalhador fica completamente restabelecido, tem direito de retomar seu trabalho anterior. Naturalmente deve avisar, uma vez que esteja em condições de desempenhá-lo. O problema se complica no caso de o trabalhador ficar com alguma incapacidade que o impeça de desempenhar o trabalho anterior. Em tal caso, a empresa deve dar-lhe uma ocupação adequada a seu novo nível de aptidões. A despedida se justificaria somente na hipótese de provar-se a absoluta impossibilidade de fornecer um lugar adequado ao grau de capacidade reduzida do trabalhador⁴⁴⁰.

2) Ausência em virtude de enfermidade comum.

Não há nenhuma norma de caráter geral. Cumpre então aplicar um critério razoável, utilizado pela jurisprudência francesa, relativo à perspectiva de cura do trabalhador. Enquanto haja expectativa de reintegração, o contrato fica suspenso. Ainda que essa perspectiva já houvesse desaparecido, não se pode excluir a suspensão até que transcorram, pelo menos, 30 dias.

Nos sindicatos onde existe seguro-enfermidade⁴⁴¹ há um limite máximo de um ano - prorrogável para dois anos - durante o qual lhe será pago auxílio, devendo aposentar-se obrigatoriamente no caso de a enfermidade prolongar-se por mais tempo ou no caso de ter sido declarado pelos médicos examinadores física ou intelectualmente impossibilitado para o desempenho de seu emprego.

3) Trabalhadora ausente em virtude de maternidade ou gravidez.

A duração da ausência pode prolongar-se por todo o tempo indicado nas prescrições médicas, tanto antes como depois do parto, embora pague o salário integral somente nas seis semanas anteriores e nas seis posteriores ao parto, e 65% do salário no período restante⁴⁴².

4) Privação da liberdade.

Quer se trate de simples detenção, no exercício de medidas rápidas de segurança ou equivalentes - o que não importa necessariamente em responsabilidade para o interessado -, quer se trate de prisão em virtude de processo pela prática de crime alheio ao trabalho, entende-se não haver motivo para que o contrato de trabalho termine, mas simplesmente para que seja suspenso. Por conseguinte, quando recuperar a liberdade, o trabalhador tem o direito de voltar a ocupar seu cargo.

O problema é mais complicado se a privação da liberdade se originar de fatos ocorridos na empresa. Salvo em se tratando de falta muito leve, em geral se considera que o delito cometido no exercício da função dá motivo para a despedida. Mas, em tal caso, o que origina a ruptura do contrato é o ato ilícito cometido e não a ausência ao trabalho.

5) Cumprimento de obrigações militares.

Quer seja chamado às armas porque o país está em guerra, quer seja convocado para prestar o serviço militar, o trabalhador se vê impossibilitado de prestar serviços durante certo tempo no qual não se rompe o contrato de trabalho.

Em nosso país, a Lei n. 9.943, de 20.7.40, sobre instrução militar obrigatória, prevê manobras obrigatórias de 20 dias (para os reservistas que tenham de 18 a 25 anos) e de 10 dias (para os reservistas que tenham de 25 a 30 anos). O art. 17 estabelece: "O tempo correspondente às manobras anuais é independente do tempo dedicado à instrução militar, assim como das férias anuais dos funcionários públicos e empregados particulares". Infere-se, claramente, que o contrato fica simplesmente suspenso.

6) Desempenho de um cargo público.

Geralmente se cuida de tornar compatível o exercício do cargo público com o trabalho privado, procurando a harmonização de horários. Às vezes, quando é realmente impossível essa compatibilização de horários, o interessado renuncia a seu emprego. Pode, porém, ocorrer que o trabalhador não queira desligar-se do emprego privado e não possa desempenhá-lo.

Nesse caso, dever-se-á conceder-lhe licença, enquanto perdure o mandato próprio do cargo público. Não há norma expressa que o imponha, mas é o que resulta da aplicação do princípio que estamos expondo.

7) Função sindical.

Em alguns países, seja por meio de leis ou de convenções coletivas, prevê-se a possibilidade de que os trabalhadores que devam desempenhar tarefas de representação sindical que lhes impeçam de cumprir suas obrigações de trabalho tenham direito de faltar ao serviço, desfrutando de uma licença sindical.

8) Licença por razões pessoais.

Qualquer trabalhador pode pedir licenças por razões estritamente pessoais (exames, estudos, presença em congresso, bolsas, viagens, etc.) ou por razões familiares (enfermidade ou morte de algum parente próximo, matrimônio de um parente próximo em outra cidade, etc.).

A variedade de razões possíveis, assim como sua própria índole, explica que não haja uma regulamentação estrita a respeito. Mas geralmente se escondem sob a denominação genérica de licença extraordinária ou sem gozo de salário. Em alguns países se chamam excedências. Cada empregador as concede na medida em que seu motivo e duração lhe pareçam razoáveis. Contudo, em nenhum caso determinam a cessação do contrato, mas sua mera suspensão.

9) Suspensão por falta de trabalho ou por razões econômicas.

A relativa frequência desses casos, especialmente em épocas de crise, deu origem aos regimes de seguro, diretamente a eles aplicáveis.

10) Suspensão por dificuldades técnicas.

São as derivadas de defeito em uma máquina, de mau funcionamento de um sistema produtivo, da falta de corrente elétrica, etc.

Em geral são tratadas da mesma forma que as anteriores, embora o grau de vinculação com a vontade do empregador e, portanto, o grau da sua responsabilidade costumam ser menores.

11) Suspensões por sanções aplicadas à empresa.

Embora se utilize a expressão clausura para denominar os fechamentos dos estabelecimentos como sanção por determinadas infrações, trata-se de fechamentos temporários. As clausuras definitivas são excepcionais e somente se conhecem em regimes de exceção, e aplicadas a empresas jornalísticas e de radiodifusão. Salvo nestes últimos casos, os quais para efeitos trabalhistas ficam equiparados às clausuras ocorridas por vontade do empregador, entende-se que os fechamentos temporários só suspendem transitoriamente os contratos de trabalho.

Nessas situações geralmente se estabelece a obrigatoriedade de pagar o salário dos trabalhadores para que aquilo que se pretende seja uma sanção para a empresa e não se converta em uma sanção a seu pessoal.

Assim o estabelece, entre nós, o art. 25 da Lei n. 10.940, de 19.9.47, segundo o qual no caso de se decretar o fechamento dos estabelecimentos, fiquem as empresas atingidas obrigadas a pagar a totalidade dos soldos e salários emergentes da relação de trabalho, durante o período de fechamento. O artigo anterior dispõe que esse período não excederá 60 dias.

12) Suspensões por razões de força maior ou caso fortuito.

Podem ocorrer casos muito variados, e de duração muito diferente, que tenham esse caráter. Como, em geral, são casos que excluem a responsabilidade, não geram obrigação de pagar salário, nem de pagar indenização por despedida. Paradoxalmente, na medida em que se aumenta a severidade contra as empresas, em lugar de incentivar a conservação do vínculo contratual, estimula-se seu rompimento. Mas, como não determinam o rompimento do contrato de trabalho, o contrato subsiste. E, quando for restabelecida a atividade, dever-se-á retornar todo o pessoal que havia ficado sem trabalho.

13) Greve.

A greve, nos dissídios, importa na interrupção convencionada da prestação dos serviços de vários trabalhadores: eles não se apresentam em sinal de protesto ou como meio de luta para apoiar certa reclamação.

Porém, justamente a consequência de se ter reconhecido a greve como direito é que ela não significa a ruptura do contrato de trabalho, mas sua suspensão⁴⁴³.

Em alguns países se condiciona esse efeito meramente suspensivo do contrato a greves que preencham certas condições ou reúnam certas características.

Conclusão análoga deve-se aplicar ao *lock out* nos países onde se reconhece sua legitimidade. Onde ela não é reconhecida, ou na medida em que não se enquadre nas previsões que a legitimam, aparece como mero inadimplemento do contrato por parte do empregador, que nem sequer interrompe o direito de cobrar o salário.

14) Suspensões por razões disciplinares.

Nas faculdades implícitas que tem o empregador como responsável pela empresa se encontra o poder de direção que comporta, como corolário lógico, o poder disciplinar. Entre as possíveis sanções que normalmente se reconhecem ao empregador está a suspensão do trabalhador que tenha descumprido suas obrigações.

Em alguns países se regula esse poder disciplinar, estabelecendo limites e exigindo o ajuste a regulamentos internos que constituem a condição indispensável para poder aplicar esse tipo de sanções.

No Uruguai não existe nenhuma norma a respeito. O antigo Instituto Nacional do Trabalho difundiu há tempos um critério que, na prática, se considerou obrigatório, segundo o qual a suspensão não poderia exceder 15 dias. Esse critério foi aceito de bom grado por ambas as partes, uma vez que uma obtinha o reconhecimento de seu poder disciplinar e a outra obtinha uma limitação moderadora em seu exercício. Mas, uma vez esclarecido que não se tratava de um impedimento legal foram aplicadas, excepcionalmente, suspensões por maior prazo.

Ao contrário, há consenso unânime no sentido de que a duração da suspensão deve guardar razoável proporcionalidade com a qualidade da falta, apreciada no contexto formado pelo comportamento anterior do trabalhador. A apreciação preliminar do empregador será, depois, controlada pela apreciação judicial se o trabalhador estiver inconformado.

Cumprir acrescentar que, dada a origem e a motivação dessa suspensão, ela nunca coloca dúvida sobre a continuação do contrato, embora possa constituir um antecedente de uma eventual despedida posterior, no caso de o trabalhador reincidir em alguma outra violação de seus deveres, cuja gravidade torne impossível a manutenção do contrato.

137. Obrigações que ficam em suspenso

Em todos esses casos de suspensão se colocam alguns problemas comuns, que examinaremos rapidamente:

a) quais são as obrigações que ficam suspensas?; e

b) essas situações podem ter qualquer duração?

Quanto ao primeiro problema, já dissemos que ficam suspensas as obrigações principais que recaem sobre cada parte. Essas obrigações principais são a prestação do serviço, de uma parte, e o pagamento da

remuneração, da outra parte. Pois bem, sempre se suspende o pagamento do salário ou ocorre alguma situação em que o salário deve continuar sendo pago?

Normalmente a suspensão da prestação dos serviços acarreta a suspensão do pagamento do salário.

Mas há alguns casos em que, por expressa disposição legal, deve-se continuar pagando o salário, total ou parcialmente. Por exemplo: no caso de fechamento do estabelecimento como sanção imposta pelas autoridades públicas, deve-se continuar pagando os salários dos integrantes do pessoal. No caso de acidentes do trabalho, o empregador tem obrigação de pagar uma indenização equivalente à metade do salário (durante os primeiros 30 dias) ou a 2/3 do salário (a partir do 31º dia, até que cesse a incapacidade temporária). O fato de os pagamentos serem efetuados pelo Banco de Seguros do Estado não altera a conclusão, pois assim ocorre em virtude de um contrato de seguro mercantil, pelo qual foi transferida à entidade seguradora uma obrigação que onerava o empregador, como responsável. Em outros casos, o trabalhador percebe uma quantidade, equivalente à retribuição, dos órgãos de previdência social. Por exemplo, nos casos de enfermidade, se está amparado pelo regime de seguro-enfermidade. No caso de ausência por motivo de maternidade, no regime de subsídios familiares. Nos casos de impossibilidade de trabalhar por motivos vinculados à empresa, no Departamento de Seguro Inatividade da Caixa de Aposentadorias da Indústria e Comércio.

De qualquer modo, não interessa tanto a análise particular de cada situação e sua repercussão nos rendimentos do trabalhador, o que pode apresentar alguma peculiaridade⁴⁴⁴, como a de assinalar a tendência geral a sua permanência e prolongação no tempo.

138. Duração da suspensão

O segundo problema diz respeito à possibilidade de as suspensões terem qualquer duração ou, depois de certo tempo, se converterem em casos de ruptura do contrato.

Poder-se-ia iniciar por uma distinção entre as suspensões originadas no âmbito do trabalhador e as suspensões originadas na empresa.

Relativamente às originárias do trabalhador, a idéia geral é que este critério se aplique sempre que se produza o fato que motivou a suspensão e enquanto ele durar.

Estabelecer limites à duração da suspensão importa em desvirtuar o critério geral exposto e minimizar a utilidade da solução.

Em geral o empregador pode evitar as dificuldades práticas que essa ausência provisória do empregado provoque, mediante a contratação de um empregado que o substitua, enquanto durar a ausência. A contratação do suplente pode ser efetuada por meio de um contrato de duração determinada: enquanto durar a ausência do titular. Desse modo, tão logo se reintegre o titular, o contrato elo suplente fica extinto naturalmente, sem responsabilidade do empregador.

Essa conclusão geral somente eleve ser retificada nos casos em que o legislador haja expressamente estabelecido um limite. Mas, além de serem limites suficientemente amplos, que poucas vezes são aplicados, cumpre ressaltar que se trata de uma solução de exceção, somente pertinente ao âmbito expressamente abrangido pela norma legal.

No que respeita às suspensões originadas na empresa, deve-se ter presente que este princípio opera em benefício do trabalhador e, portanto, não pode ser alegado contra ele.

Em consequência, o trabalhador fica livre para considerar finda a relação de trabalho quando o entender oportuno. Porém, se preferir esperar o término do evento que motivou a interrupção das atividades, a empresa fica obrigada a manter o contrato, qualquer que tenha sido a duração da interrupção.

6º) Prorrogação do Contrato em casos de Substituição do Empregador

139. Possibilidade de novações subjetivas

Outra das características apresentadas pelo contrato de trabalho é a de sofrer não apenas novações objetivas, como também subjetivas. Ou seja, não só mudam as condições do trabalho mas também os protagonistas do contrato.

Como já esclarecemos, essas novações não se podem referir ao trabalhador, pois sua posição é imutável dado o caráter personalíssimo da prestação, mas tão-somente ao empregador.

Pois bem, essas mudanças na pessoa do empregador não pressupõem a terminação do contrato. Ele continua, apesar dessa substituição.

Alonso Olea o explica muito clara e adequadamente:

"A mudança de empresário não extingue o contrato nem, salvo a pura modificação subjetiva compreendida na mudança, o modifica. São várias as explicações para que isto seja assim.

"Em primeiro lugar, o contrato de trabalho não é personalíssimo no que concerne ao empresário, provavelmente porque sua prestação básica é de dar, e de dar geralmente um bem inespecífico; justamente o contrário do que ocorre com o próprio contrato encarado do ponto de vista do trabalhador, cuja prestação básica é de fazer algo singularíssimo como empenhar seu próprio trabalho.

"Em segundo lugar, ainda que o contrato envolva prestações personalizadas do empresário - como as compreendidas no dever de proteção -, apesar disso, a dureza e resistência do contrato se impõe, e daí resulta sua continuidade e conservação.

"À parte isso, há razões, talvez as essenciais, no fundo, de natureza metajurídica. As empresas são criadas para durar indefinidamente no tempo e devem ser imunes às mudanças subjetivas das pessoas que agrupam, incluída a do empresário; certamente a mudança de um trabalhador destrói o correspondente contrato de trabalho, mas se se aconselhasse o mesmo, no caso de mudança de empresário, se destruiria o quadro ou âmbito de um conjunto de contratos de trabalho em que consiste a empresa e, com isso a própria empresa. O princípio da estabilidade no emprego, sobre o qual se baseia a indefinição no tempo de numerosos contratos de trabalho, ficaria destruído se estivesse à mercê de uma mudança empresarial"[445](#).

De La Cueva coincidentemente exprime: "Ao operário não interessa de maneira fundamental a pessoa do proprietário, senão o conjunto de direitos que lhe confere sua permanência, durante vários anos, na empresa: considere-se que nas empresas de propriedade de uma sociedade é freqüente a mudança de gerente e que este, de fato, é o verdadeiro patrão; e se a mudança do gerente não interessa aos trabalhadores, nem é motivo para dar por terminados os contratos, não se vê por que a cessão do negócio determinaria seu rompimento"[446](#).

Evaristo de Moraes Filho recorda que *Endemann*, já nos fins do século passado, havia dito: "Ao estabelecimento, e não a seu dirigente, consagram os empregados sua atividade"[447](#).

Deveali, ao examinar as novações subjetivas, reafirma a tendência do Direito do Trabalho de dar primazia ao elemento objetivo da empresa, de preferência ao elemento subjetivo da pessoa do empregador[448](#).

140. Caráter "*intuitu personae*" em relação ao trabalhador

A razão fundamental dessas afirmações resulta de que o contrato de trabalho é *intuitu personae* somente com referência à pessoa do trabalhador. Unicamente por exceção pode sê-lo também com referência ao empregador[449](#).

Isso significa que o empregador leva sempre em conta a pessoa do trabalhador para celebrar o contrato de trabalho, enquanto este quase nunca leva em conta a pessoa do empregador para convencionar a relação de emprego.

Francis Vallaur assim resume o fenômeno jurídico do *intuitu personae*: "Reveste grande interesse econômico e moral para um dos contratantes ter como co-contratante tal pessoa determinada. Esse interesse faz com que a consideração dessa pessoa tenha sempre influência decisiva no consentimento da outra, no contrato.

Em outras palavras: há sempre uma relação de causalidade. E geralmente o vínculo somente se constitui em razão dessa pessoa bem determinada. Geralmente, então, haverá interesse na pessoa" [450](#).

E *Evaristo de Moraes Filho* acrescenta: "De fato, o *intuitu personae* se resolve simplesmente numa relação de causa e efeito, no sentido de que o consentimento só é dado, na formação do contrato, com o qual se aperfeiçoa e se celebra, tendo em vista as qualidades pessoais de outro contratante, intransferíveis, que lhe são próprias" [451](#).

O fato de que o contrato de trabalho seja *intuitu personae* com referência ao trabalhador deriva do caráter personalíssimo da prestação do trabalhador, que converte a este em infungível, isto é, não substituível por outro. Deve-se levar em conta que a obrigação principal que o trabalhador contrai, como consequência da celebração do contrato, é a de colocar sua energia pessoal a serviço do empregador. Por conseguinte, a este, não lhe pode ser indiferente a pessoa cujas energias são colocadas a sua disposição, dado que a quantidade, a qualidade e a modalidade dessa energia pode variar de uma pessoa para outra.

Cumpra lembrar que já no direito romano se invocava este caráter *intuitu personae* do contrato de trabalho, em relação ao trabalhador, como um dos critérios diferenciais que distinguiam ao que agora denominamos contrato de trabalho (*Jocatio conductio operarum*) do que denominamos contrato de empresa (*Jocatio conductio operis*).

O fato de que o contrato de trabalho não seja *intuitu personae*, relativamente ao empregador, se explica pela circunstância de que ao trabalhador o que interessa fundamentalmente é que se lhe conceda uma oportunidade de pôr suas energias à disposição de alguém, mediante o pagamento de um salário determinado. O fato de que a empresa pertença a uma pessoa física ou jurídica não interessa em absoluto ao trabalhador. Pelo mesmo motivo, não preocupa o trabalhador que a pessoa moral modifique sua composição jurídica ou que os possuidores das ações ou das quotas sociais sofram mudanças. De igual modo, deve-se reconhecer que não interessa ao trabalhador se a pessoa física que possui a empresa é João, Pedro ou Diogo.

Nesse sentido as possibilidades de variações são infinitas e vão estabelecendo matizes diferentes praticamente inapreciáveis: uma empresa unipessoal que se constitui em sociedade coletiva integrada pelo proprietário e seus filhos que já colaboram com ele; essa sociedade coletiva se converte em sociedade de capital e indústria, ou em sociedade em comandita para dar entrada a simples fornecedores de capital, ou em sociedade de responsabilidade limitada; uma sociedade que se modifica porque incorpora um novo sócio; esse sócio pode ser um estranho à empresa nesse momento ou ser um antigo empregado ao qual se dá acesso à sociedade; o número de novos sócios que venham a fazer parte da sociedade pode sofrer sucessivos aumentos, acrescentando-se também em graus diversos a influência que em conjunto possuem, relativamente aos sócios anteriores ou a distância ou à desvinculação que cada um deles possuía relativamente à situação anterior; a sociedade pode mudar simplesmente de forma jurídica, sem mudar de proprietário ou vice-versa; manter-se a mesma forma jurídica e substituir-se o proprietário; pode ter a forma de uma sociedade de capital, porém pertencer realmente a uma pessoa, a uma família ou a um grupo; as ações ou as partes sociais podem ir mudando de mãos paulatina e progressivamente ou de forma clara e perceptível. Enfim, poderíamos continuar mencionando indefinidamente hipóteses distintas que não têm repercussão alguma no contrato de trabalho e que demonstram que todas essas alterações não afetam o trabalhador nem repercutem em sua relação de trabalho.

A falta de contato pessoal entre o proprietário da empresa e cada um dos trabalhadores; a possibilidade de que o contrato de trabalho subsista nas mesmas condições apesar das variações produzidas na pessoa do empregador; o fenômeno da despersonalização do empregador; a tendência manifesta do Direito do Trabalho de procurar dar estabilidade à relação de emprego tornam perfeitamente explicável essa posição de indiferença do trabalhador frente às alterações ocorridas na pessoa do empregador.

Por isso, podemos dizer, em termos gerais, que, se o trabalhador não pode continuar o contrato de trabalho, este termina; todavia, se o empregador não pode prosseguir, pode ser substituído por outro, sem que o contrato de trabalho se altere.

141. Casos excepcionais em que o contrato de trabalho é "*intuitu personae*" relativamente ao empregador

Contudo, em alguns casos excepcionais, o contrato de trabalho pode ser *intuitu personae* também com referência ao empregador. Essa situação se produz naqueles casos raros em que o trabalhador levou em conta a pessoa do empregador para celebrar o contrato de trabalho. Embora não frequentemente, esses casos acontecem algumas vezes: quando o contrato de trabalho se refere a uma atividade intimamente conexa com a vida do empregador, e que não pode ser continuada por seus herdeiros. Os exemplos mais típicos são: o de secretário de um político ou de ajudante de um profissional liberal, nos quais existe, no espírito do trabalhador, uma razão diretamente vinculada à pessoa do empregador para celebrar o contrato. É evidente que entre um político e seu secretário existe uma vinculação ideológica e partidária que impede que o secretário possa olhar

com indiferença a pessoa com quem colabora. Outro tanto deve-se dizer do empregado de um profissional, onde, a par de certa afinidade pessoal exigida pelo contato direto, quase permanente entre ambos, existe sempre uma consideração da pessoa do profissional, pelo prestígio que possa rodeá-lo ou pelos ensinamentos que aspira receber o colaborador, no desempenho de suas funções. Podem-se formular considerações análogas nos contratos de trabalho celebrados por damas de companhia ou governantas, ou em algum outro exemplo de serviço doméstico no qual o trabalhador tenha levado fundamentalmente em conta a pessoa do empregador.

Convém, todavia, observar que sempre se trata de casos excepcionais, porque o normal é que ao trabalhador seja mais ou menos indiferente a pessoa do empregador.

142. Tendência para a personalização da empresa

Pode-se mencionar, ademais, uma consideração muito aparentada com a anterior, que se expressa na idéia da personalização da empresa, pelo menos no plano trabalhista.

A doutrina contemporânea, por diversos caminhos e com diferentes fundamentos, separa, de alguma maneira, a empresa da pessoa do empregador, para atribuir àquela uma condição similar à de uma pessoa que assegura sua continuidade no tempo.

Eugenio Pérez Botija afirma que a relação de trabalho não é um negócio circunstancial nem fugaz transação mercantil, mas que contém vínculos sociológicos pessoais e permanentes⁴⁵².

Luiz José de Mesquita, em interessantíssimo estudo da realidade da empresa, apreciada do ponto de vista institucionalista, manifesta-se acompanhando *Renard*: "O princípio da continuidade da empresa é bem uma manifestação de que nela *deve haver* uma organização que permaneça e dure, apesar das alterações por que costuma passar, mesmo na sua direção"⁴⁵³.

Outros dois ilustres autores brasileiros, *Orlando Gomes* e *Elson Gottschalk*, ressaltam que o fenômeno da despersonalização do empregador gerou o princípio da continuidade da empresa. Esse princípio, um dos mais relevantes em matéria de empresa, se concretiza na regra de que as alterações relativas à pessoa do empresário não afetam o contrato de trabalho. A idéia diretriz é a de que a empresa constitui uma universalidade cujos elementos podem mudar, sem que se altere a unidade do conjunto. O empregador pode transferir a empresa a outro, os membros do pessoal se renovam, sem que se altere essa unidade. Quando o novo empregador continua a exploração, nas mesmas condições que seu predecessor, a unidade econômica e social que constitui a empresa permanece a mesma. Assim, ainda que sobrevenha modificação na situação jurídica do empregador, todos os contratos em curso no dia da modificação subsistem entre o novo empregador e o pessoal da empresa. A morte, a venda, a fusão, etc., não determinam a ruptura das relações de trabalho. A personalidade do empregador é indiferente para a empresa⁴⁵⁴.

Mariano Tissebaum colocou em relevo como através do repetido estudo do tema em diversos eventos internacionais se nota um consenso doutrinário orientado decididamente para o reconhecimento da empresa como sujeito de direito. E acolhendo palavras utilizadas pelo eminente professor de Barcelona, *Manuel Alonso Garcia*, em seu relatório ao III Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho, sobre a reforma da empresa, expõe que "poder-se-ia aceitar o conceito de empresa como organização personificada", figura que pertence à categoria dos denominados "sujeitos de direito sem personalidade", ou bem, e com referência a planos muito concretos, conforme assinalou com expressão muito feliz, porém pouco jurídica, *Michel Despax*, ao considerá-la "sujeito de direito nascente". E ele, pessoalmente, se inclina no sentido de esperar que se complete o processo de nascimento para dar o nome que caiba à empresa, que está na etapa do que se poderia denominar, usando uma expressão do direito, *pessoa por nascer*⁴⁵⁵.

G. H. Camerlynck ressalta que, enquanto a concepção civilista, em virtude do efeito relativo dos contratos, levava a considerar o adquirente de uma empresa como um terceiro diante dos contratos de trabalho em curso com o pessoal, o Direito do Trabalho afirmou que todos os contratos de trabalho subsistem entre o novo empregador e o pessoal da empresa. É inútil procurar no arsenal civilista o mecanismo jurídico ortodoxo que permita justificar essa substituição. Na realidade, deve-se ver nisto uma das manifestações mais claras e significativas do Direito do Trabalho para afirmar a noção objetiva e permanente da empresa, à qual o trabalhador permanece vinculado, à margem das vicissitudes puramente jurídicas, relativas a sua forma ou direção⁴⁵⁶. O autor italiano *Navarra* afirma categoricamente: "A empresa é, assim, um dos sujeitos da relação de trabalho"⁴⁵⁷.

Citamos autores de diversas nacionalidades que, ademais, fazem referências a diferentes ordens jurídicas, para colocar em evidência que se trata de uma linha de pensamento universalmente reconhecida e que não está

condicionada a determinados textos positivos: é realmente uma tendência contemporânea que transcende fronteiras e sistemas legais⁴⁵⁸.

143. Cessão do estabelecimento

Contudo, não se deve dar a este argumento mais importância do que ele realmente tem - revelar uma tendência -, porquanto, como demonstrou *Evaristo de Moraes Filho* em sua obra fundamental sobre o tema⁴⁵⁹, é possível tanto do ponto de vista econômico quanto jurídico, a sucessão de um estabelecimento, ainda que continue existindo a empresa da qual fazia parte.

Com efeito, é possível ceder ou transferir um estabelecimento no sentido estrito de sede de uma das manifestações da empresa⁴⁶⁰, levando consigo os diversos contratos de trabalho do pessoal do estabelecimento. A empresa subsiste, porém transfere um estabelecimento, o que importa transferir ao adquirente os contratos de trabalho do pessoal que ali trabalha.

Depois de uma extensa resenha da doutrina universal e da jurisprudência brasileira, o grande jurista carioca afirma: "dá-se sucessão típica, mesmo nos termos da doutrina clássica, sempre que alguém substitua outrem num complexo de relações jurídicas, que constitui o *negozio aziendale*, total ou parcial, mas desde que com possibilidade de vida própria e autônoma, unitária, auto-suficiente, *per se stante*. O estabelecimento ou parte cedida deve sê-lo em todos os seus elementos intrínsecos e indispensáveis à sua sobrevivência econômica, com bens, materiais e imateriais, serviços e relações jurídicas, que formem um todo funcional pertinente"⁴⁶¹.

Num trabalho muito mais recente, o professor brasileiro *Gilberto Gomes* reafirma, com abundância de citações e referências, a tese central de *Evaristo de Moraes Filho*, que sintetiza na reunião de dois princípios: solidariedade e continuidade empresarial.

Resume seu pensamento neste parágrafo: "Alguns elementos podem ser inegavelmente apontados como caracterizadores da sucessão de empresa, tais como:

- continuidade da prestação de trabalho;
- persistência dos fins econômicos;
- mudança de propriedade.

A doutrina, sem divergência, e a jurisprudência predominante têm destacado como aspecto determinante da sucessão de empresa a continuidade na prestação do trabalho pelos empregados e a persistência dos fins econômicos da empresa.

Verifica-se, por outro lado, que o fenômeno da sucessão ocorre independentemente da vontade do empregado"⁴⁶².

144. O problema em nosso país

O problema adquiriu particular significação em nosso país, em razão do conteúdo das normas aprovadas, bem como pela polêmica em virtude da posição de *De Ferrari*, diferente da que habitualmente se admite.

A norma que deu origem à discussão foi a Lei n. 10.570, de 15.12.44, cujo art. 2º estabelece o seguinte: "Os benefícios da indenização por despedida retroagirão a 1º de junho de 1944, nos casos de alienação, fusão, transferência de estabelecimentos, suas seções ou dependências, assim como quando o fechamento dos mesmos não resulte de falência ou concurso de credores, e serão atendidos pelo estabelecimento que contratou os serviços já prestados pelo pessoal despedido". O art. 3º acrescenta: "A partir da sanção da presente lei e nos casos referidos no artigo anterior, os sucessores, se os *houver*, responderão subsidiariamente pelas indenizações pagas".

Diante desse texto - que evidentemente não é um modelo de clareza nem de acerto na redação - a maioria da doutrina⁴⁶³ e da jurisprudência⁴⁶⁴ entendeu que somente cabe pagar indenização ao pessoal que tenha efetivamente saído, isto é, ao que tenha deixado de trabalhar em consequência da transferência. Mas para

quem continua trabalhando normalmente, para quem não deixa de prestar serviços, deve-se entender que sobrevive o mesmo contrato de trabalho, ainda que tenha mudado de empregador.

145. A tese de De Ferrari

A opinião oposta foi desenvolvida por *De Ferrari*, baseada nos seguintes argumentos⁴⁶⁵:

1) em quase todos os países se previu expressamente a hipótese da venda, expedindo normas favoráveis à estabilidade do emprego. Em nosso país não se promulgou nenhuma norma com esse conteúdo. Portanto, deve-se entender que continuam vigorando os princípios do direito comum segundo os quais a venda era uma circunstância extintiva da relação contratual;

2) em lugar de aplicar fórmulas similares às aprovadas em quase todos os países, aqui o legislador estabeleceu outra solução, baseada na idéia da responsabilidade subsidiária. "Os contratos não subsistem. A venda produz a resolução *ipso jure* de todos os compromissos. O pessoal, na sua totalidade, fica desempregado. As indenizações se tornam exigíveis e a lei se limita a estabelecer quem, e de que forma, por elas responde";

3) doutrinariamente nosso legislador, ao seguir um sistema diferente, procedia com acerto porque nenhum preceito legal deveria obrigar uma pessoa a prestar serviços a outra sem seu consentimento. Invocando a opinião de *Peretti Griva*, crê que o empregado não é uma mercadoria, que possa passar de mão em mão como os demais objetos e coisas que formam parte do ativo de um estabelecimento; e

4) o contrato de trabalho deve ser considerado *intuitu personae* tanto do ponto de vista do empregado como do empregador.

Em conseqüência, conclui que no caso de transferência se configura o que se poderia chamar de *despedida técnica*, que deve ser indenizada.

146. Refutação da mesma. Argumento do texto

Pensamos que a corrente nitidamente majoritária da jurisprudência é acertada porque diversos argumentos a respaldam.

Em primeiro lugar, a letra das disposições.

É certo que os termos utilizados pelo legislador uruguaio não reproduzem fórmulas da legislação estrangeira destinadas a reconhecer expressamente o princípio da continuidade. Isso se explica por que não pertence a um texto orgânico e sistemático sobre a despedida. Nem tampouco sobre a transferência de empresas. A Lei n. 10.570 está especialmente destinada a contemplar a indenização dos diaristas e tarefeiros que haviam sido excluídos das leis anteriores sobre despedida. A essa matéria dedicou um longo e complexo artigo. Depois se enxertaram - praticamente sem discussão e sem fundamentação - duas breves disposições cujas finalidades básicas não se podem perceber: se se trata de estabelecer algumas situações equivalentes à despedida ou de excluir expressamente outras, ou fixar a data a partir da qual se deva pagar indenização ou resolver uma série de situações, entre as quais se acha a transferência.

Daí não considerarmos adequado argumentar a partir da comparação com textos especialmente destinados a tratar do tema transferência.

Deve-se tentar objetivamente o exame da letra da disposição e ela não somente autoriza mas leva naturalmente à conclusão da continuidade do contrato de trabalho.

Não se pode subestimar a importância da expressão *pessoal desempregado*, usada no final do art. 2º. Da referida frase se deduz que somente se deve pagar indenização ao pessoal que deixe de trabalhar em conseqüência da transferência, isto é, que tenha ficado sem trabalho, que termine, que acabe, que encerre a prestação de serviços. As palavras da lei devem ser entendidas - segundo estabelece o art. 18 do Código Civil - de acordo com seu sentido natural e óbvio. E de acordo com esse sentido não resta dúvida de que não é o pessoal desempregado que continua prestando serviço nas mesmas condições, no mesmo posto e com os mesmos direitos que anteriormente.

Esclareça-se que, se se houvesse entendido que era todo o pessoal que se tornava desempregado, não teria sentido acrescentar essa frase, que tem um alcance evidentemente limitativo. Bastaria colocar *que contratou os serviços já prestados pelo pessoal* ou simplesmente *que contratou o pessoal*.

A incorporação dessa palavra *cesante* (desempregado) tem alcance e significado inequívocos.

147. Outras normas contemporâneas

Este sentido se encontra confirmado por outras normas legais ou regulamentares aprovadas contemporaneamente e que revelam o critério predominante na matéria.

Um pouco antes da lei que estamos considerando, foi aprovado o Decreto-Lei n. 10.331, de 29.1.43, sobre aposentadorias bancárias, que inclui entre as causas jubilatórias a seguinte, descrita no inciso *E* do art. 15: "Por exoneração originada pelo fechamento ou encerramento definitivo de casas centrais ou sucursais; expiração do termo legal ou contratual da sociedade; fusão com instituições filiadas; aquisição ou transferência por entidades existentes ou constituídas, ou cessação de atividades de empresas agregadas, por liquidação total ou parcial do ativo. Nestes casos e em situações equivalentes, ou quando as empresas se encontrem em concordata ou falência, não estarão isentas de continuar versando à Caixa todas as contribuições, as contribuições (art. 8º) do pessoal em atividade e também as compensações correspondentes ao pessoal desempregado".

Torna-se claro que aqui se prevê dupla possibilidade: pessoal que continua em atividade e pessoal que deixa o emprego. Ou seja, que o pessoal não pára de trabalhar em todas as situações enumeradas⁴⁶⁶. Essa dupla possibilidade já surgia do circunlóquio inicial da frase: *exoneração originada por...* A cessação não se produz em todas as hipóteses que ali se mencionam, mas essas hipóteses podem dar origem à exoneração. Quando há exoneração, fica configurada como causa.

Na Lei de licenças n. 10.684, aprovada justamente no ano da lei principal, a que nos referimos - ou seja, em 17.12.45 -, se estabelece no art. 7º: "Nos casos de alienação a título universal ou singular do estabelecimento comercial ou industrial, escritório, etc., o adquirente e o alienante serão solidariamente responsáveis pelo pagamento dos dias de férias devidos". Essa disposição é mais significativa ainda se levarmos em conta o art. 8º, que diz: "Tanto no caso de ruptura do contrato de trabalho como de cessação de atividades por encerramento definitivo do estabelecimento comercial ou industrial, escritório, etc., excluída a hipótese de falência ou concurso de credores, o patrão estará obrigado a pagar ao trabalhador a importância dos dias de férias devidos até esse momento, salvo se for aplicável o sistema de carimbos, quando deverá ser seguido o procedimento indicado na regulamentação".

Como se vê, o legislador distinguiu claramente os dois casos: quando o estabelecimento encerra suas atividades, ou fecha, o empregador paga ao empregado, de imediato, os dias de férias pendentes até esse momento; quando se transfere o estabelecimento, há responsabilidade solidária do alienante e adquirente, o que significa que goza as férias no fim do ano, porque o contrato continua. Bem diversos os procedimentos em um caso e em outro.

O critério se confirma e esclarece no decreto regulamentar de 7.1.47, cujo art. 23 dispõe: "Em casos como os de venda, transferência, mudança de firma, encerramento ou dissolução da sociedade, os empregados ou operários beneficiários de licença anual que sejam despedidos, têm direito de receber em dinheiro a importância dos soldos ou salários que teriam percebido durante o período ou períodos de licença total ou parcial não gozada. O novo patrão ou firma que juridicamente suceda ao anterior responde solidariamente com o empregador pelo cumprimento da licença anual, a não ser que o pessoal continue a seu serviço, hipótese na qual se levará em conta a antigüidade no estabelecimento, anteriormente à mudança de firma, transferência, etc.".

Resumimos as normas aprovadas nas mesmas épocas em que foi promulgada a lei de 15.12.44, porém encontramos textos similares na Lei n. 12.590, de 23.12.58 (art. 13), e decreto regulamentar de 26.4.62 (art. 27), que são os que atualmente vigoram.

De modo que a interpretação que damos ao texto legal, além de ser a que considera a totalidade das palavras nele empregadas, é a mais coerente com o conjunto das disposições vigentes.

148. A fundamentação da indenização por despedida

Ocorre o mesmo com os princípios doutrinários mais aceitos. Não é necessário reiterar aqui as idéias sobre continuidade da relação de trabalho, apesar da mudança de empregador, que acabamos de expor. Ao contrário, julgamos útil lembrar a natureza da indenização por despedida.

Sem intenção de aprofundar as diversas doutrinas expostas sobre a natureza jurídica desse instituto, é indubitável que todas elas partem do pressuposto de que a despedida causa um dano que deve ser compensado. Como decorre até da própria palavra utilizada (*indenização*), trata-se de uma forma tarifária de compensar um dano, porque se esse dano não existe, vez que o trabalhador continua trabalhando em igualdade de condições, não se justifica nenhum pagamento.

Naturalmente, para que exista esse dano, é indispensável respeitar a antigüidade gerada no primitivo emprego. E para isso não é necessário um reconhecimento expresso do novo empregador nem qualquer esclarecimento ou documentação, já que a antigüidade opera como fato⁴⁶⁷, à margem da vontade das pessoas e das disposições escritas⁴⁶⁸.

O próprio *De Ferrari* descreve em termos sumamente felizes esse fenômeno, ao anotar que:

"Em nossos dias se percebeu muito bem que a antigüidade - que aparentemente nasce e morre com o contrato - é, todavia, um elemento exterior a ele, destinado contudo a influir sobre a relação de trabalho, tanto quanto a vontade das partes. Com efeito, com independência dos contratantes e, sobretudo, da vontade do patrão, o tempo transcorre em benefício do trabalhador. Os anos, à medida que passam, vão modificando os salários, mudando as categorias, aumentando o montante das indenizações, determinando o direito à aposentadoria. Em muitos países dá direito a férias mais prolongadas e a tratamentos especiais em caso de enfermidade. Em geral, o tempo adentra no exercício de um ofício, vai colocando o trabalhador em contato com os segredos e particularidades da atividade a que se dedica, o insere na ordem hierárquica e o familiariza com um setor determinado da economia. Sobretudo, vincula-o - não por elementos subjetivos, mas de modo objetivo - ao lugar da prestação do serviço, a uma determinada organização de elementos e práticas de trabalho e, desta maneira, a antigüidade, como uma circunstância puramente objetiva, é um fato que se produz independentemente da vontade das partes e que subsiste muitas vezes quando o contrato termina, porque não marca a duração dos vínculos jurídicos, mas a relação do homem com o lugar de trabalho, na medida em que essa relação pode ser suscetível de uma apreciação econômica e moral.

"Por isso se vem entendendo ultimamente que a antigüidade é um fato alheio à convenção, como o sexo, a idade e a profissão. Refere-se à pessoa do trabalhador e ao lugar da prestação do serviço e nada tem a ver com a duração do contrato, nem - como fato que por si só gera efeitos jurídicos - nada tem a ver tampouco com as mudanças que se produzam na direção ou propriedade da empresa"⁴⁶⁹.

Em consequência, não havendo dano, não cabe indenização.

Por isso mesmo, *Albanell Mac Coll* afirma que a tese de despedida técnica está em contradição com os fundamentos que deram origem historicamente à indenização em nosso país⁴⁷⁰, e abusiva porque determinaria um enriquecimento sem causa de certos trabalhadores, em prejuízo de muitos outros, porque a aplicação dessa tese engendraria uma dificuldade prática tão grande que entorpeceria muitas possíveis transferências e determinaria, em consequência, o esgotamento de muitas fontes de trabalho, que é o que substancialmente interessa à classe trabalhadora como tal⁴⁷¹.

149. O respeito ao trabalhador

Finalmente, destaquemos que não é válido o argumento da falta de respeito às pessoas, exposto por *Peretti Griva*.

Desde logo porque, como dissemos, a tese da continuidade dos contratos está baseada no princípio da estabilidade, que foi estabelecido em benefício do trabalhador.

Porém, além disso, como assinalou *De Litala*, se o trabalhador pode justificar de alguma maneira a existência de uma razão séria para se opor a continuar trabalhando sob ordens do novo empregador, considera-se que tem pleno direito de se opor e portanto de se considerar despedido⁴⁷².

150. Recusa da despedida técnica

Toda essa série de considerações, de tão variada procedência, converge no sentido de conduzir a um mesmo resultado: rechaçar a idéia de despedida técnica e, em conseqüência, a afirmação de que os contratos de trabalho continuam, apesar de se ter operado uma substituição do empregador ou alguma modificação em sua composição, se se trata de pessoa moral.

151. Quando a transferência põe fim ao contrato

Mas as particularizações que efetuamos ao final das mesmas, acolhendo idéias de *De Litala* sobre a possibilidade de o trabalhador de invocar razões legítimas para se recusar a continuar trabalhando para o novo empregador, demonstra que nem toda transferência, qualquer que seja sua forma e circunstância, mantém intacto o contrato de trabalho. Em certos casos pode significar uma alteração substancial do contrato, que motive a fundada resistência do trabalhador.

Contudo, observemos que em tais hipóteses não é propriamente a mudança do empregador que determina a ruptura do contrato, mas a modificação substancial que ela provoca ou representa.

Dito de outra maneira: a modificação substancial importa no que se chamou uma alteração rescisiva do contrato de trabalho. Mas é a modificação substancial e não a simples mudança de empregador que determina a ruptura do contrato. Ilustraremos essa idéia precisamente com um exemplo que se costuma dar dos casos em que se justifica a resistência do trabalhador de continuar com um novo empregador. Geralmente se evoca o jornalista empregado de um diário que muda de orientação política, em razão da mudança de empregador. Na realidade, aqui o que rompe o contrato não é a mudança da pessoa do empregador, mas a mudança de orientação política do diário, que pode ocorrer ainda quando não mude o empregador, se for este que modifique sua orientação política. De igual modo, podem-se apresentar outros exemplos similares.

Para se poder medir se a modificação é suficientemente grave para determinar a ruptura do contrato, *Barbagelata* dá a entender que o melhor critério é a decisão do empregado. Devem existir causas sérias, de cuja existência constitui um índice a atitude do interessado⁴⁷³.

Deveali sustenta que a obrigação do trabalhador, de aceitar a substituição do antigo empregador pelo cessionário da empresa, justifica-se pela tendência do Direito do Trabalho de dar primazia ao elemento objetivo da empresa, sobre o elemento subjetivo da pessoa do empregador. Porém essa tendência é admissível unicamente quando se trate de uma empresa de caráter comercial, mas não no caso de uma atividade civil ou de caráter agrícola. Enquanto no caso do trabalho mercantil torna-se fácil admitir - ao menos na maioria dos casos - que o contrato de trabalho tem caráter pessoal unicamente em relação ao trabalhador e não em relação ao empregador, o mesmo não ocorre normalmente nas atividades civis ou agrícolas. Na generalidade dos casos é indiferente para o operário de uma fábrica que esta pertença a uma pessoa ou a outra, a uma sociedade ou a outra. É freqüente o caso do operário que não conhece, nem lhe interessa conhecer, quem é o dono da fábrica onde trabalha, com o qual não tem nenhuma relação direta. Diversa é a situação da secretária de um escritório profissional ou do peão de uma fazenda, uma vez que em ambos os casos o elemento pessoal tem transcendência também no que se refere ao empregador. Inclusive, no caso de empresas comerciais muito modestas, nas quais o elemento pessoal do empregador tem sua transcendência, "o trabalhador pode alegar que a cessão modifica substancialmente a situação preexistente, e invocar justa causa para a rescisão do contrato"⁴⁷⁴.

Riva Sanseverino, ao contrário, acredita que no caso de cessão do negócio, o trabalhador deveria ter o direito de considerar que o contrato foi extinto por ato voluntário do empregador e, por conseguinte, se não quiser permanecer sob a dependência do cessionário, poderá reclamar as indenizações por despedidas⁴⁷⁵. Nessa mesma linha, *Carozzi* e *Sarthou* crêem que o trabalhador é livre para aceitar ou não o novo empregador, entendendo que a substituição do patrão é por si mesma uma alteração tão substancial do contrato que sua não-aceitação pelo trabalhador, negando-se a trabalhar para o patrão substituto, gera seu direito à indenização por despedida⁴⁷⁶. Mas se aceita o novo empregador e continua trabalhando, configura-se uma espécie de estipulação entre três partes, que gera uma forma de reconstituição do contrato de trabalho com o novo empregador⁴⁷⁷. Segundo esta tese, a atitude do trabalhador não seria o índice da existência de uma causa, mas um fator, por si mesmo, para determinar a extinção do contrato.

152. Casos especiais. Empresa concessionária substituída por outra

Esta série de particularizações nos introduz no exame de algumas situações especiais que apresentam algumas particularidades.

Um primeiro caso é constituído por uma empresa concessionária cuja concessão termina e é substituída por outra.

De acordo com as idéias expostas até agora, se o pessoal continua na nova empresa concessionária, deve-se considerar que os contratos de trabalho continuam, de forma similar aos demais casos de sucessão de empresas.

A diferença pode surgir relativamente ao pessoal que não continue na empresa concessionária. Ainda que a causa que origina a extinção de um empregador e sua substituição por outro não influa, em geral quanto às conclusões expostas, neste caso podem apresentar algumas particularidades que justificam um exame especial da situação.

Desde logo, se se tivesse pactuado um contrato a termo, isto é, se se houvesse estipulado expressamente que o contrato de trabalho durasse somente enquanto estivesse em vigor a concessão, não se poderia considerar configurada a despedida. Como se sabe, nos contratos de duração determinada, a extinção da relação de trabalho ao término do contrato não constitui despedida nem gera indenização, mas se toma como a conclusão normal do contrato. Mas essa estipulação, para que surta tais efeitos, deve ficar muito claramente formulada, o que não costuma ocorrer nesse caso, porque não interessa à empresa concessionária converter todos os seus contratos de trabalho em contratos com prazo, que durem enquanto se prolongue toda a concessão. Isto significaria que no caso de terminação antecipada dos contratos não se deveria pagar indenização por despedida normal, mas uma indenização por perdas e danos, calculada em função dos prejuízos reais sofridos, o que pode alcançar uma soma equivalente ao montante total da remuneração que o trabalhador poderia perceber até o término do contrato.

Não acreditamos que se possa entender implicitamente acordada esta condição, pelo fato isolado de tratar-se de uma empresa concessionária, já que a concessão pode ter uma duração muito prolongada e pode renovar-se indefinidamente ou não se renovar, em função de múltiplos fatores, inclusive de alguns vinculados à vontade ou à atuação do empregador. Por outro lado, não parece verossímil que a empresa tenha querido assumir o compromisso de manter todo o seu pessoal até a terminação real da concessão.

É mais aceitável a interpretação segundo a qual, no caso de empresas concessionárias, o contrato de trabalho é de duração indeterminada, porém está sujeito a uma condição resolutória que é o término ou a retirada da concessão, já que esta provocará, inevitavelmente, a cessação da atividade.

Não há nenhum impedimento legal, nem doutrinário, para que se celebrem contratos de trabalho submetidos a condição resolutória. Tanto é assim que uma das teorias expostas por autores muito importantes⁴⁷⁸, para explicar a natureza jurídica dos contratos de experiência, se baseia nessa idéia e a objeção que se formulou não é a de que não se pode submeter a condição resolutória um contrato de trabalho, mas a de que na hipótese do contrato de experiência não cabe admitir essa explicação, porque a terminação do contrato ficaria submetida, nesse caso, a uma condição potestativa⁴⁷⁹.

Ademais, ainda que a matéria não tenha sido especialmente estudada por causa de sua raridade, diversos autores admitem a possibilidade de submeter o contrato de trabalho a condições⁴⁸⁰.

Pensamos que a admissibilidade desta interpretação deriva de que as circunstâncias exteriores o tornem ostensivo, isto é, que se trate de um caso claro, no qual o empregador, pela atividade que desempenhe, desenvolva inequivocamente uma função outorgada por concessão das que se concedem precariamente.

153. Empresa privada adquirida pelo Estado

Um segundo caso é constituído por uma empresa privada, adquirida pelo Estado.

O problema ocorreu com bastante freqüência nos últimos tempos, como resultado do processo de nacionalização de empresas, que se vai produzindo por diversos motivos em quase todos os países, qualquer que seja o signo ideológico com o qual se possa caracterizar seu regime político⁴⁸¹.

Nesse sentido, a principal variante que se introduz sobre o problema central, que permanece colocado nos mesmos termos essenciais, é a que deriva da mudança de condição de trabalhador privado, que se converte em funcionário público.

Essa conversão, que, em outros tempos, poderia ter sido muito importante, foi perdendo o significado na medida em que o regime de trabalho aplicável aos funcionários públicos e aos trabalhadores privados tornou-se cada vez mais semelhante⁴⁸².

Se acrescentarmos que o Estado no momento da aquisição costuma fazer um reconhecimento expresso da antigüidade adquirida e do nível de benefícios obtidos na empresa privada - o que parece, no caso, imprescindível, porque não é fácil a aplicação da tese da continuidade do contrato de trabalho com empregador diverso-, explica-se que esse processo de translação de tantas empresas do setor privado para o setor público se haja realizado sem maiores conflitos com o pessoal.

Contudo, pensamos que continua havendo uma alteração suficientemente importante para que o trabalhador tenha a opção de decidir se prefere dar-se por despedido - e cobrar a indenização - ou se, ao contrário, prefere continuar trabalhando na órbita estatal.

Neste aspecto são aplicáveis as conclusões a que chegou a doutrina argentina, que estudou, reiteradamente, o problema⁴⁸³.

154. Empresa privada expropriada pelo Estado

Um terceiro caso, muito similar ao anterior, é o da empresa privada expropriada pelo Estado.

Entendemos que o caráter voluntário ou forçoso da transferência da empresa não tem por que influir na solução deste problema. Por isso, pensamos que são perfeitamente aplicáveis as conclusões a que chegamos no caso anterior.

Podemos, não obstante, citar a respeito uma norma do direito positivo uruguaio, muito original, contida na Lei n. 14.142, de 3.7.73, que determinou a expropriação do patrimônio da Compañía del Gas y Dique Seco de Montevideo Limitada. A situação tinha algumas particularidades, uma vez que a empresa anunciou publicamente que abandonaria a exploração a partir de 31 de dezembro de 1970, o que determinou que o Poder Executivo designasse uma Comissão Interventora encarregada da continuação da exploração, que prosseguiu com o funcionamento dos serviços e manteve, por conseguinte, a fonte de trabalho do pessoal, o que não mudou seu regime de trabalho nem impôs diminuição em seus direitos. Mas essa manutenção da atividade da exploração e do trabalho do pessoal, que nada sofreu em seus direitos, derivou da atitude do Estado e não da empresa. Diante da dúvida sobre se nessas condições tão especiais cabia responsabilidade da empresa diante de seus trabalhadores, o legislador incluiu na lei de desapropriação do patrimônio da Companhia uma norma legal inovadora, transferindo para a órbita judicial tanto o problema a respeito do cabimento da indenização por despedida do pessoal como o da repercussão da solução desta matéria no montante do preço da desapropriação. O texto da disposição legal é o seguinte: "Art. 4º - O juiz da desapropriação deverá se pronunciar igualmente sobre se, nas circunstâncias concretas do caso - formal abandono do serviço -, se ope-

(483) *Krotoschin*: "Situación frente al Derecho del Trabajo del personal de empresas transferidas al Estado", na revista "La Ley", t. 47, pág. 387; *Deveali*: "Situación de los dependientes en el caso de cesión del negocio al Estado", na revista "Derecho del Trabajo", t. VII, pág. 65; *Germán J. Bidart Campos*, no "Régimen de los dependientes de empresas del Estado", no t. III do "Tratado de Derecho del Trabajo", dirigido por *Deveali*. pág. 179.

rou ou não despedida de seus operários e empregados, por parte da expropriada, ou se, em virtude da intervenção do Estado, originou-se, para ela, um enriquecimento indevido, ao evitar-lhe incorrer nessa responsabilidade. No caso de se chegar a decisão em sentido afirmativo, em qualquer das duas hipóteses, a sentença liquidará a soma correspondente, que integrará o passivo para os efeitos do art. 3º.

Outro exemplo muito peculiar é ministrado pela Lei n. 14.332, de 23. 12.74, que autoriza três bancos privados, objeto de intervenção, a arbitrar soluções para sua sobrevivência, e prevê diversas normas para sua liquidação no caso de aquelas não serem aceitas. Entre elas figura o art. 10, cujo texto é o seguinte: "O Banco Central do Uruguai proporá ao Poder Executivo as soluções a serem estipuladas relativamente aos funcionários das empresas liquidadas. Quando o Estado se desincumbir das obrigações do empregador se constituirá, *ipso jure*, em credor da empresa pelo custo total que teria importado à mesma a despedida do referido pessoal, na data da transferência das obrigações do empregador".

Como se vê, esta lei já dá por resolvida a questão que a Lei n. 14.142 submetia à justiça, ou seja, que não cabia o pagamento de indenização por despedida, quando o Estado se encarregasse das obrigações do empregador, porém a importância paga aos trabalhadores privados deve ser reembolsada ao Estado.

155. Empresa privada expropriada por um município

Um quarto caso que pode ser examinado é o de uma empresa particular adquirida ou expropriada por um município, para evitar seu fechamento com as consequências prejudiciais que isso acarreta para o pessoal e, indiretamente, para toda a economia regional.

Entendemos que, embora continue sendo uma exploração industrial no mesmo ambiente físico do estabelecimento privado, deve-se considerar que, a partir do momento em que passa a pertencer ao Município ou a algum órgão autônomo dele derivado, a situação do pessoal muda de trabalhador privado para funcionário público, tanto no plano de sua estabilidade quanto no plano de suas remunerações e benefícios⁴⁸⁴.

Em consequência, é de aplicar-se o esclarecimento que formulamos sobre a opção, que fica atribuída ao trabalhador, para decidir se trabalha no novo ente ou organismo municipal, ou se prefere dar-se por despedido.

156. Organismo paraestatal absorvido pelo Estado

Um quinto caso é o de um organismo paraestatal que tenha sido absorvido pelo Estado.

Cabe aqui a aplicação dos critérios gerais que vimos expondo, já que, no fundo, constitui uma nova variante de trabalhador privado (com certas particularidades derivadas das normas contidas na lei de criação de cada órgão paraestatal) que se converte em funcionário público⁴⁸⁵.

Cremos ser especialmente aplicável a particularização quanto à opção que tem cada trabalhador, para decidir se prefere dar-se por despedido ou continuar a relação trabalhista, apesar da mudança do estatuto jurídico ao qual continuará submetido.

Pode haver motivos de diferente índole que fundamentem a negativa do trabalhador, especialmente no caso, bastante comum, em que o empregado do organismo paraestatal já fosse funcionário público ou gozasse de aposentadoria como funcionário público, pois pode-se cogitar da impossibilidade legal de cumulação de dois cargos públicos, e da proibição, aos beneficiários de uma Caixa de Aposentadoria, de prosseguir trabalhando nas atividades compreendidas na mesma Caixa⁴⁸⁶.

157. Pessoal de empresas particulares absorvido por outras empresas

Um sexto caso - bastante peculiar de nosso direito - é o das empresas particulares que absorvem pessoal de outras empresas que desaparecem como tais.

Aludimos neste momento à situação do pessoal dos bancos que fecharam em consequência da crise bancária ocorrida no Uruguai, em 1965.

A Lei n. 13.331, de 13.5.65, estabeleceu um regime que devemos descrever na íntegra, dada a sua originalidade e complexidade. O art. 1º dispõe o seguinte:

"O pessoal dos bancos atualmente sob intervenção ou em liquidação, e daqueles que, em consequência da atual crise bancária, puderem ficar em idêntica situação, manterá a continuidade de suas fontes de trabalho, sendo absorvidos pelos bancos privados, de acordo com as seguintes normas:

a) Uma Comissão Administradora composta por um delegado da Associação de Bancos do Uruguai, outro da Associação de Bancários, e por um terceiro, designado pela Caixa de Aposentadorias Bancárias, providenciará uma lista dos funcionários em condições de ficar sem emprego, da qual cada instituição deverá absorver os que corresponderem à quota que for estabelecida, sem prejuízo de tomar os que considere necessários, que integrarão sua quota.

b) Para os efeitos do ingresso nas instituições que devem absorver os funcionários desempregados, serão adotadas pela Comissão Administradora as medidas necessárias, a fim de que os mesmos não tenham períodos de inatividade, sendo levadas em conta as seguintes normas:

1) Os salários serão sempre os fixados pela Convenção Coletiva de Trabalho, de acordo com a categoria do empregado e sua efetiva antiguidade na mesma, dentro do limite máximo de salário correspondente ao grau 49 da escala-padrão.

2) Os cargos que os funcionários ocupavam nas instituições de onde provêm serão mantidos da seguinte forma:

I) Os que tiverem menos de 9 anos de serviços bancários efetivos, seja qual for seu cargo, passarão a ser auxiliares.

II) Os subchefes que tiverem 9 ou mais anos de serviços bancários efetivos manterão sua categoria.

III) Os chefes que tiverem 15 ou mais anos de serviços bancários efetivos manterão seu cargo.

IV) Os cargos superiores a chefes com 15 ou mais anos de serviços bancários efetivos serão rebaixados à categoria de chefe.

V) Os cargos de chefe e superiores a chefe, com menos de 15 anos de serviços bancários efetivos e mais de 9, passarão a subchefe. Estas disposições não modificarão as normas contidas na Convenção Coletiva.

3) A data para o cômputo das antiguidades mencionadas é a do ingresso na instituição absorvente.

c) Os funcionários que não admitirem o ingresso em uma instituição determinada, ou sua inclusão na lista feita pela Comissão Administradora, ficarão excluídos dos benefícios desta lei.

d) Fica criada uma Comissão Paritária, composta por dois membros designados pela Associação de Bancos e dois designados pela Associação de Bancários, que terá a função de qualificar, de ofício ou a pedido das instituições bancárias ou da Associação de Bancários, os antecedentes pessoais e funcionais dos empregados dos bancos a que se refere esta lei, com o fim de determinar se existem fundamentos para excluir o empregado dos benefícios que esta lei lhes outorga. Para decidir sobre a exclusão, requer-se unanimidade de votos".

Este último inciso *d* foi completado pela Lei n. 13.567, de 26.10.66, que incorporou os parágrafos seguintes:

"As resoluções adotadas pela Comissão Paritária deverão ser fundamentadas e comprovadas, devendo ser colocadas à disposição do funcionário interessado a seu requerimento. Os funcionários excluídos dos benefícios desta lei poderão recorrer, dentro de 20 dias da notificação da resolução adotada pela Comissão Paritária, perante um Tribunal integrado por um delegado desta, um da Caixa de Aposentadorias Bancárias e outro dos diretores dos Bancos oficiais, formalizando o recurso de apelação.

"Para a prova que qualquer das partes desejar realizar, haverá um prazo de 10 dias, findo o qual serão os autos levados à conclusão.

"O Tribunal deverá pronunciar-se dentro do prazo de 30 dias, a partir do momento da disposição dos antecedentes, e sua resolução será irrevogável.

"A interposição do recurso de apelação terá efeito suspensivo da resolução da Comissão Paritária. Para tais efeitos, as obrigações da instituição bancária de que procede o recorrente serão prolongadas por um prazo máximo de 60 dias".

Além disso, o art. 2º da Lei n. 13.331 acrescenta: "A partir da publicação desta lei, até findar o período de absorção de todo o pessoal dos bancos sob intervenção ou em liquidação, terão os bancos o direito à iniciativa para promover, perante a Caixa de Aposentadorias Bancárias, a aposentadoria dos integrantes de seu pessoal que somarem o número 90, entre anos de idade e de serviço (art. 15, letra *a*, do Dec.-Lei n. 10.331, de 29.1.43). Nesses casos, as empresas não terão que abonar nenhuma contribuição a título de indenização ou contribuição intermediária (inciso I do art. 8º do Dec.-Lei n. 10.331, de 29.1.43)".

Por sua vez, o art. 3º estipula: "As aquisições de sucursais ou dependências por parte dos bancos deverão necessariamente incluir a sucessão dos contratos de trabalho das pessoas que são seus funcionários, salvo expressa autorização em contrário da Comissão Administradora. Não obstante, autorizará as transferências do pessoal dessas sucursais ou agências, nos casos em que seja necessário. As absorções de pessoal que estas aquisições implicarem serão sem prejuízo da quota normal".

O art. 5º dispõe:

"Não estarão compreendidas nos benefícios desta lei as pessoas que puderem aposentar-se com proventos que, no momento do fechamento da instituição sob intervenção ou em liquidação, seja superior a 80% de seu salário.

"Tampouco o estará o pessoal dos bancos sob intervenção ou em liquidação que, por sua antigüidade bancária real no momento da intervenção em seu banco e sem levarem conta seu cargo ou categoria, não alcançar o grau 9 das escalas-padrão da Convenção Coletiva de Trabalho do banco privado".

Todo esse regime que quisemos descrever textual e minuciosamente, para que se possa entendê-lo em sua plenitude, confirma a falta do caráter *intuitu personae* do contrato de trabalho na parte empregadora.

Mas sua grande particularidade consiste em sua força obrigatória. Claro que seu caráter excepcional de emergência leva a admitir uma série de modificações nos contratos. A absorção não consistiu na transferência pura e simples dos contratos de trabalho dos empregados dos bancos fechados para os bancos subsistentes. Foi introduzida uma série de restrições:

a) na remuneração: o item 1º estabelece o limite máximo do salário correspondente ao grau 49 da escala-padrão;

b) na categoria: no regime descrito no item 2º se incluem várias hipóteses em que as categorias são rebaixadas: incisos I, IV e V;

c) no âmbito de aplicação: o art. 5º exclui tanto os que não chegarem ao grau 9 da escala-padrão como os que puderem aposentar-se com proventos equivalentes a 80% de seu salário; e

d) no automatismo de sua absorção, já que o item *d* admite certo condicionamento em função dos antecedentes pessoais e funcionais dos empregados, embora se haja procurado afastar, dentro do possível, o caráter discricionário e arbitrário, instaurando um sistema de controle.

Sirva, pois, esta descrição como antecedente; mas seu próprio particularismo impede que seja tomado como modelo, cuja aplicação se pudesse pretender por via da analogia.

158. Transferência de uma empresa para uma cooperativa formada por seu pessoal

Um sétimo caso - que tem começado a proliferar nos últimos tempos - consiste na transferência de uma empresa que passa das mãos do empregador para uma cooperativa de produção formada pelo conjunto do pessoal.

Tal solução tem sido incentivada pelas franquias fiscais e creditícias concedidas às cooperativas de produção⁴⁸⁷, pelo desejo de muitos empregadores de evitar complicações que pressupõem uma empresa em dificuldades financeiras e pelo desejo manifesto e compreensível do pessoal de conservar sua fonte de trabalho.

Nesse caso, entendemos que não é possível aplicar a *mesma* solução adotada para os demais casos de transferência:

a) é muito difícil admitir a continuidade dos contratos de trabalho com uma simples mudança de empregador, quando é o próprio trabalhador que se converte, de alguma forma, em seu empregador, através da cooperativa. Além disso, não parece lógico que, como consequência de uma atitude dos trabalhadores que assumem certo risco enquanto adquirem uma série de responsabilidades econômicas e administrativas, percam estes o direito à indenização e seja o empregador beneficiado com a isenção desta responsabilidade que lhe caberia no caso de fechamento do estabelecimento, se os trabalhadores não tivessem resolvido organizar a cooperativa e realizar todos os esforços que ela impõe; e

b) o pessoal não mantém os mesmos direitos da situação anterior, porquanto o art. 4º da Lei n. 13.481, de 23.6.66, estabelece expressamente que serão consideradas aplicáveis a todos os trabalhadores que prestarem serviços nas cooperativas, qualquer que seja sua qualificação, as normas de proteção da legislação trabalhista e previdenciária, com exceção - no que concerne aos sócios - das normas sobre indenização por despedida.

Adverta-se que, embora no caso dos funcionários públicos também se perca o direito à indenização por despedida, fica ele suprido e substituído com vantagem pelo regime melhor da estabilidade que, de um modo geral, protege o funcionário público.

Em consequência, de acordo com essas idéias, teria direito à indenização por despedida tanto o trabalhador que participa da cooperativa como sócio, como aquele que se nega a entrar nela, salvo se continuar prestando serviços como mero trabalhador subordinado, dentro da porcentagem permitida, já que para este sim, produziu-se uma simples mudança de empregador, sem prejuízo para seus direitos.

Claro que, na prática, pode ocorrer que o montante da indenização por despedida dos trabalhadores que fazem parte da cooperativa não possa efetivamente ser cobrado, porém computado no preço da aquisição.

159. Transferência de um órgão público para uma empresa de economia mista

Nos últimos anos, a política predominante de redução do Estado tem gerado uma tendência inversa à existente anteriormente, que é voltada para a privatização das empresas públicas.

Referimo-nos concretamente à Lei de Empresas Públicas n. 16.211, de 10.10.91.

A Lei de Empresas Públicas, em consequência da redução de seu conteúdo determinado pelo *referendum* de 13.12.92⁴⁸⁸, limitou-se substancialmente a autorizar a conversão da PLUNA (a companhia aérea uruguaia), que até então era um ente autônomo estatal numa empresa de economia mista.

O art. 28 da dita norma dispõe que sua aplicação não afetará os direitos dos funcionários públicos compreendidos, que terão três opções:

- 1) recorrer aos benefícios estabelecidos nos art. 32 a 36 da Lei n. 16.127, de 7.8.90, conhecida como a Lei dos Funcionários Públicos, que estabelecem um regime de incentivos para quem renunciar à função pública;
- 2) ser redistribuídos de acordo com o estabelecido na mesma Lei n. 16.127;
- 3) aceitar a admissão na nova empresa no regime de direito privado, mantidos suas retribuições e seus níveis hierárquicos, sem prejuízo das limitações impostas pela reorganização dos serviços.

No que diz respeito à PLUNA, esta disposição foi regulamentada pelo Decreto n. 722/91, de 30.12.91, cujo art. 31 regula os direitos de opção dos funcionários.

O decreto introduz um tema que não estava previsto na lei: distingue um regime transitório e um regime definitivo.

O regime transitório compreende o período que transcorre desde a data que se estabeleça nos documentos até o momento em que expira o prazo de os funcionários fazerem uso da opção.

Durante esse período transitório, os funcionários dos quais a entidade não precisar para o cumprimento de suas obrigações passarão a ter desempenho na sociedade de economia mista, mantendo seu atual estatuto jurídico e mantendo todos os direitos de que gozam atualmente.

É uma transferência global (compreende todos os funcionários não necessários à entidade), obrigatória ("passarão") e clara quanto aos direitos (mantém os direitos atuais).

O regime definitivo, em vez, é particularizado (àqueles a quem a sociedade de economia mista o ofereça), voluntário (aceita-se ou não, livremente), pouco claro (porque mantém as retribuições e níveis hierárquicos, sem prejuízo das limitações impostas pela reorganização dos serviços).

Este período nasce a partir do momento em que o funcionário opta pela terceira alternativa: aceitar a admissão na nova empresa.

Quando o funcionário convocado deve optar, a quem é dado continuar?

Há primeiro um prazo de 90 dias para que a empresa ofereça aos funcionários que entrem em seus planos a possibilidade de fazer parte de seu pessoal.

Há um segundo prazo de 90 dias, a partir da notificação do oferecimento ou do vencimento dos 90 dias, se não se produzir o oferecimento.

Nesse prazo, os funcionários podem fazer uso da opção por uma das três alternativas.

Uma vez notificada a opção ou vencido o prazo de 90 dias, termina o período provisório e o funcionário fica definitivamente incorporado à sociedade de economia mista, se optou por isso, ou fica desvinculado do órgão, se optou pelas outras alternativas ou deixa passar o prazo sem fazer nenhuma opção.

O decreto esclarece que a opção pelas duas primeiras alternativas poderá realizar-se a partir da data posta no documento e que, para optar pela primeira alternativa (recorrer à Lei n. 16.127, de funcionários públicos), se requer um tempo de serviço mínimo e ininterrupto de cinco anos.

Qual é a consequência da opção do trabalhador de ser admitido pela sociedade de economia mista? Ou seja, que se assegura ao funcionário que passa a ser trabalhador privado?

Há um só artigo - o 32, que tem como título "Poder disciplinar" - que diz o seguinte:

"O poder disciplinar será exercido provisoriamente pela empresa e as sanções que se apliquem serão submetidas à aprovação da Diretoria da PLUNA; com exceção da destituição que só pode ser feita pela Diretoria da PLUNA.

"Será também faculdade da PLUNA declarar a vaga por abandono de cargo, nos casos em que a empresa que integra lhe comunicar a ausência do trabalhador durante mais de 15 dias ininterruptos".

Trata-se de disposição de redação pouco feliz.

A expressão "provisoriamente" utilizada no primeiro parágrafo pode ser entendida em dois sentidos:

a) durante o período transitório, o que significa que, no período definitivo, a sociedade de economia mista poderá agir da mesma forma que todo setor privado.

b) preliminar ou primariamente, o que significa que, diante dos fatos que motivam a aplicação do regime disciplinar, a sociedade de economia mista age de imediato, mas *ad referendum*, ou seja, deve submeter a medida à confirmação da Diretoria do Órgão.

Há razões para defender qualquer dos dois sentidos, inclusive os dois simultaneamente, talvez a forma mais lógica de entendê-la.

A outra infelicidade de redação é distinguir a destituição de todas as demais sanções.

Nas outras sanções, a sanção se aplica, mas provisoriamente, submetendo-a à ratificação da Diretoria do Órgão.

Na destituição, a sociedade de economia mista faz apenas propor a destituição que deve ser decidida pela Diretoria do Órgão.

Mas essa distinção poderia ter sido expressa com mais clareza e simplicidade.

O último parágrafo não constitui uma garantia, mas a tipificação de uma causa de perda do cargo por abandono.

Será também facultado à PLUNA declarar a vacância por abandono de emprego, nos casos em que a empresa que integre lhe comunicar as faltas seguidas do trabalhador por mais de 15 dias.

Não se cria uma nova causa de destituição, mas a aplicação ao caso de uma causa estabelecida para os funcionários públicos pelas Leis ns. 7.519 e 7.813. Mas nas citadas leis se dispõe sempre que a causa seja injustificada e se exige o sumário para justificar a existência ou inexistência dessa causa. Parece evidente que, se a causa é de doença, não se justifica a declaração de abandono. Todavia, o decreto omite toda distinção, ou seja, a transcrição foi incompleta porque se omitiu a palavra-chave: injustificada.

Essa mesma causa confirma que este sistema disciplinar, previsto nesses artigos, só rege no período provisório, no qual os funcionários continuam sob um regime de direito público.

Para o período definitivo, não há norma alguma, por isso se poderia afirmar que estão regidos por um regime de direito privado, podendo ser despedidos como em toda atividade privada.

Mas há um entendimento implícito - um sobreentendimento - de que, salvo por justas causas supervenientes ou por reorganização dos serviços, não devem ser despedidos.

E aqui se põe outro problema: o funcionário que optou por ingressar na mesma empresa mantém a antigüidade no Órgão?

Inclinamo-nos pela resposta negativa por várias razões.

A primeira é a letra da disposição. Aceita-se o ingresso na nova empresa, sob um regime de direito privado. Anteriormente havia funcionado num regime de direito público.

A segunda é que o texto da lei reza que são mantidas suas retribuições e níveis hierárquicos. Ao que parece, é só o que se mantém. Se mantivesse a antigüidade, teria incluído a alusão correspondente, tão fácil de mencionar.

Esta norma legal, que acabamos de resumir, não estabelece a continuidade do regime dos funcionários públicos para os trabalhadores que passam à atividade privada. De todas as maneiras, trata-se, por meio do regime de opções, de contemplar, de alguma forma, os trabalhadores para que mantenham suas ocupações. Nesse sentido, esta lei constitui um símbolo de que a política de privatização não favorece a continuidade.

160. Problemas decorrentes da substituição de patrões

Exposto o problema básico que consiste em determinar se a substituição de empregador produz ou não a ruptura ou o término do contrato de trabalho, passaremos a examinar duas séries de problemas, que consideramos acessórios.

161. Responsabilidade da nova empresa pelas dívidas trabalhistas da empresa anterior

Em primeiro lugar, os que se relacionam com a responsabilidade da nova empresa com respeito aos créditos trabalhistas existentes contra a primitiva empresa.

Com efeito, ao transferir-se uma empresa, além do passivo comercial próprio do giro ou atividade que desenvolve, pode existir - melhor seria dizer costuma existir - um passivo que geralmente não aparece na documentação contábil nem se apresenta dentro do prazo previsto nos avisos que convocam os credores. É muito freqüente que, ao longo da vida de cada contrato de trabalho, vão surgindo diferenças em razão dos salários que originam, em certo momento, reclamações que, por sua vez, repercutem nos outros benefícios de caráter trabalhista, cujo montante está determinado pela importância do salário. Todas essas eventuais dívidas que hajam surgido são transmitidas ao adquirente da empresa?

Entendemos que cabe uma distinção básica inicial: a) se o adquirente assume o encargo do ativo e do passivo da empresa alienada; b) se a empresa é transferida sem que se faça menção especial do passivo.

No primeiro caso, a referência expressa à transmissão do passivo elimina todo o problema. Os problemas, na realidade, surgem somente no segundo caso, isto é, quando não haja ocorrido uma admissão expressa do passivo.

Cremos que a solução para todos esses problemas é influenciada pela decisão que tomarmos sobre a questão de fundo anterior: se permanecem os mesmos contratos de trabalho com uma simples mudança de empregador, a mesma empresa - ainda quando esteja total ou parcialmente a cargo de outro titular - continua como devedora de todas as obrigações trabalhistas pendentes, embora tenham sido originadas anteriormente. Somente se se parte do pressuposto de que não continuam os mesmos contratos de trabalho é que se deve procurar a solução a respeito de cada um dos diferentes benefícios, analisando-os à luz de cada uma das disposições vigentes.

Sarthou - para quem seria cômoda, mas não adequada às normas vigentes, a consideração da empresa como uma universalidade jurídica, cuja transferência transmite automaticamente todas as dívidas pendentes emergentes dos contratos de trabalho - realiza um prolixo e minucioso estudo das diversas situações, que procuraremos resumir nas linhas seguintes⁴⁸⁹.

Em primeiro lugar, deve-se estabelecer uma distinção, conforme o tipo de benefício previsto: a) salário; b) indenização por despedida; c) gratificação anual complementar; d) férias.

Quanto ao salário, distingue segundo tenham sido cumpridos ou não os requisitos previstos na Lei n. 2.904, de 26.9.04, que regulamenta a transferência de estabelecimentos comerciais, e que estabelece a solidariedade do comprador a respeito da totalidade do passivo da empresa, quando não forem efetuadas as publicações, chamando os credores para receber seus créditos, e a solidariedade parcial do comprador somente quanto ao passivo apresentado ou que conste nos livros da empresa, quando se cumpriu requisito da publicação dos avisos⁴⁹⁰.

Quando as partes que intervêm na alienação do estabelecimento não houverem efetuado as publicações legais, ou quando, tendo-as realizado, os trabalhadores credores por salários se hajam apresentado e figurem seu direito ou créditos nos livros da empresa, tais créditos de natureza trabalhista seguem o regime geral dos demais créditos, ou seja, o adquirente se toma solidariamente responsável.

O problema é mais complexo quando os empregados ou operários se omitem em apresentar seu crédito trabalhista dentro do prazo fixado por essa lei. Cabe então nova distinção, conforme tenha o trabalhador deixado de atuar na empresa ou nela permaneça atuando.

Se deixou de atuar, entende o autor, embora reconhecendo a existência de importantes argumentos em sentido oposto, que é cabível sustentar a solidariedade do adquirente, em virtude das seguintes considerações: a) irrenunciabilidade dos direitos e benefícios outorgados pelas normas de direito trabalhista; b) interesse fundamental da coletividade no cumprimento do salário mínimo; c) estando o trabalhador desvinculado da empresa, quando se efetua o chamamento dos credores, não tem conhecimento da alienação ou, se o tem, será em forma casual e muitas vezes após vencido o prazo.

Se não deixou de trabalhar na empresa, considera que há um argumento adicional derivado da pressuposição da falta de liberdade para reclamar, máxime quando essa apresentação implica certo grau de desconfiança no cumprimento de suas obrigações por parte do atual empregador⁴⁹¹.

Quanto à despedida, *Sarthou* prevê várias situações diferentes: a) o vendedor da empresa pode haver despedido, antes da data da venda do estabelecimento e por causas alheias à transação, um ou mais empregados, e ficar em débito para com eles sobre a indenização, mediante litígio judicial ou não;

b) a pedido do adquirente da empresa, o vendedor se vê obrigado a despedir um ou mais empregados que o novo dono não quer admitir; e

c) o trabalhador continua com o patrão adquirente; mas logo em seguida é despedido por este.

Para os três casos, o art. 3º da Lei n. 10.570, de 15.12.44, estabelece a responsabilidade subsidiária dos sucessores, já que nos três casos houve alienação ou transferência de estabelecimento e não houve pessoal que tenha deixado de trabalhar.

Mas nos dois primeiros casos cabe, além disso, a aplicação da Lei n. 2.904, de 1904. Nas hipóteses que nela se enquadram cabe, além do mais, a responsabilidade solidária do adquirente. Ambas as responsabilidades não são excludentes, podendo o trabalhador optar pela forma que entender preferível.

E, muito embora não tenha o trabalhador se enquadrado exatamente nos casos previstos na lei de 1904, caberia a responsabilidade solidária do adquirente pelos mesmos argumentos invocados no caso da reclamação de salários.

Se a despedida é posterior à transferência - terceira hipótese prevista -, não há dúvida de que a responsabilidade é do adquirente, que deve levar em conta toda a antiguidade, inclusive a gerada com o empregador anterior.

A respeito da gratificação anual complementar - comumente chamada *Aguinaldo** - cumpre distinguir se a dívida é devida pelos anos anteriores ou pelo ano em curso. Se é pelos anos anteriores, cabem as mesmas soluções estabelecidas para as reclamações de salários, já que se considera que é um benefício complementar do salário. E se é pelo ano em curso, deve ser pago pelo novo empregador, porque a lei prevê o pagamento desse benefício em duas ocasiões: de 14 a 24 de dezembro de cada ano, ou ao término do contrato, por despedida,

aposentadoria ou renúncia. Como nenhuma norma autoriza o fracionamento do pagamento, não tendo sido o pagamento abonado ao término da atuação do empregador anterior, compete o pagamento integral na data habitual do mês de dezembro, a cargo do empregador existente nesse momento⁴⁹².

Quanto às férias, recorda que o art. 13 da Lei n. 12.590, de 23.12.58, consagra a responsabilidade solidária do alienante e adquirente pelos salários das férias devidas, sem qualquer requisito de publicidade ou apresentação dos créditos. A regulamentação da dita lei, datada de 26.4.62, em seu art. 27, ratifica o princípio legal, introduzindo, além do mais, no segundo inciso, um conceito de Antigüidade pessoal e objetiva, ligada à empresa e não à pessoa de seus titulares.

Conclui seu exame assinalando que o resultado prático dessas idéias, que levam por diferentes caminhos a estabelecer a responsabilidade solidária do adquirente, provocará um exame, efetuado pela mesma razão do cumprimento efetivo da legislação trabalhista por parte do alienante. O funcionamento adequado do instituto da prescrição operará como contrapeso para limitar o que poderia ter de excessivamente onerosa essa carga e excessivamente difícil essa relação.

Cumpra acrescentar que por via regulamentar se tem estabelecido a responsabilidade solidária da empresa adquirente, pelas sanções que se tiverem decretado por violação das leis trabalhistas⁴⁹³.

162. Problemas práticos para a integração do pessoal procedente de várias empresas

Em segundo lugar, temos os problemas práticos que se apresentam como consequência da aplicação das normas trabalhistas a um pessoal composto por trabalhadores procedentes de empresas distintas.

Trata-se de uma série de questões concretas que se podem suscitar em virtude da forma de regulamentação de certos benefícios ou simplesmente das dificuldades inevitáveis que provêm em consequência da necessidade de enquadrar, em uma só organização, núcleos de funcionários estruturados para mais de uma.

Daremos alguns exemplos, sem pretender com eles esgotar a lista e sem que a ordem de sua exposição tenha alguma significação especial. Mas o enunciado dos mesmos servirá para dar idéias das múltiplas dificuldades que se podem originar, em consequência dessas operações e dos eventuais problemas cuja solução se deverá encarar.

163. Duplicação do pessoal de direção

Um dos primeiros problemas que se apresentam é o da duplicação do pessoal de direção, o que gera uma imediata questão de hierarquia funcional.

O problema pode ser resolvido na prática com certa facilidade se a importância das empresas originárias for muito desigual, porque não surgirão dúvidas sobre quem terá primazia.

Mas de qualquer maneira, apesar da importância diferente das empresas, não costuma ser fácil engajar em uma só organização hierárquica pessoas acostumadas a ser cabeças de organização:

Além disso, o problema pode complicar-se se os valores, as atitudes, as condições individuais dos titulares desses cargos não coincidirem com a importância ou o volume das empresas de onde provêm, isto é, se o gerente da empresa absorvida é muito mais capaz do que o da absorvente, ou tem maior experiência, ou possui notoriamente melhores qualificações. profissionais.

Por outro lado, nem sempre o volume e importância recíproca das empresas é tão desigual para que a solução flua sem discussão desse dado primário.

Não é cabível, então, pensar em solução uniforme para todos estes casos - em que a série de fatores pessoais e imponderáveis possa apresentar-se de forma tão diversa e variável - e alguns dos quais se resolvem pela via da renúncia ou da aposentadoria de alguns dos interessados.

Em muitos casos a solução se encontra em uma desnecessária, custosa e conflitante duplicação do pessoal de direção, já que se absorve o que *provém* de todas as empresas, que formam parte da operação. A diversidade

de denominações não chega a ocultar uma proliferação *excessiva* de cargos de alta remuneração, com funções similares ou simplesmente repetidas.

Esclareçamos que esse problema não só se apresenta em nível de gerência, subgerência, chefias de departamentos, assessorias, etc., como também em nível de membros da diretoria, com o que as dificuldades e encargo inútil de custos de operação se acrescem.

164. Harmonização das hierarquias funcionais

Um problema muito similar ao anterior é o que diz respeito à hierarquia das funções desempenhadas pelos empregados procedentes de cada empresa.

A questão anterior se projeta a quase todos os escalões da hierarquia funcional, porque seria necessário resolver esses mesmos problemas de junção de níveis distintos, com a agravante de que a solução da auto-exclusão, por via da renúncia ou aposentadoria, é menos provável, porquanto não se trata de funcionários que estejam no fim de sua carreira.

Por outro lado, cabe perguntar se por esse meio não se perdem ou desperdiçam quadros muito importantes ou se esterilizam ou inutilizam condições, conhecimentos e experiências muito úteis e valiosas.

De qualquer maneira, as dificuldades de integração e harmonização repercutem desfavorável e negativamente no rendimento do conjunto.

Cumpramos assinalar que não se trata somente de problemas de desajustes de expectativas, ambições, sensibilidades ou inconformidades pessoais, como também de diferenças de estilos e sistemas de trabalho que requerem um longo período de adaptação e nem sempre se resolvem bem. Muitas vezes prevalece a empresa absorvente sem que seu maior poderio econômico implique necessariamente um índice de melhor organização ou acerto na forma de trabalhar.

165. Perspectivas das carreiras funcionais

Outro problema que de alguma forma está ligado aos anteriores é o das modificações nas perspectivas das carreiras funcionais de cada trabalhador.

Às vezes, a incorporação a uma empresa maior abre novos horizontes e assegura um melhor futuro, mais amplo e abundante em possibilidades.

Mas, outras vezes, ocorre o contrário, porque diminuem as expectativas que até esse momento haviam estado presentes. Uma primeira modificação deriva da presença de outros candidatos que originariamente não existiam e que naturalmente dificultam seu acesso ao reduzir a porcentagem de probabilidades. Uma segunda modificação provém da comparação dos méritos gerados em empresas de magnitude e características diversas. Uma terceira modificação resulta da eventual preferência para os acessos, a favor do pessoal que provém da mesma empresa à qual pertencia o elenco que procede à seleção. E isto não somente por razões de amizade, simpatia ou espírito de grupo, como também por simples razões de maior conhecimento das aptidões.

Por outro lado, tampouco se soluciona satisfatoriamente esse problema, estabelecendo um regime de distribuição aritmética ou alternância mecânica entre os funcionários das diferentes procedências, porque além do irracional e desencorajador que resulta para todo o sistema de custeio, ou de divisão proporcional, não oferece nenhuma garantia de que se escolha o que tenha melhores condições ou venha a ser mais eficaz no novo posto.

Finalmente, assinalamos que tudo isso afeta não somente o estado de espírito de cada trabalhador, enquanto destrói ou contraria suas legítimas expectativas, como também influi decisivamente no rendimento do trabalhador e do conjunto no qual está inserido. Uma sensação de postergação ou de injustiça ou de impossibilidade de acesso *provoca*, consciente ou inconscientemente, um sentimento de amargura e ressentimento que repercute no ânimo, no impulso e na eficácia do trabalho. Em suma, no seu rendimento.

166. Desigualdade no nível de remuneração

Outro problema deriva das situações desiguais que, na ordem da remuneração ou dos benefícios trabalhistas, tinha, originariamente, o pessoal das diferentes empresas juntadas ou concentradas.

Isso é muito fácil de Ocorrer como consequência de circunstâncias diversas: pertencia a diversos grupos originários, para os fins dos Conselhos de Salários, que determinaram diferença na base primitiva de sua remuneração; diferente capacidade de negociação do pessoal; política diferente de relações com o pessoal, aplicada pelas empresas anteriores; grau diverso de rendimento e prosperidade das empresas participantes.

Ninguém pode pensar que se vá diminuir o nível das retribuições já alcançadas, porque contraria o princípio básico da irredutibilidade do salário e da condição mais benéfica; mas tampouco é fácil a generalização obrigatória, a todo o pessoal, de nível mais alto de remunerações.

Por outro lado, não é *conveniente* admitir setores privilegiados dentro de um conjunto, nem diferenças que não se justifiquem. A manutenção dessa situação desigual não é vista com simpatia nem mesmo pelos trabalhadores que dela se beneficiam, e muito menos pelos restantes⁴⁹⁴.

A superação dessa dificuldade pode tropeçar em obstáculos financeiros, econômicos e inclusive jurídicos, quando vigora algum regime legal de estabilização salarial que proíbe elevar os salários fixados oficialmente, tendo estes, ao mesmo tempo, o caráter de mínimos e máximos.

166 bis. Perspectivas

Vários autores têm observado que a estabilidade no posto de trabalho tem sido não um dos principais, mas o principal vetor do garantismo favorável aos trabalhadores e que a flexibilidade trabalhista visa decididamente acabar com esse garantismo.

Mas, como observa *Osvaldo Mantero*^{494bis} não tem ocorrido, no Uruguai, expresse abandono, nem pela doutrina nem pela jurisprudência, do princípio da continuidade e das presunções judiciais normalmente aceitas como sua consequência.

Isto pode ser talvez explicado pela modesta dimensão legislativa que tem essa proteção.

De qualquer modo, conclui o comentário destacando que, na realidade, é notório o aumento das formas precárias ou instáveis de contratação.

Nesse sentido, é particularmente significativo que a Lei n. 16.713, de 3.9.95, prevê empresas unipessoais que tendem a facilitar o processo de terceirização, que equivale ao esvaziamento do Direito do Trabalho. Embora a norma se refira ao âmbito da previdência social, é notório o deslizamento para o Direito do Trabalho com toda a seqüela de desproteção e precariedade.

IV. O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE

167. Noção

O princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, *deve-se* dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos.

1º) Denominação

168. Contrato-realidade

Geralmente esta idéia se menciona com a expressão cunhada por *De La Cueva*, que sustenta que o contrato de trabalho é um contrato-realidade.

Mas, a rigor, essa expressão foi usada por *De La Cueva* com um sentido algo diferente, vinculado à concepção da relação de trabalho que expõe, se bem que também lhe atribua o significado que, no momento, estamos definindo.

Com efeito, ao estudar a natureza jurídica do contrato de trabalho, dedica uma boa parte de sua exposição à teoria da relação de trabalho, que extrai de *Molitor* e que resume, no essencial, nestes parágrafos:

"Existe, por conseguinte, uma diferença essencial entre o contrato de trabalho e os contratos de direito civil. Nestes, a produção dos efeitos jurídicos e a aplicação do direito somente dependem do acordo de vontades, enquanto no de trabalho é necessário o cumprimento mesmo da obrigação contraída; donde se deduz que no direito civil o contrato não está ligado a seu cumprimento, enquanto que no do trabalho não fica completo senão através de sua execução.

"Essa diferença explica a necessidade de distinguir o contrato da relação de trabalho e que o primeiro, ou seja, o simples acordo de *vontades* para a prestação de um serviço, não seja senão a condição para que o trabalhador, como disse *Molitor*, fique vinculado na empresa do patrão, vínculo que, por sua vez, determina a formação da relação de trabalho e, conseqüentemente, a produção dos efeitos normais que o Direito do Trabalho atribui, menos ao contrato do que à prestação do serviço.

"A doutrina, salvo raras exceções, entre as quais além de *Molitor* se pode citar *G. Scelie*, não se fixou nessa característica do contrato de trabalho, que o distingue dos contratos de direito civil, e não se deu conta de que somente fica completo o primeiro pelo fato real de seu cumprimento, e de que é a prestação do serviço, e não o acordo de vontades, o que faz que o trabalhador se encontre amparado pelo Direito do Trabalho; ou, dito em outras palavras, a prestação do serviço é a hipótese ou pressuposto necessário para a aplicação do Direito do Trabalho"[495](#).

E, depois de explicar o alcance dessa concepção, acrescenta:

"A existência de uma relação de trabalho depende, em conseqüência, não do que as partes tiverem pactuado, mas da situação real em que o trabalhador se ache colocado, porque, como diz *Scelle*, a aplicação do Direito do Trabalho depende cada vez menos de uma relação jurídica subjetiva do que de uma situação objetiva, cuja existência é independente do ato que condiciona seu nascimento. Donde resulta errôneo pretender julgar a natureza de uma relação de acordo com o que as partes tiverem pactuado, uma vez que, se as estipulações consignadas no contrato não correspondem à realidade, carecerão de qualquer valor.

"Em razão do exposto é que o contrato de trabalho foi denominado contrato-realidade, posto que existe não no acordo abstrato de vontades, mas na realidade da prestação do serviço, e que é esta e não aquele acordo que determina sua existência.

"As idéias expostas foram sustentadas pela primeira vez entre nós pelo douto *Alfredo Iñarritu*, Ministro da Suprema Corte de Justiça, no Conflito n. 133-36, suscitado entre a Junta Federal de Conciliação e Arbitragem e o do 10º Juízo Civil da cidade do México, para conhecer reclamação apresentada por José Molina Hernández contra a Cia. Mexicana de Petróleo El Aquila S.A. Nesse conflito de competência o Ministro *Iñarritu* usou também, pela primeira vez entre nós, o termo contrato-realidade. O Pleno da Corte não soube, contudo, dar-se conta do problema suscitado, nem houve sequer Ministro que respondesse às observações do Dr. *Iñarritu*"[496](#).

Posteriormente, ao resumir as conclusões do capítulo, exprime no item 4º: "O contrato de trabalho, em sua acepção de relação de trabalho, é um contrato-realidade, posto que existe nas condições reais de prestação dos serviços, independentemente do que tenha sido pactuado, com a limitação, que não é demais mencionar, de que essas condições não poderão reduzir os privilégios que se contenham na lei, na convenção ou no contrato coletivo"[497](#).

Uma leitura atenta desses parágrafos - que quisemos reproduzir textualmente para assegurar a fidelidade da transcrição - demonstra que neles se encerram várias idéias afins, porém distinguíveis.

A primeira é que para pretender a proteção do Direito do Trabalho não basta o contrato, mas requer-se a prestação efetiva da tarefa, a qual determina aquela proteção, ainda que o contrato seja nulo ou inexistente. Esta é a idéia básica encerrada na noção de relação de trabalho.

Estreitamente ligada a esse sentido, porém enfocando-o de ângulo diverso, está a explicação que vincula esta característica com a classificação dos contratos, dado que o contrato de trabalho deixaria de ser consensual a partir do momento em que, para surgir, não bastasse o simples acordo de vontades.

Uma segunda idéia é a de que, em matéria trabalhista, há de primar sempre a verdade dos fatos sobre os acordos formais. Este segundo sentido fica especialmente manifesto na frase que considera "errôneo pretender

julgar a natureza de uma relação de acordo com o que as partes tenham pactuado, uma vez que, se as estipulações consignadas não correspondem à realidade, carecerão de qualquer valor".

Em que pese essa pluralidade de significados, a maioria dos autores que se referiam a essa expressão de *De La Cueva* lhe atribui o primeiro sentido. Alguns, como *Krotoschin*⁴⁹⁸, a vincularam à classificação dos contratos. Outros, como *Deveali*⁴⁹⁹, *Pozzo*⁵⁰⁰, *Pérez Patton*⁵⁰¹, *Caldera*⁵⁰², *Cesarino Jr.*⁵⁰³, *Maranhão*⁵⁰⁴, *Cabanellas*⁵⁰⁵ e *Martins Catharino*⁵⁰⁶, a jungem à noção de relação de trabalho. Inclusive *Orlando Gomes*⁵⁰⁷ e *De Ferrari*⁵⁰⁸, que criticam abertamente a expressão, aludem a este primeiro sentido.

169. Primazia da realidade

Ao contrário, na prática jurisprudencial, é freqüente utilizar a expressão contrato-realidade no segundo sentido, isto é, aquele no qual nós consubstanciamos o enunciado deste princípio.

De qualquer modo, esta ambivalência da expressão nos leva a pensar que, embora se continue utilizando na prática a referida locução nesse sentido, graças a sua brevidade, sua clareza e capacidade evocativa, no terreno doutrinário, torna-se preferível referir-nos ao princípio da primazia da realidade.

Dessa maneira, evitaremos não apenas a confusão entre ambos os sentidos, mas também que a discrepância com a concepção anterior leve a crítica deste segundo conceito, como ocorreu com *De Ferrari* que, levado por seu impulso crítico, transportou sua opinião divergente do primeiro para o segundo sentido, a respeito do qual parece haver um consenso doutrinário praticamente total, se descartarmos esta exceção.

No particular, cumpre assinalar que os mesmos autores que, ao exporem a teoria do contrato-realidade em seu primeiro sentido, a criticaram, aceitam a idéia encerrada no segundo sentido que é de muito maior vigência prática - ainda que para localizá-la no estudo da simulação ou das nulidades no contrato de trabalho não utilizem, em geral, a denominação a que nos referimos.

Caldera diz: "É, pois, o fato real que apareça das relações verdadeiramente existentes, o que se deve procurar sob a aparência, muitas vezes simulada, de contratos de direito comum, civil ou comercial"⁵⁰⁹.

Arnaldo Süssekind afirma: "A regra que prevalece no Direito do Trabalho é a da nulidade absoluta do ato anormal praticado com o intuito de evitar a aplicação das normas jurídicas de proteção ao trabalho. Sempre que possível, desde que da lei não resulte solução diversa, a relação de emprego deve prosseguir como se o referido ato não tivesse sido praticado; em caso contrário, deve ser reparado, nos limites da lei trabalhista, o dano oriundo do ato malicioso. Ocorrendo simulação atinente à relação de trabalho, ou a uma de suas condições, as normas jurídicas correspondentes deverão ser aplicadas em face da verdadeira natureza da relação ajustada ou da condição realmente estipulada"⁵¹⁰.

Deveali lembra que "a maioria das normas que constituem o Direito do Trabalho se refere mais que ao contrato, considerado como negócio jurídico, e a sua estipulação, à execução através da prestação do trabalho; e a aplicabilidade e os efeitos daquelas dependem, mais que do teor das cláusulas contratuais, das modalidades concretas da referida prestação"⁵¹¹.

Em outra ocasião, exprime o mesmo autor: "Também nesta oportunidade a *realidade* dos fatos prevalece sobre a *aparência contratual*. A jurisprudência, pois, entendeu, com todo acerto, que as normas legais sobre a cessão do negócio devem ser aplicadas ainda que não exista verdadeira cessão, mas simplesmente uma continuação de fato, em determinado negócio ou exploração"⁵¹².

O mesmo *Deveali* também afirma: "Esta primazia da situação de fato sobre a ficção jurídica se manifesta em todas as fases da relação de trabalho. O operário que ingressa em uma fábrica, na generalidade dos casos, não conhece - nem lhe seria fácil conhecer - o nome de seu proprietário: tampouco sabe se se trata de uma pessoa física ou moral e se esta é uma pessoa de direito público ou privado"⁵¹³.

O único que emprega essa expressão, ainda que sem mencionar sua origem, é *Cabanellas*, que escreve:

"Muitas vezes se trata de dar a um trabalhador subordinado a aparência de um trabalhador autônomo. Essa situação é tão freqüente que obriga os tribunais a determinar não que o conjunto seja simulado, mas sim simplesmente a estabelecer a verdadeira natureza da prestação.

"Dessa forma, as disposições do Código Civil sobre simulação de contratos se apagam para ingressar no contrato-realidade; isto é, na execução da prestação de um trabalho, retirando dele suas características essenciais, para chegar à determinação da natureza do vínculo que liga as partes.

"Para simular um contrato de locação de obra ou de serviço, que oculta um verdadeiro contrato de trabalho, se utilizam diversos recursos. Em todos os casos, como dissemos, deve-se procurar chegar ao contrato-realidade, à efetiva prestação, à ordem das relações existentes entre as partes, para determinar a natureza jurídica autêntica do ato cumprido"[514](#).

Torna-se, pois, conveniente escolher uma expressão que acolha essa idéia, na qual parece haver acordo geral, sem evocar outros temas fortemente polêmicos[515](#).

Cumprir lembrar, a respeito, que há alguns anos *Sarthou* havia proposto uma modificação da expressão verbal usada por *De La Cueva*, que superava alguns dos inconvenientes assinalados, ao dizer:

"De acordo com a natureza de direito realidade do Direito do Trabalho - ampliando a qualificação de *contrato-realidade* usada por *De La Cueva* para o contrato de trabalho... - os documentos não contam, frente aos dados da realidade"[516](#).

Utilizaremos, pois, a fórmula *princípio da primazia da realidade*, porque é bem clara e não possui as conotações controversíveis da expressão *contrato-realidade*, apesar de esta ter sido mais empregada até agora.

Parece-nos melhor do que outra expressão simplificada que começou a ser usada: "princípio da realidade". Com muito poucas palavras a mais consegue-se uma enunciação muito mais significativa e clara.

2º) Significado

170. Diversas causas do desajuste entre a realidade e os documentos

O significado que atribuímos a este princípio é o da primazia dos fatos sobre as formas, as formalidades ou as aparências.

Isso significa que em matéria de trabalho importa o que ocorre na prática, mais do que aquilo que as partes hajam pactuado de forma mais ou menos solene, ou expressa, ou aquilo que conste em documentos, formulários e instrumentos de controle.

Esse desajuste entre os fatos e a forma pode ter diferentes procedências:

1) resultar de uma intenção deliberada de fingir ou simular uma situação jurídica distinta da real. É o que se costuma chamar de simulação. É muito difícil conceber casos de simulação absoluta na qual se pretenda apresentar um contrato de trabalho, quando na realidade não exista nada[517](#). Ao contrário, o mais freqüente é o caso das simulações relativas, nas quais se dissimula o contrato real, substituindo-o ficticiamente por um contrato diverso. As diferenças entre o contrato simulado e o efetivo podem versar sobre todos os aspectos: as partes, as tarefas, os horários, as retribuições, etc. Nesta categoria se pode fazer outra grande distinção entre as simulações acordadas bilateralmente e as impostas ou dispostas unilateralmente por uma parte, com toda a variadíssima gama de matizes intermediários;

2) provir de um erro. Esse erro geralmente recai na qualificação do trabalhador e pode estar mais ou menos contaminado de elementos intencionais derivados da falta de consulta adequada ou oportuna. Também essa situação equívoca se pode atribuir a erro imputável a ambas as partes ou a uma só delas;

3) derivar de uma falta de atualização dos dados. O contrato de trabalho é um contrato dinâmico no qual vão constantemente mudando as condições da prestação dos serviços. Para que os documentos reflitam fielmente todas as modificações produzidas, devem ser permanentemente atualizadas. Qualquer omissão ou atraso determina um desajuste entre o que surge dos elementos formais e o que resulta da realidade; e

4) originar-se da falta de cumprimento de requisitos formais. Algumas vezes, para ingressar ou ter acesso a um estabelecimento, requer-se a formalidade da nomeação por parte de determinado órgão da empresa ou o cumprimento de qualquer outro requisito que se haja omitido. Em tais casos, também o que ocorre na prática importa mais do que a formalidade.

Em qualquer das quatro hipóteses que mencionamos, os fatos primam sobre as formas. Não é necessário analisar e pesar o grau de intencionalidade ou de responsabilidade de cada uma das partes. O que interessa é determinar o que ocorre no terreno dos fatos, o que poderia ser *provado* na forma e pelos meios de que se dispõem em cada caso. Porém, demonstrados os fatos, eles não podem ser contrapostos ou neutralizados por documentos ou formalidades.

171. Aceitação geral dessa idéia

Estas idéias, ainda que expressas de diferentes maneiras, foram acolhidas pela doutrina *universal*. *Inclusive*, em muitos casos, pressupõe-se o princípio, aplicando-o sem acreditar necessário explicitá-lo.

Uma das formas mais felizes de concretização do mesmo pertence a *Clark*: "Na prática, o contrato de trabalho e o conteúdo de suas estipulações se depreendem mais da conduta das partes e de seus atos tácitos do que de uma prestação *formal* do consentimento. Se somente se admitisse a realidade do contrato nos casos em que *houvesse* acordo escrito ou *convenção verbal*, se burlariam muitas das medidas de proteção adotadas pelo legislador. Por isso, do consentimento expresso ou tácito das partes *deve derivar* uma série de condições, cláusulas e suas formalidades, nas quais elas não pensaram no momento de seu compromisso"[518](#).

Pérez Botija exprimiu também com clareza a mesma idéia: "A suposição da existência do contrato entre quem dá trabalho ou utiliza serviços e o que o presta funda-se na idéia do consentimento tácito. Da conduta de duas pessoas se pode deduzir a existência de um contrato de trabalho, ainda quando os próprios interessados tenham interesses em negá-lo (para burlar, por exemplo, Seguros Sociais, Lei de Jornada, etc.)". E em seguida, a título de esclarecimento, explica que no direito espanhol, "o *título* e o *modo* pelo qual uma relação de trabalho chega à vida jurídica é sempre um contrato. Um contrato expresso, tácito ou presumido".

Baseia-se, para tanto, no art. 3º da Lei de Contrato de Trabalho:

"O contrato se supõe sempre existente entre aquele que dá trabalho ou utiliza um serviço e aquele que o presta, ainda que não exista estipulação escrita ou verbal, entendendo-se por condições do contrato as determinadas nas Leis e Regulamentos de Trabalho e, na ausência de tais normas, pelos usos e costumes de cada localidade, na espécie e categoria dos serviços e obras de que se trate.

"Este artigo - acrescenta -, que se poderia considerar como demonstrativo da ficção contratual é, contudo, em nosso entender, o que barra o caminho a todo intento de construção de uma teoria pura da relação de trabalho, prescindindo do contrato. Como o contrato existe, ou ao menos, para os efeitos legais, se pressupõe existente, desde que uma pessoa presta serviços por conta e sob a dependência de outrem, ainda que os sujeitos de uma relação de trabalho não queiram o contrato e, inclusive, afirmem expressamente diante de um órgão público que sua relação de serviço não constitui contrato de trabalho, este produzirá efeitos.

"A existência do contrato de trabalho ultrapassa, pois, a vontade expressamente exteriorizada pelas partes. Recorre-se para isto à teoria do consentimento tácito em um dos casos, enquanto que em outros basta a tese da mera imperatividade das normas, que em sua aplicação devem-se prevenir contra possíveis intentos de evasão ou desvio de seus efeitos.

"Se o art. 3º não existisse, a jurisprudência teria que criar sua doutrina, da mesma forma que teve de fazê-lo em outros contratos especiais (por exemplo, o de arrendamentos rústicos) para evitar que as interpretações abusivas do princípio de autonomia da vontade pudessem mascarar, com tipologia diversa, relações jurídicas perfeitamente definidas pelo legislador"[519](#).

Fizemos esta grande transcrição do ilustre autor espanhol porque, além de clara ratificação do princípio, de seus parágrafos se depreendem duas idéias singularmente interessantes: 1) que a afirmação deste princípio do predomínio dos fatos a podem fazer inclusive os partidários mais radicais do critério contratualista extremo; 2) que para chegar às conclusões a que chegamos não é necessário um texto legal expresso, porquanto ao mesmo fim deveria chegar a jurisprudência, sem essa disposição, com o que suas considerações adquirem um interesse mais geral, transcendendo o direito espanhol dentro do qual estão demarcadas.

Considerando a mesma disposição legal, *Bernardino Herrero Neto* diz que "o legislador, mais que dar-nos um conceito de simulação, nos indica as armas que possui para combatê-la e a combate por certo com os mesmos meios que ela emprega: isto é, que se a simulação utiliza a forma dos atos jurídicos para conseguir certos resultados contrários aos sancionados pela lei, o legislador não faz mais que combatê-la em seu próprio terreno". A hipótese recolhida no mencionado artigo é clara e terminante, e sua linha de argumentação logicamente desenvolvida é a seguinte: "Se tu, empresário, dás trabalho ou utilizas um *serviço* e tu, trabalhador, te comprometes a prestá-lo, não me importa que depois declareis que estais unidos por um *vínculo associativo*

ou de arrendamento, pois não posso *levar* em conta vossas declarações por estarem em desconformidade com os fatos, e de vossa conduta eu infiro que perseguis um fim econômico e social que não pode ser realizado *através* da figura que apresenteis como *verdadeira*; em consequência, diante da ausência de vossas estipulações, eu mesmo fixarei as normas às quais *deverão* ajustar-se vossas Condições"[520](#).

Em seguida, em tom menos original e pitoresco, e mais *objetivo* e geral, acrescenta que "o mencionado art. 3º da Lei do Contrato de Trabalho constitui uma peça *normativa* importantíssima, já que *através* dela se afirma o princípio da Conduta das partes sobre o princípio da forma. O propósito do legislador neste preceito é o de fechar o caminho a todo intento de simulação e fraude, pondo toda sua ênfase não no que as partes dizem ou declaram, mas naquilo que fazem"[521](#).

Os ilustres autores alemães *Kaskel* e *Dersch* expressam, embora se referindo a um aspecto particular, a mesma idéia central:

"Não é decisiva a designação do contrato (por exemplo, como contrato de sociedade, contrato de locação), mas seu conteúdo real. Exemplo: um contrato apresentado como de locação pode ser, na realidade, um contrato de trabalho encoberto"[522](#).

O grande juslaboralista brasileiro *Evaristo de Moraes Filho* diz:

"Pouco importa o *nomen juris* que lhe seja atribuído em suas relações de emprego. O contrato de trabalho, segundo a conhecida denominação de *Iñarritu*, ministro da Suprema Corte Mexicana, é um *contrato-realidade*, preso à realidade cotidiana e concreta. Daí o conceito do art. 442 da CLT, quando dispõe que "contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expreso, correspondente à relação de emprego.

"Assim, a verdadeira e última qualificação profissional dos empregados desviados de suas funções é a que estão exercendo concretamente, a despeito das suas antigas denominações, que, porventura, possam constar ainda de seus assentamentos.

"Dois exemplos jurisprudenciais confirmatórios da doutrina e da lei: o contrato de trabalho é um 'contrato-realidade'. Significa isso que os efeitos jurídicos são extraídos da forma em que a prestação de serviços se realiza. 'Não importa a sua descaracterização a circunstância de constar da carteira. profissional ou de documento escrito anotações diversas da realidade fática, pois é esta que prevalece, como relação de emprego' (Ac. TRT, 3ª Região, Rel. Juiz *Ribeiro de Vilhena*). 'O fato de a empresa consignar na ficha de registro dê seus empregados a designação genérica de operários não impede que adquiram eles, ao longo da prestação de serviços, ocupação habitual, configuradora até de ofício, inalterável, daí por diante, pela só vontade do empregador (Ac. TRT, 2ª Região, Rel. Juiz *Antonio José Fava*)".

Não vem fora de propósito lembrar mais uma vez que, em Direito do Trabalho, importa o desempenho da função real e não uma *possível* qualificação abstrata ou mesmo contratual, como mais uma vez ensina o professor *Deveali* ("Il Rapporto", pág. 65): "Em qualquer caso, pois, o que conta não é a qualificação contratual, mas a natureza das funções exercidas em concreto"[523](#).

Encerramos esta enumeração de citações com o nome de prestígio do ilustre professor italiano *Barassi*, o qual se refere à regra de que a realidade vence a aparência, quando aquela tiver sido ocultada, em prejuízo de terceiros[524](#).

172. Princípio ou presunção

O ilustre professor brasileiro *Amauri Mascaro Nascimento*[525](#) observa que, em minha obra, elevei duas presunções à condição de princípio: o que chamei de princípio da primazia da realidade e o que denominei de princípio de razoabilidade.

Com relação ao primeiro exemplo - o de que estamos tratando neste capítulo - o sintetiza bem, ao dizer que ordena, em caso de discordância entre o que Ocorre na prática e o que objetivamente consta em documentos trabalhistas, a prevalência da realidade dos fatos, comprovada por meios hábeis.

Entendemos que o princípio da primazia da realidade é algo mais que uma presunção: constitui um critério básico que ordena que se prefiram os fatos a papéis, às formalidades e aos formalismos.

Talvez alentado por essa consideração, *Luiz de Pinho Pedreira*[526](#), num excelente livro sobre o tema dos princípios, inclui, no tratamento deste princípio de primazia da realidade, a presunção do contrato de trabalho resultante da prestação de serviços.

Sem entrar na discussão sobre se existe ou não esta presunção - o que nos afastaria do tema que estamos desenvolvendo - digamos que em todos os desenvolvimentos que temos feito sobre este princípio não nos referimos a esta presunção nem acreditamos que ela possa ser dele derivada. São duas questões distintas.

Cumpre-nos esclarecer a questão porque o critério é de caráter geral para resolver se um contrato é de trabalho ou não: o que interessa saber é o que ocorre na realidade e não o que aparece nos papéis.

E isto serve, inclusive, para decidir se o reclamante é um trabalhador dependente ou não.

173. As estipulações contratuais carecem de valor?

Esta primazia dos fatos sobre os textos pactuados significa que as estipulações contratuais carecem de todo valor?

A conclusão não pode ser tão absoluta.

Desde logo, não cremos que a existência da relação de trabalho - que *De Ferrari* evoca com o nome de trabalho como fato[527](#) - exclua o surgimento do contrato, já que existem dois momentos nos quais o aspecto contratual adquire notoriamente valor: para o ajuste da relação de trabalho (isto é, para a individualização e conexão das partes) e para a determinação de condições que possam exceder o nível mínimo de proteção resultante das formas gerais que regulam a relação de trabalho[528](#).

Porém, restringindo-nos propriamente ao tema que vimos desenvolvendo e ao sentido que atribuímos à expressão, podemos dizer que as estipulações contidas no contrato de trabalho não são inúteis, já que contam inicialmente com a presunção, a seu favor, de refletir a vontade comum das partes.

Enquanto não se demonstre que a conduta das partes foi diferente, o que exige a prova dos fatos que se apartaram dos textos contratuais, prevalece a presunção emanada do texto do contrato. Ou seja, que a presunção é que o contrato reflete a vontade verdadeira das partes. Para derrubar essa presunção deverá-se provar que a conduta foi diferente. Se não se produz essa prova ou se ela não é eficaz, permanece como válida a presunção emergente do contrato[529](#).

Por outro lado, há muitas estipulações contratuais que valem para o futuro. Por exemplo, a forma da denúncia, determinados elementos retributivos, etc. Enquanto a conduta das partes - de ambas as partes, porque ao afastamento de uma delas segue-se a tolerância complacente da outra - não demonstre que quiseram deixar sem efeito tais estipulações, estas devem ser respeitadas.

O que não se pode fazer é invocar um texto escrito para pretender que ele prime sobre os fatos. Se a prática demonstra que, na realidade, se atuou de determinada maneira, isso é o que se deve levar em conta e não as estipulações que se tenham podido fazer para dissimular ou ocultar a verdade, ou para programar uma atividade de acordo com certas normas que, depois, as mesmas partes com seu próprio comportamento modificarão de forma prática, porém inequivocamente clara.

Na oposição entre o mundo real dos fatos efetivos e o mundo formal dos documentos, não resta dúvida de que se deve preferir o mundo da realidade.

3º) Fundamentação

174. Exigência da boa-fé

Ainda que até agora ninguém se haja detido para explicar a fundamentação deste princípio, cremos que ela pode basear-se em diferentes motivações.

A primeira resulta do princípio da boa-fé.

A realidade reflete sempre e necessariamente a verdade. A documentação pode refletir a verdade, porém pode refletir a ficção destinada a dissimular ou esconder a verdade com o objetivo de impedir o cumprimento de obrigações legais ou de obter um proveito ilícito. Afirmar invariavelmente o império da realidade - que é o mesmo que dizer o império da verdade - equivale a render tributo ao princípio da boa-fé, que inspira e sustenta toda a ordem jurídica, como uma exigência indispensável da própria idéia de justiça⁵³⁰.

Ainda que nem sempre a discordância entre os fatos e os documentos provenha da má-fé, o certo é que a afirmação da primazia dos fatos - isto é, da verdade sobre a ficção - serve para cobrir tanto aquelas divergências inspiradas intencionalmente como as procedentes de simples erro involuntário, sem necessidade de obrigar à discriminação precisa do grau de intencionalidade existente em cada caso. De qualquer modo, preserva o triunfo da verdade sobre qualquer intento ou tentativa de se apartar dela.

175. Dignidade da atividade humana

A segunda deriva do próprio conteúdo do contrato, que pressupõe atividade humana prolongada no tempo.

Dado que o efeito principal do contrato é a prestação da atividade humana, parece claro que esse fato - que, em certo grau, participa da dignidade procedente da natureza humana - deve primar sobre um elemento puramente intelectual e especulativo, como pode ser o texto de um contrato.

Com efeito, não se trata de tirar conclusões ou de deduzir conseqüências em um plano documental ou formal, senão de regular efetivamente fatos que se produzem na realidade. Parece óbvio, então, que a realidade reclame o papel de protagonista que deriva da própria esfera em que se produz o tema que esta disciplina deve pautar.

Dito em outras palavras, podemos afirmar que o Direito do Trabalho regula atividade humana que, ainda que possa originar-se da obrigação emergente de um contrato, desprende-se logo de seu texto para adquirir vida independente. Nisto influi decisivamente o fato de que se trate de um contrato de trato sucessivo, o que determina seu caráter dinâmico, que leva a possíveis e freqüentes modificações, na prática. Se essas modificações se refletem ou não na documentação, o certo é que para aplicar as normas trabalhistas devemos partir do que está ocorrendo em cada momento.

O Direito do Trabalho regula o trabalho, isto é, a atividade, não o documento. Este deve reproduzir fielmente a realidade. E se há uma divergência entre ambos os planos, o que interessa é o real e não o formal.

Já dizia *Radbruch* que "a essência do Direito do Trabalho consiste cabalmente em sua maior proximidade à vida"⁵³¹. E Com grande felicidade em uma decisão jurisprudencial argentina se diz: "Frente à verdade formal deve prevalecer a verdade real"⁵³².

176. Desigualdade das Partes

A terceira provém da desigualdade das partes.

É amplamente conhecida a situação de desigualdade econômica e cultural que normalmente separa as partes no Contrato de trabalho. Justamente essa desigualdade foi um dos pressupostos que deram origem ao Direito do Trabalho, que busca compensar com desigualdade jurídica a desigualdade econômica inicial. No plano da negociação coletiva, precisamente a intervenção sindical busca compensar, com a força derivada da união, o poderio maior da outra parte, no plano econômico.

Apesar desses mecanismos que se destinam a equilibrar as forças, para fins da elaboração das normas gerais, na prática a possibilidade de abusos em nível individual e no plano da aplicação subsiste. Cada trabalhador não costuma ter independência para discutir de igual para igual com seu empregador, para que os documentos que reflitam o conteúdo do contrato se ajustem plenamente à realidade.

A forma de corrigir toda possível anomalia nesse sentido consiste justamente em dar prioridade ao que ocorre na prática.

177. Interpretação racional da vontade das partes

A quarta está vinculada à interpretação racional da vontade das partes.

Esta motivação, longe de ser exclusiva de nossa disciplina, se entrelaça com as idéias tradicionais referentes à interpretação dos contratos. Já o art. 1.301 do Código Civil estabelece que "os fatos dos contraentes, posteriores ao contrato, que tenham relação com o que se discute, servirão para explicar a intenção das partes ao celebrar o contrato". Desta disposição legal decorre a importância da conduta prática das partes para interpretar o texto contratual.

Porém há mais. Sempre se entendeu que, em matéria de contratos consensuais, a modificação que na prática se venha operando na forma do cumprimento de um contrato revela uma forma de expressão do consentimento tácito, para modificar o conteúdo do pacto primitivo.

Nessa matéria, o que ocorre é que os fatos revelam a vontade real das partes, já que se o contrato se cumpre de determinada maneira é porque as duas partes consentem nisso. E esse consentimento tácito - porém, indiscutivelmente, válido e claro deve primar sobre o texto escrito primitivo, por ser posterior, e acima de qualquer documento procedente de uma só das partes, por ser bilateral.

Do exposto se deduz que talvez não se trate de critério estranho ao que informa a teoria geral dos contratos.

Gamarra pôs em relevo como a vontade contratual tanto pode manifestar-se de forma expressa como tácita, valendo tanto uma forma como a outra, salvo se existir uma norma legal que exclua a relevância da manifestação de vontade tácita, dentro de certo âmbito: "Não importa que para estabelecer a vontade tácita se requeira um procedimento de dedução, porque, uma vez que esta dedução se realize, a vontade se reputa estabelecida". E dentro desse desenvolvimento destaca a importância da conduta concludente, isto é, a exteriorização de fatos dos quais se depreende inequivocamente a existência de uma vontade, posto que são incompatíveis com uma vontade contrária. Partindo de dois exemplos contidos no Código Civil uruguaio - ratificação tácita do marido (art. 140) e aceitação tácita da herança, pela realização de atos que pressupõem a intenção de aceitá-la (art. 1.062) -, assinala a importância de que o fato seja unívoco, não suscetível de ser interpretado de outra maneira, deduzido da expressão inequivocamente, utilizada nesses artigos. Porém, preenchidas essas exigências de clareza, atribui a essa conduta da parte uma eficácia similar à expressão de vontade concretizada no texto escrito de um contrato. Não se trata de estabelecer uma vontade provável, mas de que o fato, para que possa ser classificado de concludente, deva ser tal que não possam caber dúvidas acerca do sentido da vontade que exterioriza [533](#).

Em outros ramos do direito também se admitiu essa primazia dos fatos sobre as formalidades e aparências, ainda que com menor grau de extensão e aplicabilidade [534](#). No Direito do Trabalho o tema adquire maior importância pela modalidade de trato *sucessivo* e pelo caráter dinâmico do contrato, o que faz com que as modificações sejam muito mais frequentes e importantes. Como diz *Martins Catharino*, "a relação de emprego corre no tempo, como um rio cujo curso sofre variações impostas pela natureza do terreno. O contrato faz a relação e esta constantemente se refaz. É dinâmica, aberta e inacabada até que termine" [535](#).

178. Objeções

De Ferrari [536](#) formulou duas objeções a este princípio.

Em primeiro lugar, que nem sempre é *favorável* ao trabalhador, porque pode ocorrer que os fatos não se ajustem ao pactuado e o trabalhador pretenda que se cumpra o convencionado.

Em segundo lugar, que o que interessa não é o conflito entre as formalidades e os fatos, mas o conflito entre os fatos e o direito.

Nenhuma das duas observações nos parece fundada.

Com relação ao primeiro ponto, digamos que este princípio, como todos os que *vimos* expondo, foi estabelecido, fundamentalmente, em benefício do trabalhador.

De modo que, se, excepcionalmente, o documento indica um nível de proteção superior ao que corresponde à prática, o trabalhador tem o direito de exigir o cumprimento do contrato.

Nesse caso não se trata de um desajuste entre a ficção de um documento e o dado da realidade, mas do desacordo entre o compromisso contraído e o modo com que se cumpriu (ou melhor, que não se cumpriu) esse compromisso.

A experiência indica que dificilmente o empregador reconhecerá ao trabalhador uma categoria que não desempenha efetivamente na prática, ou se comprometerá por escrito a cumprir um contrato que depois irá desconhecer na prática.

Por outro lado, a linha lógica do dinamismo do contrato de trabalho leva a que os trabalhadores ascendam, na prática, a categorias superiores às que inicialmente lhes foram designadas, por escrito, e não o contrário.

Esse princípio significa que entre a realidade e a ficção, entre a realidade e a formalidade, deve ganhar sempre a realidade.

Nunca Ocorreu a ninguém dizer que, entre o fato e o direito, ganha o fato.

Aqui, o contrato escrito marcaria o nível jurídico mínimo de proteção. Esse princípio não pode servir para justificar, desculpar ou homologar o descumprimento do direito, invocando fato da infração. Pelo contrário, serve para elevar esse nível se, na prática, operou-se uma situação da qual decorrem direitos mais elevados ou mais numerosos.

Com relação à segunda objeção, ela encerra uma falácia de falsa oposição.

O fato de ser de interesse a discordância entre os fatos e o direito para sancionar a violação do direito e conseguir o encaminhamento dos fatos pelos canais jurídicos, não significa que não interesse também a discordância entre a verdade e a violação do direito. E este princípio traduz uma atitude lúcida e atenta para que, mediante a desfiguração dos fatos, não se cometam disfarçadamente violações das normas ou, se cometidas, não fiquem escondidas, dissimuladas ou impunes.

*Fernández Madrid*⁵³⁷, partindo de sua tese de que o único princípio do Direito do Trabalho é o de proteção do trabalhador, do qual dimanam regras, atribui à primazia da realidade o caráter de regra de interpretação para o juiz.

*Pinho Pedreira*⁵³⁸, ao considerar essa observação, adianta-se a contestá-la, esclarecendo que não pode ser uma regra de interpretação, pois se aplica não quando se procura averiguar o sentido de uma norma, mas quando há divórcio entre os elementos formais e reais do contrato de trabalho, optando pelos últimos.

4º) Alcance Prático

179. Diversidade de aplicações

Os casos de aplicação do princípio são praticamente infinitos, como são ilimitadas as hipóteses de divergências entre as aparências (documentos, contratos, formalidades, denominações, etc.) e a realidade.

Por isso, acreditamos útil recordar uma série de casos jurisprudenciais nos quais se acolheu esse princípio, tenha-se ou não feito menção ao mesmo.

Ainda que saibamos não serem os únicos, parecem suficientemente expressivos por sua variedade e inclusive antigüidade, para dar idéia do *enraizamento* e da fecundidade do princípio.

180. Interessam as funções e não a denominação

Um primeiro exemplo, com mais de cinquenta anos, faz referência ao fato de que a retribuição deve ser fixada em função das tarefas que se desempenham e não das denominações que se atribuem ao empregado.

Em um acórdão de 20.3.16, do Tribunal de Apelação de Segunda Instância, integrado pelos Drs. *Martinez, Jiménez de Aréchaga y Montero Paullier*, se diz: "Que as cartas remetidas pelo autor ao demandado, a Propósito do aviso que apareceu nos jornais... nada provam, porque são os fatos posteriores os que

determinam a natureza do contrato e dos autos surge prova plena de que o autor desempenha funções e executa trabalhos que o qualificam como administrador do estabelecimento. Se foi chamado simplesmente capataz e, depois de se entenderem ambos, suas atribuições foram ampliadas para A, compreendendo-se que tinha aptidões para tanto, forçoso é chegar à conclusão legal de que a retribuição que lhe é devida pelos serviços que prestou deve estar em harmonia com a importância desses serviços".

E a então chamada Alta Corte de Justiça, com os votos favoráveis dos Drs. *Garzón, Cuñarro, Romeu-Burgues e Piñero*, em decisão de 27.6.17, confirmou esse acórdão, incluindo em seus considerandos os seguintes: "Que, fixada a natureza dessas tarefas, se poderá facilmente determinar o montante da retribuição, que deve ser proporcional à natureza dos serviços prestados, sem que a denominação de capataz ou administrador possa acarretar consequências distintas daquelas que realmente imponham a natureza das tarefas desempenhadas, desde que pode ocorrer que um chamado capataz exerça funções de administrador e possivelmente de mandatário, e um chamado administrador ou encarregado não exerça senão funções ou incumbências de um capataz"[539](#).

181. A condição de empregado depende dos fatos

Um segundo exemplo alude a que a condição de empregado deriva dos fatos e não da interpretação das partes.

Assim o diz o Dr. *Farmin Garicoits*, em decisão de 28.12.34, prolatada como *Juez Letrado Nacional de Hacienda y de lo Contencioso Administrativo*: "Não é o empregador quem deve atribuir a qualidade de empregado; esta surge da natureza dos fatos da relação jurídica que a configura, independentemente da interpretação mais ou menos tendenciosa dos interessados"[540](#).

182. Primam os fatos sobre as qualificações

Um terceiro exemplo, muito similar ao anterior, provém do mesmo magistrado. Em um acórdão de 10.3.35 lemos estas frases: "A qualidade de comerciante ou de operário não depende da qualificação que tenha o próprio interessado, mas surge dos fatos mesmos, cuja análise é preciso empreender, para determiná-la"[541](#).

183. Natureza e não denominação da relação no caso do viajante

Um quarto exemplo constitui uma sentença do então *Juez Letrado de Primera Instancia de lo Civil*, Dr. *Luis Alberto Bouza*, exarada 13 anos depois, na qual, a propósito de um problema de viajantes empregados ou autônomos, diz: "Deve-se assinalar que nenhuma influência acarreta a denominação que lhe tenham dado as partes, pois ela não obriga nestes casos aos juizes, nem os exime de investigar a verdadeira natureza da relação jurídica, pois o fundamental é estabelecer se entre o autor e a demandada existiu, ou não, uma relação de trabalho com subordinação técnica. Ademais, nenhuma influência exerce a denominação que se dê a uma pessoa que, fora do estabelecimento do empregador, realiza negócios em nome deste: viajante, corretor ou agente comercial, porque não é o nome que na linguagem comum se dá ao vendedor que se desloca ou viaja, o que determina a natureza jurídica do serviço contratado, mas é este o que define o conceito do que caracterizamos como viajante"[542](#).

184. Empresa do ponto de vista trabalhista

Um quinto exemplo administra um extenso e ilustrativo acórdão do então *Juez de Paz de la 4ª Sección de Montevideo*, Dr. *Héctor Luis Odriozola*, referente ao conceito de empresa em matéria trabalhista e à validade de uma colocação discutível do ponto de vista formal, porém eficaz da realidade. Com efeito, um trabalhador que trabalhava no jornal "La Tribuna Popular" acionou a referida empresa, quando a rigor deveria ter intimado os herdeiros do Espólio Lapido, que eram os donos do referido diário.

Na interessante sentença, que tem a data de 16.12.49, se diz:

"Entende o julgador que a intimação feita nos autos *deve* ser reputada válida. Admitida a existência da empresa jornalística demandada - que está administrada por uma Direção, que possui um administrador e um subadministrador, que edita um diário de ampla difusão e que ocupa numerosos operários e empregados - essa própria existência lhe confere uma personalidade trabalhista especialíssima, de conteúdo e efeitos circunscritos ao campo do Direito do Trabalho que a habilita a converter-se em sujeito da relação processual, quando o conflito de interesses nasceu no âmbito da atividade trabalhista.

"O critério expresso - alheio às idéias tradicionais acerca da personalidade de direito civil - encontra sua origem e fundamento nos conceitos que se foram modelando na órbita do Direito do Trabalho, por influência de uma realidade trabalhista cujas particularidades reclamam a formação de um estatuto jurídico próprio.

"Procede, por conseguinte, a exposição desses fundamentos.

"O conceito civilista tradicional, afetado por uma incapacidade de origem para encarar a nova realidade do direito trabalhista e captar todas as suas particularidades, não viu na relação de trabalho mais que uma intrincada trama de relações individuais entabuladas entre o empregador e cada um dos assalariados que integram seu pessoal.

"Essa concepção, desligada totalmente de uma realidade econômico-social que reclama Com urgência vital a atenção do Direito, teve que ceder a um novo conceito, rico em substância e possibilidades: o conceito de empresa".

Depois de uma erudita exposição sobre o conceito moderno de empresa, afirma: "O direito considerou, portanto, necessário afastar-se das idéias clássicas em matéria de personalidade, para determinados organismos da atividade trabalhista, sendo interessante assinalar, por outro lado, que as mesmas considerações que tiveram influência na determinação do reconhecimento de tal personalidade aos sindicatos são válidas para os fatos que aquele deve regular, a facilitação da atividade do organismo e a vigência das relações que promove, etc."

E a seguir, referindo-se ao aspecto processual da intimação, diz:

"O direito não é mera abstração, nem jogo especulativo tal que permita, sem demérito para o prestígio do próprio direito, que seja considerado pelos órgãos jurisdicionais como uma ficção, juridicamente inexistente, o que para outros órgãos estatais constitui uma realidade vivida.

"O direito processual contemporâneo se inspira predominantemente no princípio do finalismo, que atende à transcendência do vício que afeta o ato de procedimento, isto é, aos efeitos da imperfeição sobre a finalidade objetivada pelo ato processual. Quando o ato preenche seu objetivo - diz-se a partir deste ponto de vista - a regra de economizar esforços, de evitar repetições e feitos inúteis, aconselha reconhecer-se validade... ["543](#).

185. Relação de trabalho

Um sexto exemplo constitui a sentença do então *Juez Letrado de Primera Instancia de lo Civil de 6º Turno*, Dr. *José Maria França*, de 31.8.51, que, entre outras razões, para afastar a teoria da despedida técnica, invoca a existência de princípios próprios do Direito do Trabalho, distintos dos de direito civil clássico. Expressa a respeito: "Do regime de liberdade contratual se passa ao do *status* legal no qual adquire relevância jurídica a 'estrutura material ou de fato'. Na vinculação entre patrão e empregado, 'o que conta hoje não é o contrato de trabalho, mas a *relação de trabalho* posta em relevo por certos autores, especialmente por *Paul Durand* (*R. Savatier*, 'Les Métamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil d' Aujourd'hui', Paris, 1948, pág. 11, com remissões a *Rouast Durand*, 'Précis de Législation Industrielle', n. 273, e a *P. Durand*, 'Droit Social', 1945, pág. 298). Na concepção realista desse direito, o jurista enfrenta tendências e princípios novos e, em lugar do *contrato de trabalho*, adquire hoje importância a *relação de trabalho*. A estrutura *de fato* ganha terreno cada dia, às expensas da *estrutura* ideal, e 'são as prestações materiais que tendem hoje em dia - pelas necessidades imediatas de sua natureza - a ser fonte do direito, prevalecendo sobre os compromissos voluntários que, no plano humano, o realizam' (*R. Savatier*, 'Realisme et idealisme en droit civil d'aujourd'hui', em 'Le Droit Privé Français au Milieu du XX^{ème} Siècle. Études Offertes à G. Ripert', Paris, 1950, t. I, pág. 75 e segs.)" ["544](#).

186. Para a existência do contrato interessa a prestação do serviço, mesmo se faltar alguma formalidade

Um sétimo exemplo pode ser a sentença do Dr. *Guido Berro Oribe* [545](#), na qual se afirma que para a existência do contrato de trabalho interessa a prestação do serviço, ainda que não se tenham preenchido as formalidades

da designação. Nessa decisão, de 27.6.59, se usou pela primeira vez em nossa jurisprudência a expressão *contrato-realidade*, como decorre do seguinte parágrafo:

"O contrato de trabalho, quanto à sua celebração, não está sujeito a qualquer formalidade.

"Segundo expressão de *De La Cueva*, recordada por *De Ferrari* em seu parecer dado a conhecer durante sustentação oral, trata-se de um *contrato-realidade*, sendo bastante para que exista, a efetiva prestação do serviço. O consentimento, inclusive, pode ser tácito (*Planiol e Ripert*, 'Traite', t. XI, pág. 29; *Durand*, 'Traite', t. II, pág. 282).

"De modo que as irregularidades que passam ter sido cometidas pela Direção do Banco em formação, por motivo da designação do autor, não têm razão de ser, caso fique provado que os serviços foram prestados e que o Banco em formação os aceitou e deles se aproveitou".

187. Intranscendência do aspecto documental

Um oitavo exemplo versa sobre a intranscendência do aspecto documental, na determinação da existência do contrato de trabalho.

Em sentença de 30.3.60 o Dr. *Angel De La Fuente* expressa:

"Que somente tem valor muito relativo, para determinar a categoria do trabalhador, a circunstância de que não tivesse figurado em listas de trabalho e não tivesse sido afiliado à Caixa de Pensões, nem à de Contribuições Familiares.

"O que interessa é a verdadeira natureza da relação de trabalho que não resulta de tais fatos, nem das denominações que arbitrariamente dão os patrões a seus empregados, talvez com a finalidade de dissimular a verdadeira índole da relação contratual"[546](#).

188. Prevalecem os fatos sobre as denominações

Um nono exemplo insiste em que interessam os fatos e não as denominações que as partes possam utilizar.

Em um caso procedente do primeiro juiz do trabalho, Dr. *Luis V. Barbé Pérez*, de 8.5.61, é dito: "O juiz deve qualificar e julgar a controvérsia de acordo com os fatos apresentados e o direito aplicado, prescindindo do nome que lhe dêem as partes"[547](#).

189. Interessa o trabalho mais do que o acordo formal

Um décimo exemplo oferece uma sentença do *Juez Letrado de Trabajo de 1º Turno*, de 27.8.65, Dr. *Carlos Maestro*, na qual se afirma claramente o princípio: "Em matéria trabalhista, mais que o contrato formal, interessa o trabalho como fato, a prestação efetiva, na prática, de serviços em regime de subordinação jurídica, com independência do acordo de vontade que tenha podido existir"[548](#).

190. Verdade da vida

Um décimo primeiro exemplo provém do Dr. *Nelson Nicolliello*, primeiro titular de *Juzgado del Trabajo de 2º Turno*. Em uma sentença de 20.4.66[549](#), diz: "Será necessário para resolvê-lo examinar com cuidado essa realidade, confrontá-la com os princípios mais aceitos do Direito do Trabalho, adequando-os, quando os mesmos escapam a esta verdade da vida, desde que, como já se sabe, o contrato de trabalho é um contrato-realidade (*De La Cueva*, *Derecho Mexicano del Trabajo*', pág. 393)".

191. Aplicação ao caso dos viajantes

Um décimo segundo exemplo é constituído por uma sentença do então *Juez Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 4º Turno*, Dr. *Alberto Reyes Terra*, que, em uma sentença de 17.3.67, relativa à qualificação da relação jurídica de um viajante com a empresa, cujos produtos promovia, expressa: "É sabido que é o fato do trabalho, objeto fundamental do direito trabalhista em si, quer dizer, as modalidades concretas de sua prestação, a circunstância determinante da aplicabilidade de tais normas; que o contrato de trabalho é um *contrato-realidade*, com o que se quer precisar que os problemas trabalhistas se resolvem de acordo com a realidade dos fatos e não segundo o critério ou as denominações das partes, e até prescindindo delas, segundo estabeleceram unanimemente doutrina e jurisprudência (*Devealli op. cit.*, pág. 216; *Ramirez Gronda*, 'El Contrato de Trabajo', pág. 184; *Plá Rodriguez*, revista 'Derecho Laboral', t. II, pág. 401; *Bouza*, rev. cit., pág. 399; *Odrizola*, revista 'Derecho Laboral', t. V, pág. 173)"[550](#).

192. Relação única apesar da multiplicidade de contratos sucessivos

Um décimo terceiro exemplo é oferecido por uma sentença do *Tribunal de Apelaciones de 1º Turno*, integrado pelos Drs. *Carlos Dubra*, *Carlos Fleurquim Narbondo* e *Nelson Garcia Otero*, de 21.4.67, em que, interpretando a significação de um caso no qual o trabalhador assinou uma série de contratos por temporada e, a seguir, por cada período de inverno, o Tribunal sustenta que se configurou uma relação única. A respeito, expõe: "É necessário destacar, antes de tudo, que em direito trabalhista o que importa são os fatos da vida real, não a forma externa com o qual os querem revestir as partes. Se um operário trabalha permanentemente em uma empresa, deve ser indenizado ao ser despedido por decisão patronal, sem que isso possa ser obstado por terem sido lavrados ou acordados repetidos e sucessivos contratos com prazo determinado"[551](#).

193. Conglomerado econômico

Um décimo quarto exemplo versa sobre o conceito de conglomerado econômico, para que a diversidade de pessoas jurídicas não apareça como obstáculo à ação do trabalhador de fazer efetivos os direitos que resultam da prestação de serviços. Em uma decisão do Dr. *Abril Pérez San Martín* se diz:

"Dos autos se depreende que a demandada e P. S. constituem um mesmo grupo econômico ou patrimonial. Não se pode afirmar que isto implica em desconhecer a personalidade jurídica distinta, porque tal implicaria em um transplante brutal e sem flexibilidade ao direito trabalhista de normas civis baseadas em outros motivos, com outra *ratio legis*. De maneira alguma pode ser dito que as diferentes sociedades civis ou comerciais existem para que aquilo que é um mesmo patrimônio se tome por dois diferentes, para que o operário deva atender a todos indistintamente; e ele esteja coberto em sua relação de trabalho com uma personalidade do mesmo, e que tal fato possa ser oposto por outras personalidades como defesa para enriquecer o patrimônio comum. Se a legislação civil e comercial permite que a manipulação de sedes contábeis e a titularidade de ações de uma empresa por outra possibilitem um melhor benefício patrimonial até lícitamente, por não haver proibição expressa em muitos casos, no pagamento de menos impostos ou na limitação do risco de uma parte da exploração de um montante determinado, e não atingir a totalidade desse patrimônio, tal pode ser admitido e até endossado por razões de fomento industrial, de proteção à livre empresa, etc. Porém isso não pode jamais ser admitido como contestação ao direito do operário de receber o justo e a contrapartida de seu trabalho.

"O contrato de trabalho opõe de um lado a contribuição do operário, basicamente trabalho e subordinação, e de outro a do patrão, pagamento devido e estabilidade (oferta de trabalho e permanência). A parte patronal não pode, de modo algum, modificar esse esquema com o argumento de que sua organização jurídica ou contábil faz com que a compensação não seja devida por ela, mas por outra, que seja parte na tarefa. Se a tarefa era executada por outro e passa a executá-la um operário seu, *deve* retribuí-la. Demande o operário ao seu próprio patrão ou a outra pessoa desse mesmo patrimônio, *deve* qualquer deles pagar, porque não será *posível* opor ao operário um contrato entre eles (nem sequer civilmente *válido* perante terceiros) e menos ainda uma anotação contábil que poderá, segundo dissemos, até o limite da legislação antitruste, ser mais ou menos legal, *impositiva* e comercialmente falando, mas nunca como obstáculo ao pagamento pelo trabalho devidamente tutelado pela Constituição vigente. Se Produzido esse pagamento, e as diferentes pessoas do patrimônio quiserem prolongar a ficção e leva-la mais longe, poderão, se o entenderem conveniente, inclusive, até acionar (civilmente) entre elas, e reclamar devoluções ou indenizações. Isto sim, justamente em base civil ou comercial. Porém, reiteramos, a razão e o âmbito de aplicação dessas personalidades e todos os seus aspectos nunca poderão ser o Direito do Trabalho. Não foram criadas para ele, não são relevantes para ele e, ainda algo mais, não se podem utilizar dele para anular ou tergiversar o esquema clássico do contrato de trabalho. Precisamente a tutela deste é uma tutela de enriquecimento sem causa tipificada.

"Muitas ações cíveis destinam-se, no fundo, a tutelar a obtenção de um benefício com diminuição patrimonial da outra parte. Porém esse princípio geral é sua base. Também o é do Direito do Trabalho.

"O erro corrente nesta matéria é pretender o transplante direto das personalidades e, em geral, de todas as soluções civis e comerciais ao Direito do Trabalho e ainda exclamar *disparate*, quando este direito as rechaça, sem notar que este direito responde a princípios gerais distintos, aplica-se a diferentes aspectos da consciência humana, a zonas diversas, com valores diferentes. Pretender o contrário é o mesmo que tratar uma enfermidade psíquica do mesmo modo que a uma somática. Embora ambas tenham valores comuns, por exemplo o conceito de saúde, é absolutamente evidente que as próprias realidades enfocadas implicarão princípios e conclusões distintas. Exemplificando grosseiramente, observar ao microscópio uma paranóia ou preparar uma vacina contra um complexo"[552](#).

194. Irrelevância da designação formal quando os serviços foram prestados

Um décimo quinto exemplo constitui o acórdão do Tribunal de Apelações de 2º Turno, integrado pelos Drs. *Vago, De Vega e Frigerio*, prolatado em 12.5.67, referente à irrelevância da falta de determinação formal para adquirir os direitos e o estatuto do trabalhador.

Nos Considerandos se diz:

"Cumpra destacar que a irregularidade da designação não afeta os direitos do funcionário de filiar-se à Caixa, porque essa irregularidade afetaria o contrato de trabalho, mas não a relação de trabalho que efetivamente existiu, de acordo com os informes do próprio Banco e as declarações do Cr. C.

"E a existência da relação de trabalho é o essencial para gerar o direito do trabalhador aos benefícios sociais que lhe são inerentes, ou dela derivados, entre os quais se inclui a aposentadoria (ver *De La Cueva*, 'Tratado', t. II, págs. 454 e segs.; *Krotoschin*, 'Instituciones de Derecho del Trabajo', t. I, pág. 281)"[553](#).

195. Pluralidade de contratos

Um décimo sexto exemplo resulta de uma decisão de 27.8.69, do Tribunal de Apelações de 2º Turno, integrado pelos Drs. *Carlos Dubra, Nelson Garcia Otero e Orlando Olmedo*, na qual, para elucidar um problema de prescrição de salário de férias, se discute pluralidade ou unidade de relações trabalhistas, em função da vinculação das empresas onde sucessivamente trabalhou o reclamante, e que pertenciam ao mesmo grupo familiar.

Começa a decisão por fixar o critério geral reportando-se ao estabelecido em um acórdão anterior. "Tratando-se de um conflito do trabalho, a Corte entende que a decisão que adote não pode ser baseada nas formas extremas que haja adquirido a relação de trabalho, mas em Sua essência, conteúdo e natureza."

E a seguir, reproduzindo também parágrafos de outra decisão do mesmo Tribunal, alude à "Legislação que se editou em nosso país, diante da crise bancária de 1964, da qual algumas normas, como o art. 15 da Lei n. 13.330 e o art. 1º da Lei n. 13.469, têm por pressuposto a realidade econômica subjacente, e não a estrutura jurídica formal ou externa que essa realidade adquiriu. No direito tributário foi realizado igual esforço legislativo em defesa dos interesses fiscais. Portanto, não é possível ignorar que o direito, enquanto regulador de condutas, se nutre da realidade da vida e deve, em todos os casos, considerá-la devidamente"[554](#).

196. Continuação dos serviços após a despedida

Um décimo sétimo exemplo traz a decisão proferida em 1969 pelo Tribunal de Apelações de 3º Turno, integrado pelos Drs. *José P. Igoa, Alvaro Méndez Modernell e Gilberto Echeverry*, que aplica esse critério para resolver um problema relacionado com a duração do trabalho, uma vez que se tratava de um porteiro de um prédio de apartamentos que, embora despedido, continuou prestando serviços.

No acórdão se diz: "... no atinente à *duração da relação de trabalho*, tampouco é de ser recebido o agravo da recorrente porque, qualquer que tenha sido a resolução da demandada, enquanto a mesma não se tenha traduzido em ato externo, não tem significado. O contrato de trabalho é um contrato-realidade, como foi

sustentado reiteradamente, e nos autos se demonstrou que o autor continuava desempenhando as funções de porteiro, depois de dezembro de 1966, com a prova testemunhal produzida (fls. 23/30,44). Portanto, se a empregadora resolveu não continuar a relação de trabalho na data que indica, deveria ter adotado as medidas condizentes para impedir que o autor continuasse desempenhando os serviços de porteiro. Se tal coisa não ocorreu, como resulta da prova testemunhal, o documento de fls. 56 não tem a eficácia que pretende a ré, porque a decisão não teve realidade externa, em relação ao autor. Em consequência, a ré deve pagar o salário correspondente à duração da relação de trabalho... "[555](#).

197. Ausência de valor de uma renúncia contida em um recibo

Um décimo oitavo exemplo traz a decisão de 11.2.70, do Tribunal de Apelações de 1 Q Turno, integrado pelos Drs. *Nelson García Otero, Ruben Stratta, Enrique Frigerio e José P. Igoa*, em que para excluir o valor da renúncia à reclamação, contida em um recibo, diz: "Existindo a despedida, a confissão escrita do abandono, inserta em um recibo de pagamento, é totalmente ineficaz para eliminar a obrigação de indenizar. No Direito do Trabalho, direito realidade, contam os fatos, não sua documentação, como estabeleceu a Corte, na decisão n. 84, de 21.4.67, autos Frade contra Mariskonea, que se invoca como parte integrante desta resolução"[556](#).

198. Critério de apreciação da prova

Um décimo nono exemplo provém do mesmo Tribunal de Apelações, integrado pelos Drs. *Carlos Dubra, Nelson García Otero e Orlando Olmedo*, que, em decisão de 19.10.70, aplica este princípio como critério que serve para apreciar a prova trazida a juízo.

No referido acórdão se diz: "O contrato de trabalho é um contrato-realidade, no qual contam os fatos e não sua documentação (decisões 132/68, 186, 224, 305/69, 113/70, LJU, caso 7.263, e *Plá Rodríguez*, na revista 'Faculdade de Direito', XX, pág. 331) e conforme a prova testemunhal, depoimentos de fls. 169 e 170 referentes a pagamentos de subsídios familiares; as críticas às perícias de fls. 125 e os documentos de fls. 6, 67, perdem o significado e o valor por não preencher o déficit anotado"[557](#).

199. Viajantes

Um vigésimo exemplo pode ser constituído pela decisão de 4.9.74, do mesmo Tribunal de Apelações, integrado pelos Drs. *Nelson García Otero, Orlando Olmedo e José P. Gatto de Souza*, em que, examinando um problema relativo a eventuais viajantes independentes, se diz: "A Corte já fixou reiteradamente seu critério de que nos juízos trabalhistas tem primazia a realidade de trabalho existente, diante da forma documental que pudesse ter revestido a vinculação de trabalho"[558](#).

200. Primazia da relação de trabalho

Um vigésimo primeiro exemplo provém do mesmo Tribunal, que com idêntica integração, em uma decisão de 21.10.74, diz: "A Corte reafirma seu critério jurisprudencial que é a relação de trabalho que gera o direito à percepção do salário e demais prestações legais, e que o contrato somente exerce mera função de *engajamento*, o que equivale a dar valor à realidade material de sua dinâmica funcional objetiva e não à documentação suscetível de alteração e manipulação complacente"[559](#).

201. Continuidade desta posição jurisprudencial

Entendemos que esta vintena de casos seja mais ilustrativa da amplitude e variedade de aplicações do princípio que uma enumeração sistemática de possíveis aplicações que procurássemos fazer, já que, por mais imaginação e cuidado que puséssemos em sua elaboração, a riqueza da vida prática tornaria, em pouco tempo, incompleta e ultrapassada a enumeração apresentada.

Por outro lado, esta resenha, que compreende tão numerosa e representativa lista de magistrados, revela que não se trata de uma mera construção doutrinária, mas de um princípio ampla e firmemente adotado por nossa jurisprudência.

Só nos resta acrescentar que, posteriormente às datas das referidas sentenças, têm-se multiplicado as sentenças nas quais se aplica este critério de primazia da realidade.

Os exemplos que acabamos de oferecer estão na primeira edição deste livro, publicado em 1975.

Foram mantidos porque servem para demonstrar a antiguidade do critério, a pluralidade e a diversidade de suas aplicações e a firmeza e solidez da jurisprudência nessa área.

Poderíamos continuar citando exemplos que se têm multiplicado em virtude do maior desenvolvimento do Direito do Trabalho e do aumento do número de sentenças ditadas na matéria. Mas nos tomaria demasiado espaço.

Preferimos pinçar alguns novos exemplos do último "*Anuario de Jurisprudencia Laboral*" publicado antes de começarmos a escrever estas linhas.

Numa sentença da Dra. *Rita Patrón*, de 16.9.94, se diz: "todos os operários que depuseram foram coerentes em afirmar que a operária manjava a máquina de rama e a máquina percha normalmente, com competência, e que o fazia só - não como ajudante - e que as instruções que recebia não versavam sobre o manejo das máquinas, mas visavam a produção, isto é, o produto, sendo a autora responsável pelo funcionamento das máquinas; assim o declararam seus supervisores e encarregados. Daí que, de conformidade com o princípio de primazia da realidade que rege a matéria trabalhista, concluímos que cabe o pagamento das diferenças e suas incidências pelas categorias reclamadas"[560](#).

Em outra sentença da mesma juíza, de 25.9.95, se lê: "com a aplicação do princípio da realidade, manifesta-se com clareza que a relação que se pretendeu revestir-se de civil tinha natureza trabalhista; e isto porque, só formalmente, a prestação da força de trabalho se revestia de locação de serviço, mas nos fatos, o que encobria era uma verdadeira relação de subordinação, remunerada e alheia quanto à incerteza de ganho ou de perda para o trabalhador"[561](#).

Em outra sentença, do Dr. *Luis Tosi*, de 17.2.95, afirma-se: "No Direito do Trabalho importam os fatos, seu desenvolvimento e a realidade. Assim o determinou nossa jurisprudência, a saber: 'A reclamada faz referência ao documento de liquidação de haveres e aos recibos de pagamento. Todavia, no Direito do Trabalho importam os fatos, seu desenvolvimento, a realidade e, quando os mesmos estão em discordância com o que dizem os documentos, prima o princípio da realidade' (Sentença do Substituto do 3º Turno, n. 58, de 11.5.87, do Dr. *José Echeveste*, segundo o caso 846 do 'Anuario de Jurisprudencia Laboral 1984-87', CADE)"[562](#).

Numa sentença da Dra. *Rosina Rossi*, de 14.9.94, podemos ler: "A vigência do princípio de primazia da realidade impulsiona a busca para além da formalidade aparente, mesmo do rótulo, atribuído por uma ou ambas as partes, da realidade fática"[563](#).

Em outra sentença da Dra. *Estela Gómez*, de 7.3.94, encontra-se este parágrafo: "Com base no princípio da primazia da realidade, deve-se ater à tarefa *efetivamente* realizada e não ao nome com que é designada. É uma questão de fato que deve ser definida pelo que surge da *prova* juntada ao processo"[564](#).

Numa sentença do Tribunal de Apelações do Trabalho, de 1º Turno, de 13.4.94, se lê: "O princípio da primazia da realidade significa que, no caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que surge dos documentos ou acordos, deve dar-se a preferência ao primeiro, ao que acontece no terreno dos fatos"[565](#).

Numa sentença do Tribunal de Apelações do Trabalho, de 2º Turno, de 14.6.95, consta este parágrafo: "A esta altura da evolução do Direito do Trabalho, não se pode duvidar de que este Direito trouxe novos princípios, novos critérios e novas soluções, já que os problemas que põem os conflitos de trabalho devem ser penados e resolvidos à luz desses princípios e não dos princípios que disciplinam o Direito Civil. E entre os ditos princípios encontra-se o da primazia da realidade que 'significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que surge dos documentos ou direitos, deve ser dada preferência ao primeiro, quer dizer, ao que acontece no terreno dos fatos. Isto equivale a afirmar a primazia dos fatos sobre as formas, as formalidades ou as aparências'"[566](#).

202. Amplitude internacional do reconhecimento e aplicação deste princípio

A difusão deste princípio em diversos países surge das próprias citações reveladoras de sua origem.

Parece-nos, todavia, oportuno oferecer alguma referência de outros países, pois mostram a amplitude e a variedade de sua aplicação.

Manuel Alonso Olea e María Emilia Casas Baamonde aludem às "concludentes declarações da jurisprudência de que a natureza do contrato depende das obrigações que constituem seu objeto e não do nome que lhe dão as partes" (aplicação do princípio de primazia da realidade: *Plá Rodríguez*), sendo irrelevante a vontade delas, mesmo concordante e explícita - *a fortiori*, se imposta abusivamente por uma das partes à outra -, de subtrair um contrato de trabalho de suas normas reguladoras (neste caso, o contrato simulado seria, além disso, fraudulento), impondo-se, portanto, a "causa verdadeira", conforme o art. 1.276 do Código Civil, e não se impedindo "a devida aplicação da norma da qual se teria tentado fugir", conforme o art. 6.4 do Código Civil. As sentenças foram especialmente numerosas a respeito de trabalhos de direção e de representantes comerciais, nos quais era comum, dizem, desviar os efeitos substantivos do contrato de trabalho do representante "mediante fórmulas escritas mais ou menos de aparência (simuladas) de relações afins" (STS, 6.5.66), "resultando ser a relação jurídica (uma vez constatada a realidade prática derivada do contrato, como foi cumprida por uma e outra parte e qual foi a efetividade dos direitos e obrigações surgidas do mesmo) muito diferente do formalmente pactuado"[567](#).

No Brasil *Arnaldo Süssekind* afirma que a jurisprudência trabalhista tem procurado reprimir os atos unilaterais ou bilaterais praticados fraudulentamente contra o sistema legal de proteção do trabalhador, orientando-se de um modo geral de conformidade com as regras acima enunciadas.

Por exemplo:

a) se o empregador paga parte da remuneração devida à prestação dos serviços prestados a título de *ajuda de custo*, essa parcela deverá ser considerada como legítimo salário;

b) a despedida fictícia, com vistas a reduzir os direitos do trabalhador num simulado segundo contrato de trabalho, não pode propiciar os efeitos maliciosamente objetivados que o regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço elimina quanto ao tempo de serviço, e o mesmo ocorrerá quando a despedida for simulada com a intenção de alterar a estrutura jurídica da empresa ou a readmissão se der em outro estabelecimento da mesma entidade empregadora;

c) a utilização do estágio de estudantes ou de bolsa de estudos para encobrir a relação de emprego, seja porque se exige do estudante ou do bolsista a execução de tarefas que vão além da relação simulada e que, pelo modo de executá-las, configura um autêntico contrato de trabalho, seja porque o trabalhador permanece na empresa depois do estágio ou da bolsa, prestando serviços subordinados ao poder de mando do verdadeiro empregador;

d) a simulação de credenciamento de médicos e dentistas para a prestação de serviços normais na instituição com o mesmo regime de trabalho dos profissionais contratados como empregados;

e) a simulação de um contrato de sociedade ou de empresa, para ocultar uma relação de emprego realmente configurada, torna o contrato nulo de pleno direito, impondo a aplicação de normas jurídicas que regem o contrato de fato existente, que é o de trabalho[568](#).

Luiz de Pinho Pedreira conclui o tratamento desse princípio com um parágrafo intitulado "Jurisprudência sobre o princípio", no qual resenha 25 sentenças[569](#):

- Equiparação salarial. O Direito do Trabalho gira em torno da realidade, sendo inoperantes as nomenclaturas utilizadas para o desvio de sua aplicação. Se as funções efetuadas são iguais, não obsta à equiparação a denominação desigual atribuída pelo empregador (TRT 3ª Região. Relator: *Carlos Alberto Pereira*).

- A realidade tem primazia sobre as palavras. Se a alteração da forma remuneratória da jornada dobrada não traz prejuízo para o reclamante, repercutindo apenas na nomenclatura, é legítimo o ato empresarial (TRT, 3ª Região. Relator: *José Rotsen de Mello*).

- Equiparação salarial. É a circunstância objetiva do trabalho e não a denominação do cargo que determina a isonomia (TRT, 5ª Região. Relator: *Rosalvo Torres*).

- Realidade e contratualidade no Direito do Trabalho. Não importa a previsão contratual de oito horas quando o empregado sempre trabalhou apenas sete (TST. Relator: *Coqueijo Costa*).

- Em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos e acordos, deve dar-se preferência ao primeiro, isto é, ao que acontece no terreno dos fatos (*Plá Rodriguez*). É a primazia da situação de fato sobre a ficção jurídica que se manifesta em todas as fases da relação de trabalho (*Deveali*):

Revista de empresa não conhecida (TST. Relator: *Coqueijo Costa*).

- Representante comercial. No conflito entre os elementos formais da relação jurídica, dos quais resultaria o contrato de representação comercial, e seus elementos reais, dos quais emerge a prova do contrato de trabalho, deve dar-se preferência aos últimos (TRT, 5ª Região. Relator: *Pinho Pedreira*).

- Não é o rótulo de um determinado contrato que determina o reconhecimento de sua modalidade. O que realmente deve ser visto é sua realidade fática (TRT, 1ª Região. Relator: *Pimenta de Mello*).

- O Direito do Trabalho não admite que o empregado seja sacrificado em sua qualificação profissional por ato da empresa. A hierarquia e a qualificação profissional são patrimônio do empregado, que a lei ampara na garantia de suas funções. Estas, como é pacífico, não se limitam ao rótulo, pois só se esclarecem por seu conteúdo (TRT. Relator: *Simões Barbosa*).

- O empregado tem o direito de receber o salário correspondente às funções que efetivamente exerce. Hipótese na qual, embora admitido como vendedor júnior, o empregado desempenha as funções de vendedor sênior e percebe o salário correspondente ao primeiro cargo (TRT, 5ª Região. Relator: *Vieira Lima*).

- Se o motorista reclamante, embora realize serviço externo, estava subordinado a controle de jornada, conforme prova nos autos, tem direito ao pagamento de horas extras comprovadas durante a instrução do processo, sendo, nesse caso, irrelevante a anotação na Carteira de Trabalho à qual se refere a alínea a do art. 62 da CLT, porque diferente da realidade dos fatos (TRT, 8ª Região. Relator: *Vicente José Malheiros da Fonseca*).

- Prevalece no Direito do Trabalho o princípio de primazia da realidade, o que significa que os efeitos do contrato são tirados da forma na qual se realizou a prestação de serviços. Portanto, as relações jurídicas se definem e se conceituam por seu real conteúdo, pouco importando o nome que lhes tenha sido atribuído pelas partes. Por conseguinte, provado que, num determinado período, postulante e paradigma exerceram as funções de cadastramento, com atribuições idênticas, impõe-se a equiparação salarial, pouco importando o nome atribuído ao cargo ocupado por este último (TRT, 3ª Região. Relatora: *Alice Monteiro de Barros*).

- Para o Direito do Trabalho é relevante a situação real em que se desenvolve a relação de emprego (TST. Relator: *Barata Silva*).

- Desenvolvendo-se a prestação de serviços nas mesmas condições quando efetuada pelo trabalhador para a empresa, não se justifica a atitude da empresa considerando o emprego numa fase intermediária e não na primeira e na última fase. No Direito do Trabalho, no qual predomina o princípio da primazia da realidade, esta prevalece sobre a forma, as fórmulas e os documentos (TRT. Relator: *Pinho Pedreira*).

- Na contratação do trabalho, mais que a cláusula escrita, vale o aspecto fático da prestação do trabalho para definir sua natureza e seus limites jurídicos. A preeminência da prestação de trabalho deriva da consubstanciação do pacto que o justifica: um contrato-realidade (*Iñarritu*) (TST. Relator: *Ildélio Martins*).

- É inócua a declaração consignada no contrato de que o trabalho será prestado sem vínculo empregatício, se a realidade revela ser de emprego a relação jurídica existente entre as partes. A primazia da realidade, que constitui um dos princípios de direito do trabalho, consiste exatamente em não permitir que as disposições contratuais escritas se sobreponham à realidade fática (TRT, 12ª Região. Relator: *Umberto Grillo*).

- Duplicidade formal. Unidade essencial. Embora a aparência formal mostre a existência de dois contratos distintos, proclama-se a unicidade contratual se a prova demonstra que o empregado esteve sujeito a uma subordinação única (TRT, 3ª Região. Relator: *José Murilo de Moraes*).

- Jornada. Primazia da realidade. Na falta de contratação expressa quanto à jornada de trabalho, a mesma é a que se depreende da realidade vivida pelas partes, no dia a dia, conforme o provam os contracheques juntados. E o que se observa de incidência do princípio de direito material, relativo à primazia da realidade (TRT, 3ª Região. Relator: *José Walter Chaves*).

- O contrato de trabalho não está sujeito a fórmulas sacramentais. O simples fato de não constar no contrato a palavra "experiência" não implica a conclusão de que não se tratava de contrato de experiência (TRT, 2ª Região. Relator: *Wilson de Souza Campos Batalha*).

- O princípio da realidade utilizado na esfera do Direito do Trabalho não tem "mão única". Se há prova de que os descansos trabalhados foram pagos a título de "horas extras", a simples denominação não invalida a finalidade, mesmo porque pagar descansos trabalhados pelo preço de horas extras é até mais benéfico para o empregado (TRT, 3ª Região. Relator: *Danillo Achilles Savassi*).

- Estagiário. Banco do Brasil. Vínculo de emprego. Tendo sido o reclamante admitido no Banco antes da promulgação da atual Constituição - em fevereiro de 1988 -, não se pode falar de violação do art. 37, II, da Constituição em vigor. Não há tampouco ofensa ao art. 4º da Lei n. 6.944/77 diante da situação de fato deliberado pelo Tribunal Regional de origem, que assinalou que a lei que rege os estagiários não fosse cumprida, ocorrendo apenas uma relação de emprego. Matéria de cunho eminentemente fático. Incidência na espécie do Enunciado 126/TST. Em sua fundamentação, o Tribunal se estriba expressamente no princípio da primazia da realidade, dizendo que, ao se reconhecer, no plano da realidade, a existência do vínculo de emprego, por pretensão e fraudulento regime de estágio, não se está violando, como sustenta o reclamante, a norma inserida no art. 37, inciso II, da Constituição Federal (TST. Relator: *Hylô Gurgel*).

- O contrato de trabalho não resulta apenas de seu aspecto formal, de sua celebração escrita, até porque não é de sua essência. Por ser um contrato-realidade, torna-se independente da formalidade para sua concretização; elementos que o tipificam demonstram a relação de emprego (TRT, 9ª Região. Relator: *Lauro Gama e Souza*).

- A caracterização de um vínculo de emprego emerge da realidade fática pela qual se desenvolve a atividade contratada. Por isso é que o contrato de trabalho é tido como contrato-realidade (TRT, 8ª Região. Relator: *Delvio Buffulin*).

- Quando se nega a existência de qualquer prestação de trabalho, a prova cabe ao autor, por ser fato constitutivo. O contrário obrigaria o réu a provar um fato negativo, em geral impossível na prática. Mas, constatada a prestação pessoal de serviços, presume-se tratar de uma relação de trabalho. Incumbe assim ao réu provar que o contrato era autônomo, eventual, societário ou de qualquer outra forma não subordinada (TRT de São Paulo. Relator: *Valentin Carrion*).

- Por se tratar de contrato-realidade, são os fatos que provam a natureza da relação de trabalho. Admitida a relação de trabalho, compete à empresa o ônus de provar a existência do trabalho eventual ou autônomo. Não tendo se Ocupado disto, não há como reconhecer a procedência do recurso (TRT, 10ª Região. Relator: *Bertholdo Satyro*).

- Reconhecida a prestação pessoal de serviços, cabe à reclamada o ônus de provar a existência do contrato de atividade diversa da do trabalho, sempre presumido nessa circunstância (TRT, 5ª Região. Relator: *Celso Andrade*).

Na Argentina, podemos citar este parágrafo de *Juan Carlos Pastor*⁵⁷⁰: "Deve ficar claro que a vigência deste princípio não se dá apenas com referência à relação de trabalho ou ao contrato de trabalho, mas é extensiva a qualquer uma de suas modalidades. Por conseguinte, terá validade toda vez que se questionem direitos do trabalhador referentes a datas de admissão e de despedida, tarefas cumpridas ou categoria profissional desempenhada, jornada de trabalho, horas extras, remunerações, licenças, pagamentos, etc., desde que a primazia da realidade se imponha às evidências documentais que puder oferecer o empregador".

E, poucas páginas mais adiante, oferece vários exemplos jurisprudenciais que reconheceram esse princípio:

- Não sendo decisiva a denominação da relação jurídica entre as partes, nem os alcances que lhe outorguem, mas seu conteúdo real, o rigorismo das formas cede sempre que prevaleça a verdade jurídica objetiva e a natureza da situação concreta existente, mesmo quando contidas em documentos reconhecidos pelas partes⁵⁷¹.

- Face ao denominado princípio da primazia da realidade, a circunstância de o trabalhador estar inscrito como autônomo e como contribuinte, para o pagamento do imposto de renda, não influi na consideração da real natureza da vinculação, porque pôde constituir perfeitamente uma exigência formal do verdadeiro empregador⁵⁷².

Em matéria trabalhista, a realidade deve prevalecer sobre a ficção e assim um contrato deve ser qualificado pelo que é em si mesmo e não pela denominação que as partes lhe tenham dado⁵⁷³.

A relação de trabalho é um contrato-realidade, assim chamado para indicar que a determinante são os fatos tais como se dão e não o que as partes quiserem dizer de sua relação ou de suas denominações ou formas que, de boa ou má-fé, adotam para pôr um véu sobre o realmente ocorrido⁵⁷⁴.

A simulação pode consistir também na adoção de figuras trabalhistas e não só extratrabalhistas. O princípio de primazia da realidade tende a desmascarar toda relação de trabalho encoberta, uma vez que o contrato de

trabalho é um contrato-realidade, em que os fatos são preferíveis às formalidades contratuais quando estas não refletem precisamente a realidade⁵⁷⁵.

No Chile, *Sergio Gamonal*^{575bis} afirma que há muitos exemplos da aplicação deste princípio. "A jurisprudência judicial tem expressado que este princípio está consagrado no art. 8º, inciso primeiro, do Código de Trabalho, que diz: 'Toda prestação de serviços nos termos indicados no artigo anterior leva a presumir a existência de um contrato de trabalho'" (Sentença da Corte de Apelações de Santiago, de 30.3.87, publicada na Revista "Gazeta Jurídica", n. 81, 1987, págs. 87 e segs.).

Em outra sentença, pronunciada com relação à aplicabilidade do art. 4º da Lei n. 18.476, que dispunha que as contratações de prestações de serviços efetuadas por honorários para uma das partes - o Fisco - estavam de conformidade com o direito, se opinou que o trabalhador despedido tinha direito a indenização por anos de serviços, já que, sem prejuízo da citada lei, sua relação tinha natureza de relação de trabalho e não de prestação de serviços por honorários. O tribunal assim se pronunciou: "é um princípio interpretativo da lei que esta não pode alterar a realidade das coisas, e que a dita realidade constitui um limite para o legislador, que não pode ser ultrapassado" ("Revista de Derecho y Jurisprudencia e Gaceta de los Tribunales", 1992, pág. 127).

Poderíamos continuar com estas enumerações, mas nos parecem suficientes para provar a vigência efetiva do princípio e da multiplicidade de aplicações.

V. O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

203. *Caráter de novidade*

Na enumeração dos princípios realizada por diversos autores não se faz referência a um que, freqüentemente, embora de forma incidental, havia sido utilizado pela jurisprudência: o princípio da razoabilidade ou da nacionalidade⁵⁷⁶.

Contudo, na prática profissional e docente, apreciamos experimentalmente sua utilidade, fecundidade e amplitude.

Por isso, incorporá-lo-emos a nossa exposição, embora estejamos conscientes de que a falta de antecedentes pode tornar particularmente *controvertido* este capítulo.

204. *Denominação*

Começaremos por colocar um problema terminológico: princípio de racionalidade ou de razoabilidade?

Nada melhor que recorrer à definição gramatical. Racionalidade é a qualidade do racional. E racional é o dotado de razão, ou conforme à razão.

Por sua vez, razoabilidade é a qualidade do razoável. E razoável é definido como o regulado, o justo, o conforme à razão. O próprio dicionário equipara ambas as expressões ao indicar como sinônimo: racional.

De modo que, na verdade, ambas as palavras são equivalentes. Contudo, a palavra racional costuma ser utilizada com maior freqüência para referir-se ao ser dotado de razão e a palavra razoável costuma ser reservada para aludir às atitudes conformes à razão.

Por isso, sem fazer questão fundamental, preferimos a palavra *razoabilidade* porque se ajusta melhor ao sentido a que nos referimos, ao usar essa expressão. O ser racional pode não atuar razoavelmente se se deixa levar pela paixão ou pelo interesse desmedido. E queremos aludir à suposição - que é uma em que repousa o Direito do Trabalho - de que as partes em matéria trabalhista atuam - ou, melhor dizendo, devem atuar - razoavelmente, quer dizer, conforme à razão.

*Recassens Siches*⁵⁷⁷ inclina-se também por chamá-lo de princípio de razoabilidade e não de racionalidade por razões mais profundas, derivadas da lógica do razoável. Sem entrar nessas considerações filosóficas, concordamos com o mestre espanhol, no sentido de que o razoável é o *bem* fundado, pensado satisfatoriamente, de um modo consciente.

Nessa mesma linha de pensamento, *Perelman*⁵⁷⁸ afirma:

"Todo direito, todo poder legalmente protegido e concedido tem em vista certa finalidade; o titular desse direito tem poder de avaliação quanto à maneira de ser exercido. Mas nenhum direito pode ser exercido de um modo não razoável, pois o que não é razoável não é direito".

205. Noção

Reduzido, pois, à expressão mais simples, podemos dizer que o princípio da razoabilidade consiste na afirmação essencial de que o ser humano, em suas relações trabalhistas, procede e deve proceder conforme à razão.

Pinho Pedreira o define como o princípio segundo o qual, nas relações de trabalho, as partes, os administradores e juízes devem conduzir-se de uma maneira razoável na solução de problemas ou conflitos delas decorrentes⁵⁷⁹.

Poderia talvez ser dito que uma afirmação tão elementar não é exclusiva do Direito do Trabalho, mas própria de todos os ramos do direito. Toda a ordem jurídica se estrutura em torno de critérios de razão e de justiça, que partem da natureza da pessoa humana e buscam concretizar um ideal de justiça.

A premissa do regime jurídico é que o homem age razoavelmente e não arbitrariamente, já que a arbitrariedade pode ser vista como a contrapartida da razoabilidade. A Suprema Corte argentina tem dito que toda pretensão de uma pessoa - seja física ou jurídica - deve enquadrar-se num marco de razoabilidade jurídica⁵⁸⁰.

Mas, além de que os princípios do Direito do Trabalho não têm por que ser necessariamente peculiares a este ramo jurídico⁵⁸¹, pertinência de um princípio dessa natureza parece resultar mais necessárias naquelas áreas onde a índole das praxes normativas deixa amplo campo para a decisão individual. Mas essa amplitude da margem de atuação derivada da impossibilidade mesma das previsões não pode confundir-se com a discricionariedade absoluta, nem com a liceidade de qualquer comportamento, por arbitrário que seja.

Trata-se, como se vê, de uma espécie de limite ou freio formal e elástico ao mesmo tempo, aplicável naquelas áreas do comportamento onde a norma não pode prescrever limites muito rígidos, nem em um sentido, nem em outro, e sobretudo onde a norma não pode prever a infinidade de circunstâncias possíveis.

Couture^{581bis} escreveu estes parágrafos esclarecedores:

"A idéia da razoabilidade será por muito tempo uma dívida dos direitos de filiação romana para com o direito anglo-saxão.

"O geométrico sistema da lei escrita tem feito, tradicionalmente, que as coisas sejam justas ou injustas, legais ou ilegais, lícitas ou ilícitas; a idéia de que podem ser razoáveis e, portanto, entrar paulatinamente, passo a passo, na liceidade ou na iliceidade é algo que tem levado muito tempo para entrar no direito dos princípios. A lógica jurídica pareceu sempre inimiga irreconciliável dessas fórmulas de estimativa jurídica, segundo as quais um mesmo fato (por exemplo, o imposto) pode ser razoável em certa medida e não em outra. A firmeza, o rigor, a admirável exatidão foi, ao longo da história, uma conquista gloriosa. A insegurança, o arbítrio judicial, as soluções aproximativas foram sempre a incerteza, a desordem, a arbitrariedade.

"Mas à medida que a idéia do razoável, tão grata aos tribunais americanos e, especialmente, a sua Suprema Corte, foi entrando em nossa jurisprudência, pôde-se perceber que o caos não vinha com ela e que se fazia penetrar no direito um elemento de equilíbrio que tanto lhe fazia falta".

206. Aplicação no direito constitucional

Tanto não é exclusiva do Direito do Trabalho que há alguns precedentes em outros campos do direito.

Por exemplo, a jurisprudência da Suprema Corte estadunidense tem aplicado esse critério de razoabilidade para a determinação de quais são as limitações ao princípio de igualdade, estabelecido pela Constituição, de que pode dispor o legislador. O reconhecimento da igualdade entre todos os seres humanos não significa a impossibilidade de estabelecer leis aplicáveis a certos grupos de pessoas. Aqui começa a influir o critério da

razoabilidade: se se justifica razoavelmente a discriminação, cabe reconhecer como legítima a limitação do princípio de igualdade. Porém, se, ao contrário, a linha divisória ou o critério distintivo carece de razoabilidade, a discriminação carece de legitimidade e justificação.

Justino Jiménez de Aréchaga, que difundiu entre nós as conclusões da jurisprudência norte-americana neste aspecto, resume-a desta forma: o princípio de igualdade "não se opõe a que se legisle para grupos ou classes de pessoas, com a condição de que todos os compreendidos no grupo sejam igualmente alcançados pela norma e que a determinação da classe seja razoável, não injusta ou caprichosa ou arbitrária, mas fundada em uma real distinção". Cita a seguir uma série de acórdãos que afirmam: "Embora a legislação de classe seja proibida pela garantia federal da igualdade perante a lei, ela não proíbe uma razoável classificação das pessoas e das coisas, com finalidades legislativas". E precisa que "a razoabilidade da formação dos grupos ou classes não pode ser julgada independentemente do objetivo mesmo buscado pela lei", ilustrando tal afirmação com o seguinte exemplo: "Seria arbitrário dispor que as mulheres não possam gozar do direito de reunião ou do direito de associação, com a mesma intensidade dos homens, porque, sob o ponto de vista do exercício do direito de reunião, não se chega a perceber a possibilidade de estabelecer uma diferença razoável entre mulheres e homens. Em troca, seria razoável dispor que, com relação a certos trabalhos industriais, as mulheres não poderão exercer sua liberdade de trabalho, com a mesma intensidade que os homens, porque pode tratar-se de trabalhos de tal natureza que causem um dano físico mais intenso à mulher do que ao homem. Assim, pois, é possível legislar 'para mulheres', mas a razoabilidade da constituição das mulheres em grupos ou classes distintas do ponto de vista legislativo resultará da consideração de qual seja a matéria legislada" [582](#).

Juan Francisco Linares expôs, em uma excelente monografia sobre o tema [583](#), como a jurisprudência norte-americana foi desenvolvendo este princípio de razoabilidade, a partir do princípio do *due process of law*, o qual figura como um *standard* jurídico [584](#) que inicialmente teve um alcance puramente processual ou instrumental, para adquirir em seguida um sentido *substantivo*, *convertendo-se* em uma espécie de garantia constitucional inominada.

O *devido processo* exige que exista certa relação substancial e *razoável* entre a lei e a segurança, salubridade, moralidade, bem-estar, etc., da população. É o que se tem chamado a regra do equilíbrio conveniente (*balance of convenience rule*) ou da racionalidade, ou das relações substanciais.

Mas determinar quando esse equilíbrio existe, quando um ato é *razoável* sob esse aspecto, constitui um problema árduo. Várias são as fórmulas que se têm proposto para conceituar o que é razoável ou conforme a regra do equilíbrio conveniente. Entre outras, podem ser citadas como exemplos as seguintes:

a) é a comparação e o equilíbrio das vantagens que um ato do Estado traz à comunidade, com os encargos que lhe causa;

b) é a adequação entre o meio empregado pelo ato e a finalidade que ele colima; e

c) é a conformidade do ato com uma série de princípios, aos quais se considera ligada a existência da sociedade.

Algumas passagens de acórdãos da Suprema Corte estadunidense são particularmente ilustrativos: "Constitui regra geral, estabelecida pela jurisprudência estadunidense, que, a fim de que uma medida policial seja razoável. os meios adotados *devem* ser *razoavelmente* necessários e adequados ao cumprimento dos *objetivos* legítimos compreendidos dentro do domínio do dito poder" "" "Para ser constitucional uma regulamentação legislativa sancionada no exercício do poder de polícia, *deve* haver uma relação verdadeira e substancial com a saúde, a segurança, a moral pública ou algum outro aspecto do bem-estar geral" ... "A regulamentação *deve* tender ao cumprimento ou à promoção de tais *objetivos* em grau perceptível e claro, seja na *prevenção* de alguma ofensa ou dano manifesto, seja na consecução de ditas finalidades. Os meios empregados não *devem* ir além das necessidades do caso".

Cita *Linares* a opinião de *Carl Schmidt*, para demonstrar que a exigência de razoabilidade para os atos estatais não é uma instituição *exclusiva* dos povos de língua inglesa:

"A vinculação do legislador à lei é possível, não obstante somente na medida em que a lei é uma norma com certas propriedades: retidão, razoabilidade, justiça, etc.

"Esta característica da lei do Estado de Direito provém da filosofia grega e passou ao Ocidente, através da Escolástica.

"A lei não é *vontade* de um ou de muitos homens, mas uma coisa geral, racional; não *voluntas* porém *ratio*. Isto vale sem distinção de formas de governo para monarquia, aristocracia e democracia. Por isso distingue *Aristóteles* uma democracia em que imperam as resoluções populares e não as leis ... também para *Santo*

Tomás de Aquino a lei é uma *ratione ordinatio*, em contraste com a *vontade* conturbada pelas paixões de um indivíduo ou de uma massa de homens"[585](#).

Este mesmo conceito tem sido aplicado pela Suprema Corte Argentina. Com efeito, revisando seus acórdãos, nota-se que há um dado cuja aparição tem certa constância: a utilização expressa ou implícita de certo critério de racionalidade para estimar se uma lei implica alterar os direitos fundamentais do indivíduo. Às vezes se invoca o art. 28 do texto constitucional[586](#), e outras se utiliza a expressão verbal razoável ou razoabilidade, mas o conceito é sempre o mesmo: a fórmula de racionalidade ou balança de conveniência arbitrada pelas cortes estadunidenses em sua particular Concepção do devido processo substantivo .

207. Aplicação no direito penal

Outro exemplo, bastante distinto e distante do anterior, é o que se relaciona com um dos elementos próprios da legítima defesa dentro do direito penal. Com efeito, o art. 26 do Código Penal inclui a legítima defesa dentro das causas de justificação e, para que ela se configure, exige a concorrência de três circunstâncias, uma das quais é: "b) Necessidade racional do meio empregado para repeti-la (a injusta agressão) ou impedir o dano".

Não teria sentido entrarmos nas elaborações doutrinárias ou jurisprudenciais destinadas a fixar com precisão o alcance desse componente da legítima defesa. Mas podemos dizer, com um ilustre penalista argentino, "que se trata de um critério flexível, que não pode ser considerado em abstrato, mas em cada caso concreto: o meio é racional quando for necessário, dentro das possibilidades de que dispõe o autor"[587](#). E outro penalista, não menos ilustre, ensina que a vítima de uma agressão ilegítima pode defender-se oportunamente, mas, não obstante, ser ilegítima sua defesa por não ter reagido de forma adequada. A ação ou omissão, prossegue, é racionalmente necessária como defesa, se guarda proporção com a agressão[588](#).

Essa aplicação do critério da racionalidade, no âmbito do direito penal, serve para pôr em relevo alguns traços típicos do mesmo em qualquer outra área jurídica:

- a) a necessidade de analisar, em concreto, cada caso em que este critério se aplica;
- b) o enfoque *flexível* e elástico com que *deve* ser manejado; e
- c) a necessidade de certa proporcionalidade entre a ação e a reação[589](#).

208. Aplicação no direito processual

Num recente estudo[590](#), o ilustre processualista *Angel Landoni Sosa* resume as conclusões de um amplo e erudito doutrinário, jurisprudencial e legal nos seguintes pontos:

"1 - O princípio da razoabilidade integra o componente lógico das regras da *sã crítica* e será um instrumento eficaz que permitirá aos magistrados resolver, com justiça, determinadas situações levantadas no processo e conseguir, nos casos concretos, a efetiva vigência dos direitos substanciais.

"2 - O direito processual uruguaio acolhe a teoria da substanciação; por conseguinte, autor e demandado têm o ônus de alegar e provar suas respectivas afirmações e, como consequência, tanto a demanda como a contestação devem conter os fatos fundamentais que constituem o suposto fático da norma que se pretende aplicar.

"3 - Quanto à determinação de quais fatos são substanciais e quais acessórios ou circunstanciais, será o caso de aplicar na espécie o princípio de razoabilidade como critério orientador.

"4 - O dito princípio será também uma ferramenta eficaz a ser utilizada pelo juiz, para determinar se está ou não razoavelmente fundamentado o *motivo* aduzido pelo demandado para, sem fazer a efetiva contradição, manifestar que não lembra algum fato ou circunstância aduzida pelo autor e diminuir assim as consequências drásticas - admissão dos fatos e autenticidade dos documentos - previstas no art. 130.2, inciso 2º, do Código Geral do Processo.

"5 - O ônus da prova tem um duplo aspecto: de um lado, como norma de juízo, com vistas ao julgador para o caso de haver omissões ou deficiências da prova e, por outra parte, como norma de conduta a ser observada

pelas partes como imperativo do próprio interesse, já que elas, no caso de descumprimento, sofrerão as consequências de sua omissão.

"6 - As modernas teorias (*Peyrano* : ônus probatórios dinâmicos; *Morello* : *visão* solidária do ônus da *prova*) referentes á distribuição do ônus da prova no processo civil poderão ser aplicadas por nossos juízes, pois nosso Código já as recebeu tacitamente como critério supletivo no art. 139.2, na medida em que faculta ao juiz apreciar, conforme as regras da *sã crítica*, as omissões ou deficiências da prova.

"7 - As regras da *sã crítica* são um precioso padrão jurídico, com um componente suficientemente preciso (as regras da lógica formal) e outro suficientemente flexível (as máximas de experiência do juiz) para buscar a justiça das situações particulares.

"8 - Concebemos o princípio da razoabilidade como parte integrante das normas da *sã crítica*, como uma aplicação da lógica do razoável, do humano, de que nos falara *Recassens*, tanto para a interpretação dos fatos relevantes do processo quanto para a avaliação da prova e para a aplicação do disposto no art. 14 do Código Geral do Processo, que impõe ao tribunal o dever de interpretar a norma processual levando em conta que o fim do processo é efetividade dos direitos substanciais.

"9 - A apreciação conjunta da prova em nosso país é ordenada pelo Código Geral do Processo, art. 140. Deve ser realizada racionalmente e de acordo com as regras da *sã crítica*. Para isto, será um eficaz instrumento de apoio o princípio da razoabilidade que o orientará sobre quem tinha o ônus da prova e quem estava em melhores condições de produzi-la".

209. Aplicação no direito civil

Outro conceito com o qual guarda um parentesco mais longínquo, mas com o qual conserva alguns traços comuns, é o de "bom pai de família", que, próprio do direito civil, também deve ser examinado em cada caso, diante de circunstâncias concretas e que supõem uma situação equilibrada e razoável.

210. Características. Elasticidade

Tanto a definição que propusemos como os exemplos que, embora procedentes de outros ramos do direito, servem para ilustrar o princípio que estamos descrevendo nos mostram que se trata de um critério muito geral, de índole puramente formal, sem um conteúdo concreto.

Justamente essa falta de conteúdo concreto, ao mesmo tempo que lhe dá uma grande dose de imprecisão, assegura e promove sua fecundidade.

Na medida em que se tenta apreendê-lo em uma definição precisa, que se estenda além de uma simples descrição, se lhe agregam elementos estranhos, que não somente o tornam impuro, obstaculizando sua legitimidade e indiscutibilidade, como também o restringem em suas possibilidades de aplicação [591](#).

Pensamos que grande parte de sua utilidade deriva de uma elasticidade, de uma amplitude ilimitada de seu alcance, da infinita variedade de suas formas de aplicação.

Ao se pretender dar-lhe um conteúdo preciso, limita-se sua funcionalidade.

Por isso, para respeitar seu verdadeiro caráter e salvaguardar sua função completa, *deve-se* deixá-lo em sua expressão primitiva e esborçada.

211. Certa dose de subjetividade

Outra característica deste critério é seu caráter parcialmente subjetivo.

Diversos juizes estadunidenses têm-no colocado em relevo, ao analisar o problema da razoabilidade das leis. *Holmes* expressa: "Pode-se dizer que a diferença que separa o razoável do que não o é, não é senão uma questão de grau. Se se analisam as situações com prolixidade, encontram-se muitas diferenças. A cada instante, são as diferenças de graduação as que permitem determinar a medida que a legislação pode exceder seu poder de polícia". *Hall* afirma: "O critério da razoabilidade não pode ser definido com precisão, mas um estudo cuidadoso dos casos específicos tende a desenvolver uma compreensão intuitiva da razoabilidade. Esta compreensão excede a análise e totaliza nela muitas expressões inconvenientes e obscuras; isso é suficiente para subministrar como guia, quando é acompanhada do conhecimento dos fatos particulares e das condições do meio".

Os comentaristas coincidem com este enfoque. *Galland* adverte: "Dizer que uma prescrição legislativa é razoável é dizer que é oportuna, que está conforme à opinião geral, ao que o americano médio pensa". E *Kales*, após aguda exposição, Conclui: "Quanto ao *due process*, a única limitação sobre as legislaturas é que um ato que prive uma pessoa de sua liberdade ou propriedade é nulo quando, na avaliação de todos os interesses, o efeito predominante desse ato é tal que qualquer generalização resultante de sua sustentação abriria caminho livre para o ataque, pelas legislaturas, contra uma condição fundamental de existência da ordem social".

E, resumindo este assunto, faz notar *Linares* - de quem extraímos estas citações - que a decisão deste assunto não pode ficar liberada ao juízo, ou à intuição, ou sensações viscerais dos juizes, apesar de que estes, por razões óbvias, não podem afirmá-las expressamente em caráter geral, pelo que devem de algum modo acrescentar no caso considerações tendentes a demonstrar a justificativa de sua apreciação. Por isso conclui que "a valorização jurídica é subjetiva apenas em parte, pois também é ou deve ser parcialmente objetiva, no sentido de ser compartilhada pela comunidade"[592](#).

Recassens Siches aponta como primeira característica da lógica do razoável o ser limitada ou circunscrita, condicionada ou influenciada pela realidade de um determinado mundo social e histórico, no qual, com o qual e para o qual são produzidas as normas jurídicas, tanto gerais (leis) como individualizadas (sentenças judiciais e resoluções administrativas)[593](#).

Em outras palavras, podemos dizer que a noção de razoabilidade, se bem que conduza, em última análise, a apreciações indemonstráveis - nisso radica seu componente subjetivo -, não pode autorizar, por definição, nenhum juízo caprichoso, arbitrário ou extremamente pessoal. Deve ser uma conclusão a que chegue naturalmente qualquer pessoa normal que julgue o problema equilibradamente, com idêntico conjunto de elementos de julgamento.

212. Aplicação no Direito do Trabalho. Sinal de verossimilhança

Pensamos que no Direito do Trabalho este princípio tem duas grandes formas de aplicação.

Em alguns casos serve para medir a verossimilhança de determinada explicação ou solução.

No dinamismo próprio das práticas comerciais e industriais e na imensa variedade de situações nas quais o trabalho de uma pessoa se coloca a serviço de outra, mediante o pagamento de uma retribuição, há uma infinidade de situações equivocadas, confusas, limítrofes. São as famosas zonas cinzentas de que tantas vezes se tem falado, que requerem detida análise para poder determinar se se trata de uma autêntica relação trabalhista ou não e, sobretudo, para poder distinguir a autenticidade da ficção. Todos sabemos que, a par da grande multiplicidade de situações difíceis de catalogar e classificar, e sob a égide dessa dificuldade, se tem tentado dissimular verdadeiras relações trabalhistas com aparências confusas.

O critério da racionalidade pode servir como critério distintivo - ou como meio de aplicar os critérios distintivos - em situações limites nas quais se deva distinguir a realidade da simulação.

Como diz *Meton Marques de Lima*[594](#), por meio da razoabilidade chega-se com mais facilidade às situações reais. Trata-se de um critério de certo modo subjetivo, mas fundado em pontos objetivos. É um princípio inteligente que distingue o homem da máquina, levando a compreender os fatos muito além do que os olhos vêem.

Não se trata, como se compreenderá, de critério absoluto e infalível, porque a vida real é bastante rica em possibilidades de aspectos e aparências muito diferentes, que às vezes parecem inverossímeis, de tão complexas. Tem-se dito com razão que a vida real é mais fecunda que a imaginação mais frondosa do legislador ou do jurista. E todos temos presentes casos práticos tão complexos que, se não soubéssemos serem autênticos, os descartaríamos por seu inverossímil conjunto de complicações e peculiaridades.

Mas, de qualquer forma, atua como um critério adicional, complementar, confirmatório, suficiente quando não há outros elementos de juízo. Baseia-se no pressuposto de que o homem comum atua normalmente de acordo com a razão, e enquadrado em certos padrões de conduta, que são os que corretamente se preferem e se seguem, por serem os mais lógicos.

Ocorrem exceções. Acabamos de reconhecê-las ou de evocá-las. Mas, precisamente porque são exceções e se afastam da regra geral, devem justificar-se e ser especialmente provadas.

213. Limitação de certas faculdades

Em outros casos, o princípio de racionalidade atua como obstáculo, como limite, como freio de certas faculdades cuja amplitude pode prestar-se à arbitrariedade.

A própria índole da relação trabalhista que coloca uma pessoa debaixo da subordinação de outra pessoa durante certo tempo, para que, enquanto ele transcorra, seja ela quem indique as tarefas e determine a forma em que se deve atuar, obriga a certos limites elásticos e multiformes, que mantenham esse poder de direção dentro dos limites adequados.

Há uma dupla base para isso. De um lado, o transcurso do contrato, que, por ser de trato sucessivo, supõe uma duração no tempo. Na maioria das vezes, de dimensão muito ampla. Por outro, a circunstância de que os contratos de trabalho pressupõem formas de colaboração pessoal em uma empresa que deve perseguir seus próprios objetivos econômicos e que, por conseguinte, deve ter um poder de direção para alcançar seus objetivos. Ambas as características impedem uma regulamentação completa e absoluta da atividade da empresa. Pelo contrário, requer-se certa flexibilidade, certa amplitude, certa discricionariedade para atuar.

Mas isto não pode permitir nem justificar a arbitrariedade.

As faculdades patronais não são concedidas para a arbitrariedade nem para que se cometam injustiças ou discriminações pessoais. O poder diretivo da empresa se legitima, na medida em que cada empresa deve ser conduzida e orientada, com um sentido de unidade, para a obtenção de seu fim econômico, que é o que justificou sua existência. Mas não pode servir para vinganças nem perseguições pessoais, nem para a atuação caprichosa ou irracional.

Há, pois, uma margem larga, ampla, imprevisível em suas delimitações, dentro da qual deve o empregador manter-se em suas decisões.

214. Exemplos práticos de aplicação. Contratação mediata

Dissemos que este princípio é muito rico e fecundo em aplicações concretas.

Por isso, não pretendemos esgotar a lista de exemplos de aplicação. Limitar-nos-emos a expor alguns, cuja própria variedade sirva para dar-nos uma idéia da vastidão de suas possíveis aplicações.

A respeito da primeira forma de aplicação - a que serve para distinguir as relações autênticas das simuladas - podemos citar o exemplo da chamada contratação mediata.

Na complexidade da atividade econômica moderna, muitas vezes uma empresa encomenda a realização de uma tarefa, complementar e especializada, a outra empresa. Razões de economia de custos, de maior eficiência nos serviços, de utilização plena de equipamentos técnicos excessivos para uma só exploração explicam a proliferação dessas contratações ou subcontratações. Mas, juntamente com esses casos em que não há dúvida de que se trata de empresas independentes que contratam entre si para desenvolver uma atividade econômica concertada, há outros nos quais simplesmente o empregador procura elidir ou negligenciar suas responsabilidades trabalhistas ou de previdência social, promovendo artificialmente a ficção de uma empresa que figura em nome de uma pessoa (geralmente, um ex-empregado) que aparece como contratando outros trabalhadores, mas que, na realidade, atua como simples intermediário da empresa principal, que é a autêntica empregadora tanto do que figura como intermediário como de seus empregados.

O professor alemão *Herman Dersch*, partindo da experiência das questões levantadas no Instituto de Seguro Social da Alemanha, enuncia sua teoria das "relações de trabalho com dependência mediata", expressando que

o ponto de partida para a Configuração dessa instituição é oferecido por aquelas relações de trabalho em que um empregador ocupa outra pessoa, que, por sua vez, emprega auxiliares para o cumprimento de sua obrigação de prestar trabalho, de maneira que uma pessoa intermediária se interpõe entre esses auxiliares e aquele em cujo benefício econômico o trabalho realmente se realiza. Estabelece em seguida uma diferenciação em dois grupos, que gira em torno da diferente posição que o intermediário pode assumir, seja ele um trabalhador dependente do empregador principal, seja um trabalhador autônomo que não tenha, com o empregador principal, mais que uma relação de caráter comercial.

Na primeira hipótese, ou seja, quando se trata de um trabalhador dependente, o autor denomina-o *empregador intermediário*; na segunda, quando é autônomo, chama-o *empresário intermediário*. A relação de trabalho mediata se produz no primeiro caso, isto é, quando a pessoa intermediária é empregador intermediário dos trabalhadores auxiliares e ao mesmo tempo trabalhador dependente do empregador principal.

Para julgar as relações dos trabalhadores auxiliares com o empregado intermediário e o empregador principal é importante examinar, primeiro, se o empregador intermediário é verdadeiro empregador dos trabalhadores auxiliares, no sentido do Direito do Trabalho. Dúvida não cabe de que a pessoa intermediária carece da qualidade de empregador quando somente atua como representante do empregador principal em virtude de um poder outorgado por este. Nesta hipótese, o contrato de trabalho se conclui com a pessoa intermediária como representante, isto é, em nome do empregador principal, que é o único empregador do trabalhador. Ao contrário, tampouco cabem dúvidas no sentido de afirmar a qualidade de empregador da pessoa intermediária, quando dita pessoa contratou o trabalhador para que lhe sirva de ajuda sem a vontade expressa ou tácita do empregador principal e até contra a vontade deste.

Entre estes dois casos extremos há aqueles em que a contratação dos auxiliares pelo empregador intermediário é feita com a ciência do empregador principal ou com o consentimento deste, sem que, não obstante, a pessoa intermediária esteja autorizada, expressa ou tacitamente, a atuar em nome do empregador principal. Nesse grupo se enquadram sobretudo os mencionados casos do diretor de orquestra, do mestre ladrilheiro e do chefe de equipe de estivadores⁵⁹⁵.

Um critério distintivo fundamental é a racionalidade da subcontratação. Se do ponto de vista racional se justifica, pela índole da atividade encomendada, contratar em separado, temos um verdadeiro contrato de trabalho autônomo. Se, por outro lado, racionalmente não se justifica essa delimitação de tarefas, isso constitui um fator a mais para considerar que estamos diante de uma ficção, diante do que *Dersch* denomina empregador intermediário.

Sem utilizar a denominação por nós empregada, alguns autores utilizam um critério discriminatório similar. Assim, por exemplo, *Benito Pérez* alude aos "usos e costumes do trabalho que existem em muitas atividades, como elementos coadjuvantes para determinar quando nos encontramos frente a um empreiteiro típico ou a um operário disfarçado de empreiteiro, algo bastante freqüente na indústria da construção. Nessa atividade é bastante comum que o empresário principal contrate com subempresários ou empreiteiros, para encomendá-lhes a execução de partes da obra, como sejam o estuque dos tetos, as fachadas, a carpintaria, a pintura, a instalação elétrica, as obras sanitárias, etc. Costuma-se encomendar cada uma dessas atividades a uma pessoa por um preço fixo, a qual se obriga a executá-la de acordo com os planos, desenhos e instruções do empresário principal, que tem em termos finais a seu encargo a construção da obra. Nesses casos, o empreiteiro é quem contrata os operários que vão trabalhar sob suas ordens, em cuja contratação o empresário principal não tem nenhuma ingerência, nem sequer indireta, pois só se limita a controlar o resultado do trabalho encomendado ao empreiteiro. Nesses casos estamos em presença de um verdadeiro empreiteiro ou subempresário"⁵⁹⁶.

Deveali, em comentário anterior, havia mencionado uma série de exemplos que punham em evidência, pelo seu artificialismo, o caráter fictício. A questão "consiste em determinar quando se trata de um *verdadeiro empreiteiro* - cuja função econômica, especialmente em alguns ramos de atividade, não se pode seriamente negar - e quando, pelo contrário, o empreiteiro representa somente um *testa-de-ferro*, um biombo vulgar que serve para ocultar o verdadeiro empregador, com o fito de evitar que este tenha que responder com seu patrimônio às obrigações que podem nascer da relação trabalhista.

A distinção entre o verdadeiro empreiteiro e o empreiteiro simulado, ou pelo menos artificioso, nem sempre é fácil. Com efeito, ao lado dos casos típicos, são numerosos os casos intermediários, em que o propósito fraudulento parece acompanhar-se de uma séria justificação econômica. Trata-se de decidir até que ponto esta é suficiente para legitimar a situação, prescindindo do primeiro fator.

Entre os casos mais típicos de burla à lei por meio de empreiteiros, que surgiram em outros países, limitar-nos-emos a recordar o de uma importante empresa elétrica que, para escapar da responsabilidade por acidentes de trabalho, havia encarregado um seu ex-empregado, absolutamente insolvente, de providenciar, como empreiteiro, a instalação de todas as novas linhas; o caso de uma empresa que utilizava numerosos mensageiros, e que constituiu uma cooperativa entre estes, com ela contratando o preço unitário de cada serviço; e, por último, o caso - bastante freqüente - do dono de uma padaria que promove uma sociedade de

fato entre seus operários, alugando a ela seu estabelecimento; e entrega-lhe a farinha e retira o pão com ela elaborado, pagando certo preço por sua elaboração"[597](#).

Facilmente se adverte, em que pese a variedade das apresentações dos critérios e dos exemplos, que o que subjaz em todas essas formulações é o critério da razoabilidade.

215. Terceirização

A tendência para a terceirização, alentada pelo impulso flexibilizador, tem levado à proliferação das empresas unipessoais no afã, em muitos âmbitos, de reduzir custos e transferir riscos.

Essa tendência tem sido fomentada pelas esferas estatais, como o demonstra a admissão legal da figura da empresa unipessoal.

O parágrafo 2º do art. 178 da Lei n. 16.713, de 3.9.95, sobre reforma da aposentadoria, estabelece que não constituem matéria jungida aos fins das contribuições especiais da previdência social as retribuições a título de serviços prestados e por empresas unipessoais, desde que sejam, por escrito, claramente delimitadas por obrigações das partes e pela ausência de relação de dependência, e cumpram, além disso, as obrigações tributárias, particularmente com a inscrição no Registro Único de Contribuintes da Diretoria Geral Impositiva.

Acrescenta o parágrafo 3º da mesma disposição que os ditos contratos deverão ser registrados no Banco de Previdência Social, na forma que indique a regulamentação.

Como se vê, são puros elementos formais que determinam a configuração das empresas unipessoais, sem requerer nenhuma justificativa de fundo que demonstre a autenticidade dessa figura.

Contudo, o parágrafo 4º prevê que o Banco da Previdência Social poderá, com fundamento, formular observações sobre os ditos contratos, quando entender que os mesmos implicam uma clara relação de dependência encoberta, em cujo caso a matéria considerada será constituída pelas retribuições percebidas a título de serviços prestados.

O parágrafo 5º acrescenta que as retribuições a título de serviços prestados por empresas unipessoais constituirão matéria onerada, no caso de não existir contrato escrito ou de não ter sido o mesmo devidamente registrado, e desde que a Administração comprove que a relação contratual foi estabelecida com a finalidade de evitar o pagamento de contribuições especiais de previdência social.

Presumir-se-á que não há o objetivo de evitar o pagamento de contribuições especiais de previdência social quando se trata de empresas unipessoais formadas por ex-trabalhadores da co-contratante, quando a relação contratual seja consequência de uma reestrutura desta, acordada com seu pessoal.

A parte final da disposição é equívoca, pois embora abra a possibilidade de o Banco da Previdência Social questionar a autenticidade da empresa unipessoal volta a criar uma presunção baseada em puros aspectos formais e não na presença de elementos excludentes da dependência. Pior ainda: inclui entre os indícios que mostrariam a independência dessas empresas a vontade da própria empresa de converter seus antigos trabalhadores em empresas unipessoais, que é a característica do processo de descentralização artificial.

Achamos, porém, que, caso se chegue a levantar seriamente o verdadeiro problema - se há ou não relação de dependência -, os fatores que tornam verossímil e razoável a descentralização podem desempenhar um importante papel na solução da questão.

216. Contratação autônoma

Um segundo exemplo, bastante aproximado do anterior, pode ser vinculado com a discriminação entre o vendedor ou viajante autônomo e o vendedor ou viajante empregado. Entre os múltiplos critérios que se devem aplicar simultaneamente para distinguir uma figura de outra, deve ter-se presente também este critério: se a atividade exercida de forma autônoma se explica e se justifica racionalmente[598](#).

Um exemplo análogo ao anterior é constituído pelas situações em que se contratam pessoas para cumprir funções que, em outras empresas - e, às vezes, na mesma empresa -, são desempenhadas por empregados.

Isso ocorre com frequência com as entidades que prestam assistência médica, com respeito aos técnicos, sejam eles profissionais universitários ou não. Algumas vezes a contratação autônoma é perfeitamente verossímil, dado seu caráter excepcional ou sumamente extraordinário. Outras vezes, essa contratação independente resulta pouco explicável pela regularidade e frequência com que se prestam os serviços. Entre uns e outros, o critério da razoabilidade pode estabelecer uma adequada linha divisória e contribuir para distinguir a verdade da ficção.

217. Exercício do “*jus variandi*”

São muito mais claros e numerosos os exemplos pertencentes ao que denominamos como segunda forma de aplicação deste princípio. Por isso mesmo, será muito mais breve e simples sua exposição.

Um primeiro caso é o relacionado com o exercício do *jus variandi* que, como se sabe, consiste na possibilidade de mudar as modalidades do contrato de trabalho, por decisão do empregador. Se a este cabe a responsabilidade da condução econômica da empresa, a ele corresponde a faculdade correlata de organizar o trabalho e ajustar as diversas modalidades do funcionamento da empresa e, portanto, da prestação das tarefas de cada um dos trabalhadores.

Mas cada ato em que se exerce este direito deve poder ser justificado do ponto de vista da razão, no caso de ser controverso, ou de encontrar resistência.

É que esse poder patronal deve ser exercido razoavelmente, o que significa que o empregador deve poder invocar razões objetivamente válidas para justificar seu exercício. E, portanto, deve compará-las com eventuais razões invocadas pelo trabalhador para opor-se, se for o caso, na situação concreta. Se o trabalhador pode justificar que a medida determinada lhe causa um prejuízo desproporcional à vantagem que ela representa para a empresa, justifica-se a oposição ou a resistência do trabalhador. Com maior razão ainda se demonstrar que está inspirada por motivos persecutórios de represália, sem responder ao legítimo interesse da empresa.

Afinal de contas, um direito da parte empregadora, tão amplo em sua formulação, tem a limitação intrínseca derivada do fato de que deve sustentar-se, não em bases arbitrárias, mas em bases razoáveis.

218. Poder disciplinar

Um segundo exemplo é o relacionado com o exercício do poder disciplinar da empresa.

Ninguém pode negar o direito do empregador de complementar e respaldar o seu poder diretivo com a faculdade de sancionar os infratores. É o que lhe dá eficácia e efetividade.

Mas essa possibilidade de aplicar sanções não significa carta branca para atuar de qualquer maneira. Tem que basear-se em critérios de razoabilidade.

Deve existir uma razoável proporcionalidade entre as sanções aplicáveis e a conduta do trabalhador, tanto no que se refere à natureza da falta como a sua reiteração, como também no que concerne aos demais antecedentes do trabalhador punido.

Em última análise, o trabalhador que reputa excessiva ou injusta a punição pode reclamar contra ela. E o magistrado que atua para controlá-la não pode aplicar outro critério que não o da razoabilidade.

219. Avaliação da notória má conduta

Um terceiro caso, aparentado com o que acabamos de expor até o ponto de que, de certo modo, constitui uma maneira de aplicação do mesmo é o relacionado com a forma de apreciar os fatos que configuram má conduta notória.

Do mesmo modo que não há código penal trabalhista que enumere todas as condutas puníveis e estabeleça a pena que corresponda a cada uma delas, tampouco há um catálogo de atitudes que mereçam o qualificativo de

notória má conduta. Às vezes pode ser constituído por um fato de suficiente gravidade para merecer por si só esse qualificativo. Outras vezes requer-se a configuração de uma série de fatos, que no conjunto mereçam essa apreciação. Inclusive nos estabelecimentos onde há regulamentos internos as normas são suficientemente amplas e elásticas para compreender uma larga margem, na qual se move a apreciação individual.

Embora deva o empregador tomar posição dentro de certas margens, não atua ele isento de todo o controle. Deve ajustar-se a critérios de razoabilidade para que, examinados ou controlados pela justiça, possa esta considerar legítima a decisão tomada.

Apresentamos estes exemplos como uma forma de ilustração da vastidão e variedade de aplicação deste princípio. Mas seu mérito e virtualidade derivam justamente da grande variedade de aplicações em todos os âmbitos do direito trabalhista.

220. Aplicação da jurisprudência uruguaia

Se repassarmos os repertórios da jurisprudência trabalhista com relação a esse tema, várias comprovações podem ser feitas:

- 1) a freqüência com que se menciona o princípio da razoabilidade;
- 2) o número relativamente elevado com que se mencionam essas referências, juntamente com o princípio de razoabilidade, outras mais com o de proteção, o de continuidade, o da primazia da realidade ou o da boa-fé;
- 3) essas referências servem preferentemente para justificar a avaliação dessa verossimilhança de um fato. Os casos mais repetidos são os da determinação do número de horas extras trabalhadas; a autenticidade de uma renúncia; a fundamentação de uma reclamação excessivamente demorada;
- 4) outros exemplos menos freqüentes têm a ver com a avaliação da justificativa de uma sanção, e, inclusive, da configuração da notória má conduta.

VI. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

221. Plano

Este princípio não costuma ser incluído nas enumerações dos princípios de Direito do Trabalho. Mais freqüente é encontrar referência a outro princípio com o qual tem certa vinculação. Referimo-nos ao princípio do rendimento, que é mencionado por vários autores⁵⁹⁹. Cremos que não convém expor tal princípio como independente, posto que se submete e ubica com outro de alcance mais amplo, como é o da boa-fé.

Propomos demonstrar brevemente por que descartamos o princípio do rendimento para a seguir expor as razões pelas quais nos inclinamos pelo princípio da boa-fé, desenvolvendo depois o alcance e significado deste princípio.

1º) O Princípio do Rendimento

222. Noção

O princípio do rendimento tem sido mencionado por vários autores, mas nem todos eles coincidem em atribuir-lhe exatamente o mesmo significado.

Por isso, vamos descrever as notas e alcance atribuídos em conjunto a este princípio pelos diversos autores e que constituem como que um denominador mínimo comum, com o qual concordam todos os partidários deste princípio. Parece-nos mais útil esse sistema do que o resumo da exposição individual de cada autor.

Quanto à noção, entendemos que este princípio consiste fundamentalmente na afirmação de que ambas as partes devem realizar o máximo esforço para aumentar, incrementar e impulsionar a produção nacional na parte que dependa da empresa.

Como se vê, é um princípio que se apresenta como complementar - ou, melhor dizendo, compensatório - dos demais princípios que, de uma maneira ou de outra, tendem a contemplar ou a efetivar a proteção do trabalhador⁶⁰⁰. Todo o Direito do Trabalho procura substancialmente compensar, com uma desigualdade jurídica favorável a desigualdade econômica existente em prejuízo do trabalhador⁶⁰¹. E esse princípio adquire, de certo modo, o sentido de uma condição, de uma razão de ser, de uma justificação da existência de outros princípios.

Porém esse princípio tem, também, a particularidade de que não fica isolado ou circunscrito ao âmbito do Direito do Trabalho. Ao contrário, transcende-o para vincular o trabalho com o aumento da produção nacional. Incorpora-se assim a posição e o esforço de cada trabalhador e de cada empresário a um empreendimento nacional de alcance muito maior, como é o relativo ao aumento da produção global do país. Daí assinalar-se que justamente através desse princípio se entrelaça o trabalhista com o econômico.

Precisando um pouco mais-seu alcance foi dito que esse princípio, como abrange tanto os trabalhadores como os empregadores - já que ambos ficam obrigados a fazer o máximo esforço nessa direção -, implica finalmente um sentido aglutinante e unificador; não tende a contrapor, e nem mesmo a distanciar as partes do contrato de trabalho, senão justamente o contrário: tende a levá-las a conjugar seus esforços em idêntica orientação que, no fim, beneficia não apenas a comunidade em seu conjunto, mas também a cada integrante da empresa em particular, ao tempo em que consolida a fonte de trabalho e de ocupação.

Nessa ordem de aprimoramento do conceito, nota-se que, a rigor, não se refere ele à produção, mas à produtividade. Em outras palavras, procura-se frisar o dever de aumentar não tanto o resultado global - que é determinado por múltiplos fatores que escapam ao controle das partes - como a eficácia dos esforços realizados em função dos meios utilizados. É um tema pertinente à proporcionalidade entre o esforço e o resultado, mais do que uma simples quantificação dos resultados, do que resulta seu alcance ser mais qualitativo do que quantitativo.

223. Conseqüências

Partindo porém dessas premissas, as conseqüências práticas desse princípio se aplicam fundamentalmente ao trabalhador, ainda que, por bilateralidade da relação, tenha, inevitavelmente, uma repercussão no empregador.

Em primeiro lugar, determina uma obrigação do trabalhador de aplicar suas energias normais no cumprimento das tarefas ordenadas, ou seja, determina um nível mínimo de rendimento abaixo do qual se estaria violando o contrato. Por elástico e impreciso que seja esse nível, o certo é que marca um critério que pode servir de ponto de referência para determinar se se configurou ou não uma violação contratual.

Em segundo lugar, invoca-se esse princípio para negar validade a certas formas de luta operária, ou de ação sindical, que importam em diminuição do rendimento normal. O exemplo mais típico é o trabalho com falta de aplicação, no qual o trabalhador diminui intencionalmente a intensidade de seu labor como meio de pressão, seja frente ao empregador, seja frente ao sindicato patronal, seja frente ao próprio Estado. Há também outros meios de luta, que têm em comum o fato de constituírem formas de trabalho irregular ou anômalo, que produzem igual resultado diminuidor. Todas elas estariam abrangidas por esta proibição inserta no princípio.

Em terceiro lugar, esse princípio inspira e legitima diversos sistemas de retribuição. De início, todas as formas de salário por peças ou por tarefas, ou de remuneração por empreitada; mas também todas aquelas que procuram incentivar o trabalhador para que aumente o produto do seu esforço. Refiro-me, por exemplo, à imensa gama de sistemas de prêmios que, de uma maneira ou de outra, estejam destinados a premiar e estimular a produtividade, a qualidade, a velocidade da produção, a economia dos materiais, etc.

Procuramos resumir objetivamente o sentido, o alcance e as conseqüências que se atribuem ao princípio de rendimento, por parte dos autores que o reconhecem como tal.

224. Impugnação

Vejamos agora as razões pelas quais entendemos não ser possível admitir esse princípio, ainda que muitas das idéias que acabamos de resumir sejam corretas e delas possamos compartilhar.

A primeira é que, tal como se apresenta, possui um alcance limitado, ou seja, em referência exclusivamente àquelas atividades vinculadas à produção nacional. Sabemos que o Direito do Trabalho se aplica em todos os casos em que haja uma relação de trabalho subordinado; por isso, para que um princípio mereça realmente tal qualificativo, deve ser aplicável a toda espécie de relações e não somente às que pertençam a determinado setor.

A segunda é que geralmente esse princípio se vincula a uma motivação de caráter patriótico, para não dizer político, isto é, os autores que expuseram esse princípio costumam pertencer a países onde existem normas gerais, de hierarquia constitucional ou similar, nas quais se afirma a obrigação genérica de todo habitante de contribuir para o esforço coletivo. Este ingrediente político revela que, mais que um princípio próprio do Direito do Trabalho, parece ser a projeção, no campo trabalhista, de um princípio geral muito mais genérico, mas que por ser de natureza política está impregnado de circunstancialidade⁶⁰².

A terceira é que, mais do que um princípio autônomo, aparece como a contrapartida, como contrapeso, como a compensação de outros princípios que, eles sim, justificaram o Direito do Trabalho. Afinal cada um dos autênticos princípios do Direito do Trabalho teria que servir para justificar a existência deste ramo autônomo do direito, ou seja, qualquer deles deveria bastar, por si só, para explicar a razão de ser da nossa disciplina. Não cremos que alguém possa pensar que esse princípio do rendimento tenha tal hierarquia, suficiente para justificar nosso ramo do direito. Invariavelmente ele é apresentado depois de terem sido expostos outros e sempre atribuindo-se-lhe, de uma maneira ou de outra, um significado compensatório e secundário.

A quarta razão é que, dentro do conjunto dos princípios normalmente propostos, que guardam uma estreita conexão, apesar de sua diversidade e variedade de expressões, este parece revestir o caráter de um corpo estranho. Com maior ou menor clareza todos os outros princípios buscam proteger o trabalhador. Por isso, há quem os reduza todos a um único princípio protetor. Em troca, esse princípio tem outra origem: não objetiva proteger o trabalhador, mas a comunidade, eventualmente prejudicada pela conduta do trabalhador.

A quinta razão é que, embora teoricamente se anuncie abrangendo tanto a necessidade do esforço do trabalhador, como do empregador, na prática, quando se vão concretizar as conseqüências, tudo se reduz a uma série de obrigações a cargo do trabalhador⁶⁰³. Tanto por essa projeção unilateral como por essa repercussão meramente obrigacional parece que a parcela de verdade ou de acerto que se encerra na menção desse princípio poderia ser recolhida dentro de um enunciado mais geral e adequado, que é o que tencionamos fazer.

2º) O Princípio da Boa-Fé

225. Importância

Na realidade, se se acredita que há obrigação de ter rendimento no trabalho, é porque se parte da suposição de que o trabalhador deve cumprir seu contrato de boa-fé e entre as exigências da mesma se encontra a de colocar o empenho normal no cumprimento da tarefa determinada⁶⁰⁴.

Mas ao mesmo tempo essa obrigação de boa-fé alcança, ainda assim, o empregador, que também deve cumprir lealmente suas obrigações.

Ambas as partes são abrangidas pela norma contida no inciso 2 do art. 1.291 do Código Civil, segundo a qual todos os contratos "devem executar-se de boa-fé e, por conseguinte, obrigam não apenas ao que neles se expressa, mas a todas as conseqüências que, segundo sua natureza, sejam conformes à equidade, ao uso ou à lei".

Como diz *Nelson Nicolliello*⁶⁰⁵, a boa-fé aparece presidindo à contratação e, portanto, como elemento jurídico indispensável para sua interpretação e integração.

Devemos assinalar, com *Ernesto Eduardo Borge*, que a boa-fé não é uma norma - nem se reduz a uma ou mais obrigações -, mas é um princípio jurídico fundamental isto é, algo que devemos admitir como premissa de todo o ordenamento jurídico. Informa sua totalidade e aflora de maneira expressa em múltiplas e diferentes normas, ainda que nem sempre se mencione de forma explícita⁶⁰⁶.

Em flagrante contraste com os antigos juristas que somente admitiam os efeitos da boa-fé nos casos em que o ordenamento jurídico, de maneira expressa e literal, a ela aludia, é vista agora como um princípio geral, informante da totalidade da regulamentação, com características de postulado moral e jurídico⁶⁰⁷.

Por tal razão pode-se dizer que este princípio está dotado de singular plasticidade⁶⁰⁸.

Essa intensidade crescente que o direito contemporâneo foi adquirindo se deve, em grande parte, ao fato de que foi convertido em veículo que facilita a socialização do direito, assim como as idéias do moderno solidarismo econômico que impregna a quase-totalidade das manifestações concretas da experiência jurídica do nosso tempo⁶⁰⁹.

226. Aplicação no Direito do Trabalho

Logicamente essa atualização crescente da importância da boa-fé é notada também no Direito do Trabalho, como tem sido posto em evidência por vários autores.

Assim é que *Krotoschin*, ao expor o dever de fidelidade como uma das obrigações emergentes da relação trabalhista, diz: "no fundo, a fidelidade, não apenas etimológica, mas também materialmente, é outra expressão daquela boa-fé que tanta importância tem no contrato de trabalho e que portanto engloba todo um conjunto de deveres recíprocos, emanados do espírito de colaboração e confiança que também no terreno interindividual caracteriza a relação de trabalho"⁶¹⁰.

Máximo Daniel Monzón, apoiando-se na afirmação anterior, expressa:

"Sucedee, porém, que a fidelidade não é mais do que uma forma de expressão da boa-fé, como afirma *Krotoschin*, dessa boa-fé tradicional, cujo conceito nos foi legado pelo direito romano e que, embora nosso Código não o diga expressamente, é uma presunção básica de todo o direito, constituindo um postulado que surge de toda a economia de nossa lei civil. Boa-fé que a doutrina moderna chama 'boa-fé-lealdade' no cumprimento dos deveres contratuais, conceito antigo, infinitamente venerável, segundo *Josserand*, mas de equitativas e fecundas aplicações.

"A boa-fé, entendida no significado objetivo de cumprimento honesto e escrupuloso das obrigações contratuais, se distingue da boa-fé subjetiva ou psicológica abrangente do erro ou falsa crença; e, segundo *Grasseti*, significa lealdade recíproca de conduta completamente leal nas relações sociais, causa que justifica 'confiança', ao mesmo tempo, exigência imprescindível de conduta, precisamente para que a confiança fique justificada. As partes se acham assim obrigadas a uma lealdade recíproca de conduta - *recta mente et firma devotione* - que constitui em sua plena bilateralidade a mais alta expressão dos fatores jurídico-pessoais que matizam o contrato de trabalho.

"A fidelidade como obrigação unilateral do trabalhador, à qual se costuma atribuir, por correspondência, certos deveres do empregador (assistência, proteção, etc.), deve ser substituída, na valoração judicial, pela boa-fé, como módulo regulador da conduta de ambas as partes.

"O *standard* jurídico da boa-fé, que rege toda a matéria contratual permite, por sua rara maleabilidade, acolher os mais diversos aspectos das relações de trabalho, sem esquecer que, como, dizia *Ripert* - com referência ao direito civil, mas em frase que tem plena validade para nossa disciplina -, 'este direito se aperfeiçoa na medida em que pode levar em conta a boa-fé dos sujeitos de direito'"⁶¹¹.

Em um comentário de jurisprudência mais recente, *Ricardo Siniscalchi* destaca, entre os méritos da sentença que comenta: "A extensão do princípio diretor da boa-fé dos atos trabalhistas individuais aos atos trabalhistas coletivos... Impor, portanto, o princípio da boa-fé nas relações coletivas, sem presumir *a priori* má-fé de nenhuma delas (arts. 4.009 e 2.362, Cód. Civil), e requerê-la de forma recíproca e bilateral é outro dos aspectos positivos que vislumbramos nesta decisão judicial"⁶¹².

227. Objeções

Frente a esta série de considerações, foram formulados dois tipos de ressalvas ou objeções que procuram contrariar tal argumentação.

A primeira ressalva diz respeito à boa-fé como uma exigência própria de todo o direito, não sendo, portanto, exclusiva do Direito do Trabalho. De um lado, frisa-se que a boa-fé constitui um ingrediente de ordem moral indispensável para o adequado cumprimento do direito. Sem esse componente, a maioria das normas jurídicas perde seu sentido e seu significado⁶¹³. De outro lado, lembra-se que o art. 1.291 do Código Civil se aplica a todos os contratos e não apenas ao contrato de trabalho. Em consequência, conclui-se que não pode ser considerado próprio do Direito do Trabalho um princípio que deve vigorar em todos os ramos do direito.

À guisa de resposta, repetimos o que já foi dito, no sentido de que os princípios de Direito do Trabalho não são necessariamente exclusivos. Pode haver princípios que sirvam simultaneamente para esta e para outras disciplinas jurídicas. O que deve ser exclusivo no sentido de original e peculiar de cada ramo - é o elenco em seu conjunto, ainda que cada um dos princípios que o integram sirvam para mais de uma disciplina⁶¹⁴.

Metton⁶¹⁵ reconhece que a boa-fé constitui um princípio jurídico geral, sem reflexo específico no sistema de trabalho. Contudo, se lhe faz referência especial em virtude de ter acolhido o Direito do Trabalho, de uma maneira não comparável com outras áreas, grande número de pactos puramente verbais e mesmo tácitos. Isto significa que a boa-fé atua no trabalho como garantida substância moral das relações jurídicas.

Pastor⁶¹⁶ observa que "a importância do princípio da boa-fé no Direito do Trabalho deve ser medida em função de sua evolução e expansão permanente que requer adaptabilidade a circunstâncias instáveis e irritativas por natureza, que fórmulas estritas ou casuísticas seriam incapazes de resolver".

Porém o mais importante a assinalar é que este princípio de boa-fé tem no Direito do Trabalho um sentido muito especial, em virtude do componente pessoal que existe neste ramo jurídico.

O contrato de trabalho não cria somente direitos e obrigações de ordem exclusivamente patrimonial, mas também pessoal. Cria, de outro lado, uma relação estável e continuada, na qual se exige a confiança recíproca em múltiplos planos, em direções opostas e, sobretudo, por um período prolongado de tempo.

Para o devido cumprimento dessas obrigações e a adequada manutenção dessas relações, torna-se importantíssimo que ambas as partes atuem de boa-fé.

Por isso dizemos que a justificação e a aplicação deste princípio tem um significado, uma duração e uma necessidade muito superiores às que podem ter em contratos que se esgotam em um intercâmbio único de prestações ou em uma simples correspondência de prestações materiais⁶¹⁷.

A segunda ressalva se baseia em que, afinal, quando se especifica o significado e as consequências deste princípio, tudo se concretiza na enumeração de obrigações das partes.

A objeção seria válida se o alcance e o significado desse princípio se esgotassem na determinação de uma ou mais obrigações. Cremos, entretanto, que um princípio não é o mesmo que uma obrigação, que várias obrigações, ou até que um conjunto de obrigações que una as partes. É uma idéia geral que compreende, explica e respalda as obrigações que emanam de seu conteúdo, mas que as transcende, porque serve para orientar a interpretação, para suprir as omissões, para inspirar o próprio legislador.

E parece evidente que quando falamos do princípio da boa-fé referimo-nos a uma dessas idéias centrais de grande fecundidade e múltiplas aplicações, que transcendem a simples enumeração de obrigações, ainda que muitas vezes seja mencionado e explicado, a propósito da determinação de algumas das obrigações.

228. Conceito da boa-fé

Afirmada porém a importância do princípio da boa-fé no Direito do Trabalho, devemos efetuar uma série de particularizações e esclarecimentos que nos permitam avançar na análise e no alcance desse princípio.

Em primeiro lugar, o conceito mesmo da boa-fé.

Costuma-se distinguir entre a boa-fé-crença e a boa-fé-lealdade. Embora ambas as denominações sejam suficientemente claras para não necessitar de definições, vamos efetuar breves anotações para esclarecer seu alcance.

A boa-fé-crença é a posição de quem ignora determinados fatos e pensa, portanto, que sua conduta é perfeitamente legítima e não causa prejuízos a ninguém. É o sentido que se empresta quando se fala do possuidor de boa-fé (que ignora o vício ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa ou do direito

possuído) ou do cônjuge que contrai um matrimônio putativo (pois ignora o impedimento ou o erro essencial e, em consequência, os efeitos jurídicos se produzem como se o ato fosse válido)[618](#).

A boa-fé-lealdade se refere à conduta da pessoa que considera cumprir realmente com o seu dever. Pressupõe uma posição de honestidade e honradez no comércio jurídico, porquanto contém implícita a plena consciência de não enganar, não prejudicar, nem causar danos. Mais ainda: implica a convicção de que as transações são cumpridas normalmente, sem trapaças, sem abusos, nem desvirtuamentos[619](#).

Em ambos os casos não alcança a mera subjetividade, já que isto se refere a um aspecto íntimo que em certo sentido é impenetrável. Do ponto de vista jurídico se analisa a conduta do sujeito, para comprovar se a atitude assumida e invocada coincide com os valores vigentes na comunidade.

Assim é que, no primeiro caso, não basta a mera crença, deixada apenas à subjetividade do agente: é preciso que o agente coloque ou haja colocado a diligência necessária para obter ainda que não o consiga - um exato conhecimento das coisas que evidenciem o resultado negativo para conhecer o verdadeiro, um esforço inoperante dentro do normal.

Com relação ao segundo, devemos recorrer à consciência objetiva, que se exterioriza em um tipo ou medida - para o usual e não o extraordinário -, como pode ser a conduta ou diligência de um bom pai de família ou do homem médio[620](#).

Parece desnecessário esclarecer que a boa-fé que deve vigorar como princípio do Direito do Trabalho é a boa-fé-lealdade, ou seja, que se refere a um comportamento e não a uma simples convicção.

229. Abrange ambas as partes

Em segundo lugar, cumpre ressaltar que este princípio abrange ambas as partes do contrato e não apenas uma delas.

Nesse sentido é tão importante a boa-fé que deve demonstrar o empregador como a que deve inspirar o trabalhador.

Exatamente uma das vantagens da colocação substitutiva que propomos é a de que serve para pôr em relevo, de forma muito mais clara do que quando se falava da obrigação de rendimento, que esta exigência deve vigorar igualmente para ambos os contratantes.

Geralmente se insiste no cumprimento do dever do trabalhador de apresentar rendimento - isto é, de que o trabalho se faça bem e a um ritmo regular - porém se omitem muitas outras implicações contidas na idéia de que o trabalhador deve agir lealmente. Mas, sobretudo, costuma-se prescindir da projeção desse princípio no que diz respeito à conduta do empregador. Este deve agir lealmente e cumprir de boa-fé suas obrigações como tal. A reafirmação desta obrigação não é ociosa, nem inútil, porque a experiência prática ministra múltiplos exemplos de violações desse dever: desde o do empregador que paga salários inferiores aos mínimos estabelecidos ou atribui hierarquias inadequadas, até o que faz uso abusivo ou injustificado do *jus variandi*, sem esquecer os casos menos freqüentes, mas não desconhecidos, daqueles patrões que obrigam o trabalhador a cumprir horário sem destinar-lhe qualquer tarefa, para que se sinta moralmente embaraçado e acabe por deixar a empresa.

Cremos, pois, que a aplicação do princípio de boa-fé tem repercussões muito numerosas e diversificadas, que excedem ao que poderíamos chamar de catálogo de obrigações, para exigir um tipo mais geral de conduta, conforme o espírito e a finalidade do contrato.

Descrevendo a jurisprudência argentina, *Carlos Pose* classifica as aplicações do princípio da boa-fé em três grupos: as que se referem ao nascimento da relação de trabalho, as que versam sobre a execução do contrato e as que se relacionam com a extinção do contrato, observando que, embora o princípio alcance ambos os contratantes, em alguns momentos podem ser levantadas com mais freqüência as violações do princípio de uma ou de outra parte[621](#).

230. Abrange todas as obrigações contratuais

Em terceiro lugar, cumpre assinalar que este princípio deve ser levado em conta para a aplicação de todos os direitos e obrigações que as partes adquirem como consequência do contrato de trabalho.

É um modo de agir, um estilo de conduta, uma forma de proceder, diante das mil e uma emergências da vida quotidiana, que não se pode ater nem se limitar à forma de cumprimento de certas obrigações. E que, quanto mais importante é a obrigação e maior o tempo que ela demande, maior será a importância prática do princípio. Nesse sentido, tal importância parece centralizar-se na obrigação, de um lado, de prestar os serviços e, de outro, de pagar-lhe a retribuição correspondente, já que, a propósito do cumprimento dessas duas obrigações básicas, é onde surgem mais ocasiões para violar o princípio.

Apesar disso, costumam ser mencionadas algumas outras obrigações complementares ou acessórias que, por terem uma conotação moral indubitável, parecem estar mais diretamente vinculadas a esse princípio. Dada a hierarquia dos autores que estabelecem esta vinculação, acreditamos útil a ele nos referir.

Barassi, por exemplo, ubica o tema dentro do que chama dever de colaboração. "O trabalhador inserto num organismo empresarial assume com tal posição a qualidade de colaborador do empresário de que depende. O trabalhador se obriga não a prestar seu próprio trabalho intelectual ou manual, colaborando dessa forma com a empresa, mas a colaborar mediante a prestação." E assinala como expressões fundamentais desse dever de colaboração as seguintes: "a) executar o trabalho pessoalmente; b) executar seu trabalho com a diligência normal do bom trabalhador". E, depois de explicar o alcance dessas consequências, acrescenta este parágrafo que vale a pena transcrever textualmente: "Mais ainda, o trabalhador deve cumprir seu dever de colaboração mediante uma *execução de boa-fé*, que é a regra fundamental do art. 1.375, que diz: 'O contrato deve ser executado com boa-fé'. Trata-se, pois, de um conceito ético posto precisamente em relação com a diligência do bom pai de família. Trata-se da equidade, da correção à luz do que sempre se tenha praticado e das finalidades da empresa. É, sobretudo, a integração de *dicta et promissa*, da explícita disposição contida na lei ou no regulamento da empresa; uma integração que, precisamente em nome da correção, pode, ademais, por um momento ou breve lapso de tempo, determinar a extralimitação da categoria". E, depois de dar exemplos deste último, acrescenta textualmente: "A boa-fé é a retidão integrante da disposição escrita (legislativa ou adotada por via intersindical), a qual é enfatizada pelo empregador, tida muito em conta por ele, pois representa a garantia de sua expectativa acerca da adaptação de seu dependente, na execução do trabalho, às exigências da prestação perfeitamente integral. Em suma, é a adaptação desta última a esse conteúdo que foi consagrado pela prática da empresa, reforçada pelas exigências da produção e pelo tempo"[622](#).

Paul Durand ao contrário, apresenta sob a rubrica de boa-fé a obrigação de fidelidade. Com efeito, com o título "La Obligación de Ejecutar el Contrato de Buena Fe", exprime:

"As relações de trabalho não consistem em um simples intercâmbio de prestações de ordem patrimonial. Elas fazem o trabalhador entrar em uma comunidade de trabalho e obrigam o empregador a testemunhar-lhe uma confiança necessária. Elas impõem ao trabalhador uma obrigação de boa-fé particular e pode-se falar de uma obrigação de fidelidade do trabalhador relativamente ao empregador.

"Este dever de uma particular boa-fé impõe ao trabalhador a obrigação de se abster de todo ato que possa prejudicar o empregador e de efetuar aqueles que tendam à proteção dos interesses deste. Esta obrigação está amiúde determinada em seu conteúdo de trabalho. Ela será tanto mais imperiosa quanto mais estreitas sejam as relações pessoais entre as partes: menos estritas para os operários do que para os empregados (mais intimamente associados aos serviços do empresário) e o pessoal do serviço doméstico que participa da vida familiar"[623](#).

E explica em seguida as formas de manifestação:

- 1) o trabalhador deve reservar ao empregador todo o tempo a que se comprometeu, evitando o trabalho para terceiros durante o horário de trabalho;
- 2) o trabalhador está impedido de revelar segredos de fabricação ou segredos comerciais;
- 3) o trabalhador deve abster-se de fazer concorrência desleal; e
- 4) o trabalhador deve evitar todas as formas de corrupção especificadas na legislação.

Camerlynck prefere utilizar a expressão "execução leal".

"Segundo os termos do art. 1.134, inciso 3º, do Código Civil, os contratos devem ser executados de boa-fé. Dado o caráter pessoal das relações de trabalho, tal obrigação parece impor-se aqui com uma força particular. A doutrina fala, inclusive, do dever de fidelidade. Essa formulação impregnada de um certo paternalismo e que evoca a noção germânica de submissão se compreenderia no seio da empresa, concebida como uma verdadeira comunidade de trabalho, cujos membros, colocados sob a autoridade funcional de seu chefe, seriam

estritamente solidários. Ela quase não parece corresponder ao espírito que preside às relações de trabalho no interior de uma empresa, da qual o trabalhador não faz parte, ao serviço da qual se acha colocado e da qual pode ser despedido a qualquer momento. Essa pretensa solidariedade seria notoriamente contrariada pelo sentimento acusado da solidariedade operária, reforçada pelo recurso da greve. A palavra *correção* nos parece corresponder melhor às exigências que se podem fazer a um trabalhador, seja operário, seja empregado, desde que seja subalterno.

"Ela não exige, em princípio, da parte do trabalhador, uma consagração que exceda suas obrigações estritas: de fato o temor da despedida o obrigará ao mesmo comportamento." [624](#)

Cumpra assinalar que este mesmo autor inclui entre as obrigações do empregador deveres análogos. Com efeito, diz expressamente: "No exercício de sua autoridade o empregador está jungido por uma obrigação de lealdade e de correção" [625](#).

Parece-nos que é um princípio que deve presidir a toda relação de trabalho e que não pode ficar circunscrito ao âmbito de determinadas obrigações.

231. Compatibilidade com formas de trabalho irregular

Finalmente queremos suscitar o problema de saber se este princípio da boa-fé inclui as diversas formas atípicas de greve, como o trabalho mais lento, o trabalho com desleixo, ou o trabalho sob instruções, com limitações paralisantes ou entorpecedoras, ou com excesso de zelo. Enfim, o que a doutrina francesa chama de *grève perlée* e que entre nós foi chamada *toda outra forma de trabalho irregular*.

Barassi sustentou, com a maior energia, que todos esses meios de luta - que ele engloba, genericamente, sob a denominação de *não colaboração* - e que qualifica de insidiosos, independentemente de suas diferentes formas e modalidades, foram idealizados e aplicados com abstração da regra fundamental da execução da obrigação de colaboração, segundo a diligência do bom trabalhador e segundo a boa-fé. E conclui o exame das diferentes espécies com a significativa frase: "A obrigação jurídica da colaboração exclui a não colaboração" [626](#).

A maioria da doutrina, sem chegar aos termos tão severos empregados por *Barassi*, se inclina por uma posição contrária a essas formas anômalas de luta, negando-lhes a denominação de greve e, sobretudo, o estatuto jurídico que a ampara [627](#).

Não obstante, uma autoridade doutrinária tão eminente como *Durand* apresenta todas essas modalidades como técnicas diferentes da greve. "Respondendo a uma noção comum, as greves podem apresentar aspectos diferentes", diz. E a seguir entra no exame particular de cada uma dessas formas de greve, para demonstrar que entram, justificadamente, na noção comum, com a única exceção do trabalho intencionalmente malfeito, que deveria situar-se entre as formas de sabotagem [628](#). Coincidindo com esse enfoque, outro autor francês, *Georges Lavau*, afirma que, diante da variedade de meios de luta postos em prática pelos trabalhadores, o traço característico da greve já não é tanto a suspensão da atividade, como o embaraço que causa [629](#).

A nosso juízo, o problema da liceidade ou da iliceidade dessas formas de luta não deve ser analisado em relação ao cumprimento ou violação do princípio da boa-fé.

Deve-se partir do princípio de que todo meio de luta, por sua própria natureza, tende a prejudicar a outra parte. Caso contrário, não serve como meio de luta.

A greve tem natureza especial, já que são atribuídos efeitos jurídicos a determinados fatos que, em si mesmos, constituem violações de deveres. A greve clássica significa deixar concertadamente de trabalhar em um momento em que se deveria trabalhar. Se não se contraria a obrigação de trabalhar, não há greve. Uma omissão de prestar os serviços, realizada com o consentimento do empregador, não constitui greve. Por isso, foi dito que elaborar uma teoria jurídica da greve importa em trabalho tão difícil como expor a quadratura do círculo, segundo a feliz frase de *Scelle*.

Não se pode, pois, invocar, para condenar um meio de luta sindical, a existência de um dever que seria violado, pois se trata justamente disso: de violar um dever existente.

A admissibilidade ou inadmissibilidade desses meios atípicos de greve deriva de outros critérios. Em nosso país, eles foram especialmente excluídos e sancionados numa regulamentação particularmente restritiva da greve, como a contida no Decreto n. 622, de 1º.8.73, sobre regulamentação sindical. Mas, situando-nos no plano doutrinário, pensamos que nesta matéria a vida não corre em vão [630](#). A experiência ensina que há um

dinamismo natural, derivado da busca da eficácia dos instrumentos de luta, que se criam, se modificam, se aperfeiçoam, se transformam sempre, na procura de uma maior eficiência.

Salvo a sabotagem - que pressupõe dano direto em objetos alheios - e as formas que se lhe assemelham, qualquer outra forma de luta pode ser encarada como uma forma de greve. Claro que, conforme os casos, a repercussão sobre a retribuição deverá ser diversa. Mas evidentemente esse é um tema diferente daquele que estamos tratando.

O importante é frisar que não acreditamos que este problema possa ser resolvido em função do princípio da boa-fé que, como é lógico, pressupõe o cumprimento normal do contrato.

232. O princípio da boa-fé na jurisprudência

Reverendo os repertórios da jurisprudência trabalhista, podemos fazer algumas constatações:

1) a reiteração com que se alude ao princípio de boa-fé, embora muitas vezes seja mencionado juntamente com outros princípios;

2) a exigência da boa-fé se põe tanto para uma parte como para a outra da relação de trabalho. Nesse sentido, é muito representativa esta frase do ex-juiz do trabalho, Dr. *Pereira Manelli* : "Se em matéria trabalhista o princípio da boa-fé adquire uma importância essencial para a subsistência do vínculo entre as partes, deve-se convir que toda atitude que se afasta dos conceitos de 'bom trabalhador' e de 'bom empregador' envolve responsabilidades"[631](#);

3) estende-se também à atitude processual das partes, razão pela qual atenta contra o princípio de boa-fé negar-se a apresentar documento que sirva para averiguar os extremos fáticos controvertidos. Por isso se deve considerar a negativa da parte contrária de apresentar o documento como um reconhecimento de seu conteúdo[632](#).

VII. OUTROS PRINCÍPIOS

233. Proposta de outros princípios

Nas edições anteriores deste livro foram expostos seis princípios, embora o primeiro fosse estudado não só em sua justificativa geral, mas também em sua aplicação por meio de três regras.

E terminávamos com o esclarecimento de que essa exposição não representava um limite fechado e congelado, razão pela qual não se devia descartar a possível incorporação de outros princípios em decorrência de novas realidades ou de novas reflexões.

Nestes anos que nos separam da última edição, mesmo tendo os princípios descritos recebido aprovação geral, passamos a estudar outros dois que vêm sendo mencionados.

Princípio de Alienação dos Riscos

234. Origem

A afirmação, em nosso país, da existência deste princípio que também se chama de a não assunção de riscos - tem sua origem nesta passagem da obra principal de *De Ferrari*, "Lecciones de Derecho del Trabajo":

"O contrato de trabalho é o que maior vantagem traz às partes.

"Interessa, em primeiro lugar, porque oferece ao operário, ao homem que não tem recursos nem renda fixa: o salário que recebe regular e periodicamente, quaisquer que sejam as contingências que se produzam, sem

necessidade de esperar a venda dos produtos nem de correr os riscos inerentes a toda empresa comercial ou industrial.

"Mas interessa também ao patrão, porque, mediante esse pagamento *forfaitaire*, o contrato lhe deixa a direção e a responsabilidade da empresa e a propriedade dos produtos, evitando dessa maneira os conflitos derivados do condomínio da produção.

"Isto que acabamos de dizer tem particular importância, pois confere ao contrato de trabalho o caráter ou natureza de uma operação *forfaitaire* que servirá depois para resolver, no terreno jurídico, muitas questões acarretadas pela execução do contrato. Compreende-se que, se este que acabamos de expressar é o sentido do pacto que celebram patrões e operários, todos os riscos da exploração devem ficar a cargo da empresa. Dessa maneira, se falta matéria-prima, se diminui a demanda, se se acumulou um grande estoque, se uma máquina se estraga e, por qualquer dessas circunstâncias, não se utilizam momentaneamente os serviços do trabalhador, deve-se pagar o mesmo salário como se pagam os juros bancários ou o valor de aluguel do imóvel ocupado pela fábrica. Todas estas contingências que ocorrem na vida industrial devem ser suportadas pelo empregador porque, ao acordar o contrato nos termos pré-indicados, os tomou a seu encargo"[633](#).

Este pensamento é reiterado depois no mesmo livro, ao se referir ao pagamento do salário tanto nas suspensões por razões econômicas como no caso de o trabalhador permanecer à disposição do empresário embora efetivamente não lhe preste o serviço"[634](#).

A mesma solução foi aceita por *Barbagelata*, ao afirmar que os empregadores não estão habilitados a impor suspensões por motivos econômicos, e acrescenta: "Os primeiros critérios se fundamentam em que nenhuma das partes pode desligar-se unilateralmente do cumprimento do contrato e, particularmente, em que, no contrato de trabalho, o operário não participa' nem dos lucros nem dos riscos econômicos da empresa"[635](#).

Esta posição recebeu apoios posteriores.

Oscar Ermida Uriarte e Ariel Gianola Montegni escreveram vários anos depois: "De conformidade com os princípios fundamentais do Direito do Trabalho, os riscos da empresa correm por conta do empregador, que deve pagar o salário enquanto tem o trabalhador à sua disposição"[636](#).

Anuar Francés, examinando o problema à luz do Decreto-Lei n. 15.180, que, ao modificar o regime de seguro-desemprego, introduz a figura da falsa dispensa, diz: "Só por sua presença o Seguro de Paralisação não modifica o princípio justrabalhista de não assunção de riscos". (Cabe observar que os antecedentes doutrinários ele os expõe num capítulo que chama de "O princípio da não assunção de riscos".)[637](#)

Essa tese foi acolhida pela jurisprudência. Num caso, o juiz assim se pronunciou: "Sendo a 'alienidade' da essência do contrato de trabalho, é óbvio que nada de quanto se relacione com esse tópico deva ser suportado pelo trabalhador, cujo papel no contrato de trabalho limita-se a pôr à disposição do patrão sua energia em troca de um determinado preço que este deve respeitar, possa ou não desenvolver plenamente sua produção, já que se trata de um risco que toca exclusivamente à parte empresarial, a única que, em compensação, usufrui dos lucros do estabelecimento"[638](#). Não se menciona a palavra princípio, mas se deduz sua idéia central. Em outro caso, o Tribunal de Apelações do Trabalho decidiu: "Não é justo pôr a cargo do trabalhador os riscos da empresa. A falta de trabalho por razões econômicas deve ser encarada como risco de exploração de exclusiva responsabilidade do patrão... Se o empresário não consegue dar ocupação ao trabalhador, este mantém íntegros seus direitos ao salário, até que possa ingressar no seguro de paralisação; jamais, porém, pode ficar totalmente desprotegido"[639](#).

235. Opinião diferente

Apesar desses antecedentes, não nos decidimos incluí-lo na lista dos princípios.

O ilustre autor argentino *Jorge Rodríguez Mancini* se indaga se é possível falar de um princípio de alienidade dos riscos e responde negativamente. Alude a sentenças judiciais e trabalhos doutrinários que chamam de princípios fundamentais a elementos configurados das estruturas jurídicas. "Assim acontece" - diz textualmente - com o chamado 'princípio de alienidade do risco e de indenização'. Isto acontece como em outros casos em que se denomina princípio o que, em qualquer hipótese, constitui um conteúdo estrutural da relação econômica que dá lugar à relação jurídica conhecida como contrato de trabalho. É certo que o princípio tutelar ou de proteção ou de favor do trabalhador serve para apoiar soluções que levem em conta um sistema de responsabilidade por risco distinto do tradicional ou civilista, mas isto não implica, de modo algum, a existência de um princípio jurídico e muito menos 'fundamental' do Direito do Trabalho. Assim como não se poderia falar de 'um princípio de subordinação', referindo-se à posição jurídica em que se baseia o contrato de trabalho, tampouco se pode

criar um princípio de 'alienidade do risco' e de 'indenização', porquanto ambos os conceitos identificam verdadeiros componentes do contrato de trabalho como uma derivação do plano econômico no qual se apóia, quer dizer, a relação capitalista pelo uso do capital como meio de produção, cuja propriedade não pertence ao trabalhador, no centro da qual o risco econômico cabe precisamente ao proprietário do capital".

E, algumas linhas mais abaixo, acrescenta: "Sem prejuízo de uma análise mais profunda do tema, creio que se deve precisar o conceito de princípio jurídico já que, por não ser utilizado corretamente, pode acontecer que virtualidades próprias dele sejam atribuídas a novos elementos constitutivos de situações ou relações jurídicas, como se acaba de explicar. A função dos princípios jurídicos é muito clara e poderosa e, por isso mesmo, não convém estender o conceito além do que lhe toca por sua natureza, evitando-se assim derivar de um conceito, que não é um princípio jurídico, conclusões infundadas que possam expressar tendências de justiça, mas que carecem de apoio jurídico, como se tem observado ultimamente em alguma doutrina e em sentenças judiciais"[640](#).

Em nosso "Curso de Derecho Laboral"[641](#) indicamos as razões pelas quais não se pode considerar que a obrigação de pagar o salário alcance as jornadas em que se permanece à disposição.

Esse conceito foi utilizado para descrever uma das hipóteses na qual se gerava a licença, apesar de não haver trabalhado. Cremos que se a diária era paga não seria necessária a referência ou ela teria sido redigida de outra maneira.

Contraria o conceito da obrigação do salário e o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, que leva a sustentar que há contraprestação salarial quando há prestação de trabalho. Esse critério fundamental serve para resolver os casos duvidosos, as situações limítrofes.

Tradicionalmente foram admitidas, na prática, as suspensões por motivos econômicos (falta de matéria-prima, excesso de estoque, defeitos de maquinaria, etc.), num limite de 15 dias mensais, que surgiram de um costume promovido, na época, pelo Instituto Nacional do Trabalho, que difundiu o critério de que nenhuma suspensão (por qualquer que fosse o motivo) podia exceder 15 dias. Este costume, surgido nos anos 40 e que tem mais de 50 anos de vigência e de observância, atesta um uso consuetudinário que admite as suspensões por razões reais de falta de trabalho, embora o trabalhador esteja à disposição.

A partir do momento em que se criou o seguro-desemprego, em 1958, a cargo de organismos da previdência social, o legislador reconheceu implicitamente que o empregador não tinha obrigação de pagar o salário durante a suspensão, pois, se fosse obrigado a fazê-lo, não teria sentido o órgão respectivo ter de pagar o subsídio nem o trabalhador se resignar com um percentual, se podia continuar percebendo integralmente o salário.

Se se tratasse de um risco econômico da empresa, não teria aprovado o seguro de paralisação, que importa um pagamento menor que o salário e a liberação do empregador.

Reconhecemos a complexidade do problema.

Achamos que os princípios devem ter respaldo consensual ou quase consensual. Pode haver discussões sobre sua denominação, sua formulação, seu alcance, sua órbita de aplicação, mas não sobre sua própria existência.

Dada a relatividade desses dados, digamos que o acolhimento jurisprudencial desse princípio é muito menos freqüente que o referente a outros princípios.

Princípio de Igualdade

236. Avaliação

Não foi por esquecimento ou inadvertência que não incluímos o princípio de igualdade ou o de discriminação no elenco proposto. Foi porque realmente tínhamos nossas dúvidas. E cremos que, nesta matéria, deve-se proceder com o maior grau de certeza e convicção possível.

O que se costuma chamar de princípio de igualdade tem alguns elementos que levam a considerá-lo como princípio. Em primeiro lugar, por seu profundo fundamento constitucional, doutrinário e internacional, que se vincula à própria dignidade do ser humano. Em segundo lugar, por sua capacidade de fermentar, sua condição de fonte geradora de idéias e conseqüências, pela amplitude e riqueza de suas aplicações e indeterminação ele seus limites.

Por outro lado, há outros motivos para lhe negar a condição de princípio. Um deles é que se trata sempre de acolhê-lo e concretizá-lo em normas, muitas das quais entram em detalhes e exigências ou requisitos que circunscrevem e restringem seu alcance. As normas que o consagram na legislação argentina ou brasileira estabelecem alguns requisitos que o limitam ou condicionam sua aplicação. O outro é que se costumam confundir, na mesma denominação, dois conceitos: o da não discriminação e o da igualdade propriamente dita (ou da equiparação). Isto lhe confere um alcance incerto. Veremos depois, quando expusermos seu significado, que dois sentidos distintos se misturam muitas vezes sem critério. Existe nesse sentido uma perigosa ambigüidade.

O princípio deve ser algo que ninguém discute em sua realidade nem em seu significado fundamental.

A igualdade, será ela um princípio ou um direito, cujos limites de eficácia são marcados pelas próprias normas que os instituem?

237. *Caráter concreto do Direito do Trabalho*

Há uma dificuldade inicial na consideração deste tema, que não podemos deixar de abordar.

Entre as particularidades do Direito do Trabalho está sua proximidade com a vida real, sua proximidade com a realidade concreta.

Isto nos levaria à diversificação, porquanto a realidade verdadeira é amplíssima, múltipla e variada.

Diz-se que não há duas gotas iguais sob o sol, porque as peculiaridades de cada situação não se repetem nem em sua composição, nem em sua proporção, nem em seu contorno.

Tanto é assim que um dos aspectos típicos do Direito do Trabalho é seu caráter concreto, que se expressa nas múltiplas regulamentações distintas que regulam os mesmos temas trabalhistas, segundo o setor ou ramo de atividade.

Como conciliar esta tendência para a diversificação e para o contato com a vida real, tão rica de contrastes e variedades, com o princípio de igualdade que poderia levar a um tratamento semelhante para todos os casos?

A resposta correta deve começar por distinguir o principal do acessório.

O principal é a dignidade do ser humano, que é a mesma para todos, quaisquer que sejam as particularidades de cada um.

O acessório são as diferenças e particularidades de cada qual, cuja própria diversidade passa a integrar um dos aspectos mais típicos do ser humano.

Isto serve para mostrar a complexidade e a delicadeza do problema. Não é uma questão fácil nem simples. Não pode ser esquematizada nem ser demasiadamente simplificada. Exige análise, estudo e exame muito cuidadoso.

Esta distinção nos leva a afirmar que os seres humanos devem ser tratados de uma forma igualitária, desde que se encontrem em situações semelhantes, mas não quando se encontram em situações diferentes. É tão injusto tratar diferentemente situações iguais como tratar igualmente duas situações díspares.

Posso ilustrar esta reflexão com um exemplo. O art. 8º da Constituição uruguaia diz: "Todas as pessoas são iguais diante da lei, não se reconhecendo outra distinção entre elas que não sejam a dos talentos e/ou as virtudes". Com estas duas palavras - talento e virtude - abre-se um leque indefinido de variedades, distinções ou diferenças justificadas. Pode-se pensar na diversidade de talentos, nas diferentes magnitudes, nas combinações possíveis, nos diferentes graus de aproveitamento e utilização de sua própria capacidade.

Pode-se imaginar a numerosa lista de virtudes, as diferentes intensidades, as trajetórias, os diferentes graus de acumulação de virtudes, o papel e a influência dos fatores negativos, os deméritos.

Em outras palavras, isto significa que não se proíbem todas as diferenças, mas só as diferenças injustificadas, que costumam ser identificadas pela palavra discriminação.

238. Relativismo da igualdade

Isto nos leva a outra das reflexões que queríamos fazer. Este princípio é chamado muitas vezes de "igualdade" e, outras, de "não discriminação".

Estas expressões são equivalentes? São indiferentes? Não. Parece-nos indispensável fazer uma distinção.

A) O princípio da não discriminação é a versão mais modesta ou simples desse princípio: proíbe-se introduzir diferenciações por razões não admissíveis.

O exemplo mais notório, que tem provocado rejeição unânime, é o representado por razões de sexo. A consciência universal tem rejeitado com energia toda distinção entre o homem e a mulher.

Outro exemplo bem claro é o da nacionalidade, embora esta já admita certos matizes. Pode-se exigir a cidadania para cargos públicos; no caso de desemprego, o emprego pode ser dado preferentemente aos cidadãos; pode-se estabelecer um percentual mínimo para os nacionais. Não digo que, nestes casos, haja razão para essas desigualdades entre nacionais e estrangeiros, mas a opinião comum recusa com menos vigor do que no exemplo anterior.

Há também outras razões igualmente inadmissíveis: por raça, cor da pele, religião, opinião política ou filosófica, ascendência nacional, origem social, atuação sindical, represália por atitude assumida num conflito. A lista não é exaustiva.

Afonso Olea⁶⁴², acompanhando a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, distinguiu três tipos de discriminação de diversa gravidade:

- 1) as que violam as interdições concretas incluídas na Constituição;
- 2) as que violam normas originadas da lei ou de uma norma escrita de categoria inferior, ou do costume, ou de um princípio geral de direito;
- 3) as desigualdades baseadas em causas que não violam nenhuma norma ou princípio.

Estas, por sua vez, dividem-se em dois grupos:

I) que obedecem a causas legítimas, nas quais o empresário pode decidir livremente. Cabem múltiplos exemplos: dedicação ao trabalho, aptidão especial, circunstâncias familiares desfavoráveis;

II) que obedecem a um simples capricho, sem qualquer justificativa. Podem ser também mencionados diversos exemplos, como a intenção de aborrecer, humilhar ou prejudicar a vítima para se vingar dessa ou daquela atitude ou para provocar a saída da empresa. Aqui pode interessar mais que a causa ou o pretexto a circunstância que cerca o ato discriminatório.

B) O princípio de igualdade é mais amplo e ambicioso e recebe, às vezes, o nome de princípio de equiparação.

Leva a ter que conceder a todo trabalhador a mesma vantagem ou benefício (geralmente o problema se põe com relação ao salário) que percebe um companheiro de tarefas, que executa trabalho equivalente ou do mesmo valor.

Mas, além das dificuldades inerentes à determinação de dois trabalhos de igual valor, há aqui um obstáculo para sua admissão na própria natureza das normas de trabalho.

É essência do Direito do Trabalho ser composto de normas que estabelecem o nível mínimo de proteção. Isto revela que pode haver diversos níveis de proteção; que não há um degrau único nem uma linha única, mas graus diversos que podem estabelecer proteções mais amplas ou mais generosas ou mais vigorosas.

Se todo benefício que se concedesse a um trabalhador devesse ser extensivo a todos os demais, não haveria limites mínimos, mas níveis únicos ou comuns a todos os trabalhadores.

Por outro lado, esta formulação costuma converter-se numa fonte incessante de conflitos, pois é muito difícil a um trabalhador reconhecer suas próprias carências ou limitações, ou a superioridade de outro trabalhador que realiza tarefa maior ou que é capaz ele resolver mais acertadamente ou mais rapidamente as dificuldades, etc.

*Justo López*⁶⁴³ expõe esta mesma idéia, partindo de outro enfoque que leva ao mesmo resultado, isto é, da própria noção da diferenciação admissível e inadmissível.

A versão correta desse princípio serve para igualar a situação desvantajosa do indivíduo com relação à comunidade, mas não da comunidade com o caso isolado do trabalhador mais favorecido.

Não contraria o princípio o fato de uma pessoa ser tratada especialmente. O que interessa desse ponto de vista não é que haja algum empregado mais favorecido que outro, mas que algum empregado seja discriminado (isto é, prejudicado) com relação à generalidade.

O que se busca é evitar o atraso face ao nível normal ou geral; mas não se pretende equiparar todos no nível mais alto, porque alguém o obteve. Esta última tese conduziria à redução das vantagens concedidas pelo empregador.

Um trecho de uma sentença argentina expressa o conceito com clareza: "O que interessa, para fins de determinar se se configura tratamento discriminatório, não é que haja algum empregado mais favorecido que outro, mas que um dependente seja discriminado com relação à generalidade"⁶⁴⁴.

Esses conceitos não são partilhados por todos, razão pela qual a difusão do chamado princípio de igualdade, em vez de resolver problemas, os cria, já que frequentemente essa pretensão de equiparação pode ser invocada com pouco fundamento.

Princípio de Não Discriminação

239. Princípio de não discriminação

Em síntese, podemos dizer que, depois de vários anos de reflexão, nos inclinamos por admitir o princípio de não discriminação, mas não o de igualdade.

Não se trata de problema terminológico, mas conceitual.

O princípio de não discriminação leva a excluir todas aquelas diferenciações que põem um trabalhador numa situação de inferioridade ou mais desfavorável que o conjunto, e sem razão válida nem legítima.

O princípio de igualdade encerra a idéia da equiparação, que é uma fonte de conflitos e problemas; descaracteriza o caráter mínimo das normas de trabalho e impede a concessão de melhorias e benefícios que poderiam existir.

Por outro lado, a imposição da igualdade tem sido acolhida em normas que condicionam a aplicação do critério a certos limites e requisitos.

Dessa maneira, o legislador pode estabelecer o alcance preciso que quis dar à norma. Onde há normas expressas não há necessidade de recorrer a princípios.

240. A não discriminação e a integração regional

Vamos referir-nos ao âmbito do MERCOSUL, não só pela importância e peso que tem no tema trabalhista, mas também porque todo esforço de integração gera uma problemática peculiar, que vale a pena examinar. Como influi o princípio da não discriminação no tema da integração?

A meu ver, por dois caminhos diversos.

O primeiro é o de evitar que se utilize um salário aviltado para conseguir um custo da mão-de-obra mais baixo e, por meio disto, procurar vantagens à custa de certos setores de trabalhadores expostos tradicionalmente a uma maior exploração, com salários menores que os normais.

Há dois exemplos clássicos:

a) o trabalho da mulher, que por razões sociais (menor espírito de luta, caráter de salário de apoio de sua retribuição ou, pelo contrário, urgência imprescindível de trabalhar em casos de necessidade extrema) tem sido exposta a remuneração inferior à do homem.

A superação desta discriminação tem sido facilitada por força de um movimento universal de opinião que tende à igualização da mulher em todos os planos e pela própria extensão do trabalho feminino.

Resta, de qualquer modo, o perigo da discriminação indireta com a atribuição, preferentemente ao homem, dos postos mais bem remunerados. Este perigo requer muito mais tempo para desaparecer por completo. De qualquer maneira, este aspecto não tem maior conexão com o tema da integração;

b) o trabalho dos estrangeiros que, em alguns países (e sobretudo em algumas zonas fronteiriças), se utiliza como meio de baratear o custo da mão-de-obra, aproveitando a situação de indefeso na qual, em certos casos, encontra-se o trabalhador procedente de outros países. Influi no que temos chamado de situação de indefeso uma série de fatores: ignorância das normas de proteção, falta de documentação, necessidade extrema de ocupação imediata, falta de recursos, falta de apoio sindical, temor da despedida.

Vale observar que o combate a esta discriminação - ou seja, a luta pela equiparação entre o nacional e o estrangeiro - não só beneficia o estrangeiro mas também o nacional que quer o desaparecimento desse concorrente que, em função de um menor salário, lhe pode tomar o posto de trabalho.

Devo esclarecer que, ao falar de trabalhador estrangeiro, estou-me referindo ao procedente de qualquer país, pertença ou não à sub-região envolvida no esforço de integração. O problema pode ser levantado com qualquer estrangeiro, e vários países do MERCOSUL têm fronteiras com países que não o integram.

O segundo é facilitar a livre circulação dos trabalhadores da região em todos os países que a formam.

Essa fácil circulação, sem obstáculos nem entraves, é um dos componentes essenciais da integração que não pode esgotar-se no intercâmbio de bens, mas também de pessoas. Um dos fatores de produção, a que se refere o Tratado de Assunção, é justamente a mão-de-obra.

De algum modo, essa livre circulação supõe a igualdade de direitos de todos os trabalhadores da região. Se é um espaço econômico único, devem poder trabalhar livremente todos os que procedem dos diversos países da região.

Como se verá, há, nestas duas referências aos estrangeiros, uma diferente motivação e um diferente alcance. Para evitar o aviltamento do salário, a não discriminação estende-se a todos os estrangeiros, qualquer que seja o país de sua procedência. Para permitir a livre circulação dos trabalhadores dos quatro países do MERCOSUL, referimo-nos aos oriundos dos outros países da região. Mas ambos os motivos e ambas as órbitas convergem para justificar o combate à discriminação.

241. Ratificação das convenções antidiscriminatórias pelos países do MERCOSUL

Os quatro países do MERCOSUL ratificaram as principais convenções internacionais do trabalho voltadas especialmente para o combate à discriminação, como são as de ns. 100 e 111.

Basta esta ratificação para evitar a discriminação? A resposta é negativa.

Sem deixar de destacar a importância dessa ratificação - que assinala um promissor ponto de partida nesta área - cumpre-nos afirmar que não basta a ratificação dessas duas convenções internacionais.

Primeiramente, isto é indiscutível nos países nos quais se discute a necessidade de uma lei em todos os casos, por entender que os tratados internacionais ratificados não se aplicam diretamente, requerendo sempre uma lei complementar.

Mas, mesmo nos países em que predomina a teoria monista, segundo a qual a ratificação das convenções internacionais as converte em normas de direito interno, se requer uma lei que facilite sua aplicação, pois o conteúdo dessas convenções é muito programático.

Coloquemos alguns exemplos. O art. 2º, que é o que estabelece a obrigação principal da Convenção n. 111 - a de maior desenvolvimento em matéria de não discriminação -, estabelece que "todo membro para o qual esta convenção esteja em vigor obriga-se a *formular e executar uma política nacional* que promova, por métodos compatíveis com as condições e a prática nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e ocupação, com o objetivo de eliminar toda discriminação a esse respeito". Sublinhamos as palavras que descrevem o centro da obrigação: formular e executar uma política. Isto demonstra que a Convenção é um ponto de partida, mas o que se obriga é projetar e cumprir uma política.

O art. 3º oferece outro bom exemplo, porque contém seis incisos que indicam outras tantas obrigações que o Estado deve cumprir. Em atenção à brevidade, só citaremos algumas das que consideramos mais expressivas:

a) procurar obter a cooperação das organizações de empregadores e de trabalhadores e de outros organismos apropriados para a tarefa de fomentar a aceitação e o cumprimento dessa política;

b) promulgar leis e promover programas educativos que, por sua natureza, possam garantir a aceitação e o cumprimento dessa política;

c) assegurar a aplicação dessa política nas atividades de orientação profissional, de formação profissional e de colocação, que dependam de uma autoridade nacional.

Por sua vez, a própria Convenção aceita alguma exceção, não considerando discriminatórias medidas que afetem uma pessoa sobre a qual recaia fundada suspeita de que se dedica a uma atividade prejudicial à segurança do Estado (art. 5º) e admitindo formas positivas de justa discriminação (art. 6º).

Para combater a discriminação, devem ser cumpridas todas essas tarefas complementares que supõem, de certo modo, esforço permanente, luta incessante.

Como se trata de um mal ou de um perigo que tem múltiplas manifestações capazes de surgir inesperadamente e de diversas maneiras, deve ser enfrentado como uma gestão permanente, contínua, inacabável, para evitar todas as possíveis manifestações desse mal. A ratificação das convenções não é a meta, mas o ponto de partida.

Por outro lado, convém lembrar que há outra convenção internacional - a de n. 156 - relacionada com trabalhadores com encargos familiares, que é, de certo modo, complementar à de n. 100. É o que se deduz do teor de seu art. 3º: "Com vistas a criar a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras, todo país-membro deverá incluir, entre os objetivos de sua política nacional, a permissão de que as pessoas com encargos familiares, que ocupem ou desejem ocupar um emprego, exerçam seu direito de fazê-lo sem ser objeto de discriminação e, na medida do possível, sem conflito entre suas responsabilidades familiares e profissionais".

Cabe esclarecer que esta Convenção só tem duas ratificações entre os países do MERCOSUL: Argentina e Uruguai.

242. Abrangência do princípio

Que etapas da relação de trabalho são alcançadas por este compromisso de não discriminação?

O teor das convenções é muito amplo.

O art. 1º da Convenção n. 111 estabelece expressamente que o termo "discriminação" compreende qualquer distinção, exclusão ou preferência baseada em motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por objetivo anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego e na ocupação.

O parágrafo 3º dessa mesma disposição especifica que os termos "emprego" e "ocupação" incluem tanto o acesso aos meios de formação profissional e à admissão no emprego e nas diversas ocupações como também as condições de trabalho", ou seja, que não só abrangem as condições de emprego - quer dizer, as tarefas, as comodidades para seu desempenho, a retribuição-, mas também a admissão e a despedida.

Com relação ao ingresso, a norma internacional se refere à admissão no emprego, o que é uma expressão equivalente. Mas, indubitavelmente, é muito difícil verificar e controlar, pois pode haver outros motivos que inclinam para a opção por outro candidato. E também é muito difícil sancionar, porque não se pode obrigar a despedir um para que entre o outro que se presume discriminado e, menos ainda, obrigar a empresa a ter maior número de trabalhadores do que o necessário.

Com relação à despedida, parece claro que é um dos pontos a que se deve dar mais atenção. Em todos os casos em que haja suspeita de discriminação, deve-se exigir da empresa os motivos reais, válidos, suficientes para a despedida. Este é um dos aspectos em que deve haver maior vigilância, mas não desconhecemos as dificuldades.

Acreditamos, inclusive, que se deve cuidar muito desse perigo no momento do retorno após uma greve. Às vezes se pretende que toda medida que se tome depois de uma greve deva ser geral e igualitária. Mas nem sempre é assim, pois os antecedentes, os comportamentos, os méritos, as aptidões não são os mesmos.

Na prática, isto cria uma problemática muito rica que, dentro do possível, deverá ser resolvida aplicando-se dois princípios do Direito do Trabalho, de grande utilidade nesses casos: o princípio da razoabilidade e o da primazia da realidade para buscar a verdade real, além da verdade formal e das aparências.

243. A posição do Uruguai

O que primeiro chama a atenção é sua demora em ratificar as convenções antidiscriminatórias da OIT.

As Convenções ns. 100, 111 e 156 foram ratificadas pela Lei n. 16.063, de 6.10.89, e as três convenções eram muito anteriores, sobretudo as duas primeiras.

A Convenção n. 100, sobre a igualdade do homem e da mulher, é de 1951, o que significa que foi ratificada 38 anos depois. A Convenção n. 156, sobre trabalhadores com encargos familiares, é de 1981, o que significa 8 anos depois.

Estas demoras são muito significativas, pois o Uruguai é um dos países do mundo com maior número de ratificações de convenções, e a OIT havia incluído estas três convenções entre as que considera fundamentais. Como se sabe, a Organização faz certa hierarquização entre as convenções. Aquelas que afetam os direitos humanos são as mais importantes. E, para a OIT, afetam os direitos humanos os temas de trabalho forçado, da não discriminação e da liberdade sindical,

Uma explicação possível é que nos considerávamos tão longe da discriminação que entendíamos que essas convenções não nos afetavam no que se referia aos trabalhadores em minas de carvão ou às populações indígenas.

Outra explicação é que éramos insensíveis ou indiferentes ao tema. Mas esta explicação não é aceitável, pois nestes últimos anos o Uruguai aprovou uma série de leis que ratificam sua disposição igualitária e contrária a toda classe de discriminação.

Além da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, na data de 10.12.48, temos as seguintes leis:

A Lei n. 13.670, de 1.7.68, que aprova a Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial.

A Lei n. 13.751, de 11.7.69, ratificou o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cujo art. 3º dispõe que os Estados signatários se comprometem a assegurar a todos os homens e a todas as mulheres iguais direitos de gozar de todos os direitos econômicos, sociais e culturais e, pelo art. 2º, os Estados se comprometem a garantir o exercício dos direitos que nele se enunciam, sem qualquer discriminação.

A Lei n. 15.737, de 8.3.85 - conhecida como a lei da anistia ratificou o Pacto de São José da Costa Rica, incorporando-o integralmente ao texto da lei ratificatória.

A Lei n. 16.045, de 2.6.89, proíbe toda discriminação que viole o princípio de igualdade de tratamento e de oportunidades para ambos os sexos em qualquer setor da atividade de trabalho.

Toda esta série de leis demonstra que não há indiferença. Embora a existência de todas essas normas nacionais e internacionais possa levar a pensar que, havendo normas expressas, não há necessidade de recorrer aos princípios, o tipo de normas aprovadas, que estabelecem critérios genéricos e recomendam políticas nesse sentido, justifica o exame do tema da perspectiva dos princípios.

Mas, juntamente com essa atitude do Parlamento, podemos *invocar* a posição do Poder Judiciário.

Em matéria de trabalho, a jurisprudência é unânime em considerar como despedida abusiva - o que significa particularmente antijurídica - a despedida motivada ou inspirada em razões discriminatórias, quaisquer que sejam elas. Sem chegar a uma inversão do ônus da *prova*, os juízes, diante da denúncia de que houve discriminação, exigem a descrição dos motivos. E se não as justificam inclinam-se por lhe atribuir caráter abusivo⁶⁴⁵.

Cabe acrescentar que a doutrina nacional tem sido também muito afirmativa quanto à condenação de toda forma de discriminação injustificada, embora nem sempre tenha sido muito precisa na distinção entre a igualdade, a equiparação e a não discriminação⁶⁴⁶.

Isto demonstra a importância de que o exame da situação de um país não se limite ao nível normativo, mas que se penetre mais a fundo até chegar ao terreno da aplicação efetiva.

244. Parágrafo final

Este livro não deve ter conclusões. É um livro inconcluso; em outras palavras, aberto, no mais amplo sentido.

Limitamo-nos a expor os princípios que se consideram fundamentais. Mas não estão enquadrados num âmbito fechado e congelado. Não se pode descartar a possibilidade de outros serem incorporados, em decorrência do próprio dinamismo da vida de trabalho ou como fruto de observações, críticas ou sugestões de quem aprofunda seus estudos ou diverge com suas afirmações e exposições.

Nenhum princípio representa um repertório acabado de soluções ou um determinado elenco de diretrizes. São orientações que fermentam, de uma grande riqueza potencial pelo variadíssimo número de aplicações possíveis.

Por isso, este pretende ser um livro de iniciação, cujo mérito principal é sua fecundidade. Aspira a ser uma semente, não um fruto.

Nota 1: Alfredo Rocco: 'Principios de Derecho Mercantil', trad. espanhola, Madri. 1931, pág. 67.

Nota 2: Talvez a doutrina espanhola constitua uma exceção, pois, segundo Pérez Botija, dedicou atenção ao estudo dos princípios. Bayón Chacón assinalou justamente a importância que, na elaboração doutrinária daquele autor, teve sua doutrina principiológica, que foi sendo aperfeiçoada através das sucessivas edições do 'Curso de Direito do Trabalho', até chegar à sexta, em 1960. Assim, Pérez Botija trata de configurar o Direito do Trabalho através de uma série de princípios inspiradores que delineiam sua estrutura e sua aplicação, ressaltando que 'o valor e a novidade de sua sistematização foi expressamente reconhecido, não apenas na Espanha, mas também pela doutrina estrangeira (Ardau Mazzoni. etc.)' ('Estudios en Memoria del Professor Eugenio Pérez Botija', Madri. 1970, pág. 10).

Nota 3: Giuseppe La Loggia: 'Principi del Diritto del Lavoro', Milão, 1940. Cumpre ressaltar que uma atualização posterior de seu livro recebeu outra denominação, mais adequada: 'Lineamento di Diritto del Lavoro', Pádua, 1954.

Nota 4: José Férrez Leriero: 'Teoria General del Derecho Espanol del Trabajo', Madri, 1948. A obra está dividida em três partes: I) Noções preliminares. II) Princípios fundamentais. III) Pressupostos doutrinários. Na segunda parte (Princípios fundamentais) estuda-se o intervencionismo estatal no direito espanhol do trabalho; a jurisdição própria nos setores administrativo e judicial; o caráter tutelar da legislação trabalhista; a condição mais favorável; a irrenunciabilidade dos direitos subjetivos trabalhistas; a responsabilidade no contrato de trabalho; a honra profissional do trabalho; a continuidade do trabalho; o salário justo; a participação nos lucros; a participação na gestão social da empresa e a unidade da empresa.

Nota 5: Poderiam ser citados múltiplos exemplos. Para citar apenas um, bastante representativo, mencionaremos a exposição do Prof. Mariano R. Tissenbaum inserta no 'Tratado de Derecho del Trabajo', dirigido por Deveali. Sua colaboração, intitulada 'La Constitucionalización y Codificación del Derecho del Trabajo. Sus Fuentes e Interpretación', inclui um Título III sobre a interpretação das leis trabalhistas, no qual expõe diversos princípios rotulados 'Principios Propios de Interpretación en el Derecho del Trabajo' (t. I, pág. 392: .

Nota 6: Recentemente difundiu-se na América Latina a Declaração dos Princípios Fundamentais do Direito do Trabalho e da Segurança Social aprovada em Querétaro a 26.9.74 pelo V Congresso Ibero-Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. realizado no México. Na verdade, reúne uma tentativa de formulação continental do que chamaremos princípios políticos (veja-se infra n. 16).

Nota 6bis: Nessa Declaração mencionam-se quatro princípios relativos aos direitos fundamentais:

- a) a liberdade de associação e a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;
- b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;
- c) a abolição efetiva do trabalho infantil;
- d) a eliminação da discriminação em matéria a de emprego e ocupação. Além da Imprecisão terminologia, trata-se de princípios políticos segundo a classificação Que faremos (infra n.16: com dúvida parcial referente ao último.

Nota 7: Conferência pronunciada nas Jornadas Latino-Americanas de Direito do Trabalho realizadas em Blumenau (Brasil), em abril de 1973. Depois dessa data, continuamos a encontrar outros autores que enumeram princípios, o que nos tem levado a ampliar mais ainda o número de princípios mencionados. Não continuamos a contabilização, mas estamos certos de que o número global aumentou em várias dezenas.

Nota 8: Georges Ripert: 'Les Forces Creatives du Droit' (LGDJ). Paris, 1955, n. 132.

Nota 9: Cf. L. Nagy em sua Intervenção sobre 'Les principes fondamentaux du droit du travail'. na Conferência Internacional de Direito do Trabalho, realizada em Varsóvia, em setembro de 1981 ('Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Social', COMPTRASEC, Bordéus, 1982/2, pág. 70).

Nota 10: Alberto Ramón Real, em seu estudo sobre 'Os princípios gerais do direito em nossa Constituição', sustenta que em direito administrativo é mais comum que em direito privado a necessidade de recorrer aos princípios, resumindo seu pensamento no seguinte parágrafo, que é perfeitamente aplicável ao Direito do Trabalho:

'Disciplina em permanente evolução e de data relativamente recente, esta última teve de elaborar em grande parte suas soluções racionais sem o auxílio de uma estrutura conceitual sistematizada em códigos decantados

através de milênios de experiência, como acontece com o direito privado' ('Estado de Derecho y Humanismo Personalista', FCU, Montevideu, 1974, pág. 10).

Roberto Garcia Martínez tem argumento semelhante ao se referir à selva legislativa que forma a legislação trabalhista. Essa legislação, em muitos de seus preceitos, é geralmente conjuntural, circunstancial, detalhista, quando não oportunista, e em constante mudança. Isto cria um verdadeiro tumulto legislativo que costuma misturar-se com regulamentos, resoluções, laudos, convenções coletivas e estatutos especiais. Para pôr ordem no tumulto, os princípios se fazem necessários, citando a opinião de um grande administrativista espanhol, Eduardo Garcia de Enterría, que fala da legislação motorizada que tem tornado impossível, na ordem fática, uma ciência ou prática jurídica exegética que se limitasse a expor e a aplicar assepticamente as variadas, contraditórias e fugazes normas escritas. Os princípios são necessários ('Los principios generales de la ley de contrato de trabajo', na revista argentina 'Derecho Laboral'. Buenos Aires. Setembro/outubro 1985. pág. 270).

Nota 11: O tratadista brasileiro Cretella Júnior, em 'Princípios Fundamentais de Derecho Administrativo', incluído em 'Estudios en Homenaje al Professor Lopez Rodó' (t. I. Madri, 1972. pág. 45), referindo-se ao direito administrativo, assim se expressa: 'as regras básicas deste ramo do direito formam a canônica ou principiologia, conjunto de cânones ou princípios que garantem a autonomia do sistema administrativo dentro do mundo jurídico, impedindo que sejam confundidas Instituições de direito privado com as similares de direito público em primeiro lugar. e Impedindo - já dentro do direito público - que se identifiquem. confundindo-se, instituições peculiares a dois ramos gêmeos. porém distintos'. É fácil transportar esta definição para o conjunto de princípios próprios do Direito do Trabalho.

Nota 12: Luisa Galantino: 'Formazione Glurisprudenziale dei Principi del Diritto del Lavoro'. Giuffrè, Milão. 1981, pág. 63. A autora traz uma expressiva citação de Esser, que afirma que só a observância dos princípios progressivamente elaborados pela tradição jurisprudencial permite enfrentar a agressão da moderna cirurgia legislativa ao corpo social.

Nota 13: José Antonio Vásquez: 'Materialidad del Derecho Laboral'. Montevideu. 1953, pág. 39.

Nota 14: 'Les principes généraux du droit du travail', em 'Tendances du Droit du Travail Français Contemporain. Études Offertes à G. H. Camerlynck'. Dalloz, Paris, 1978, pág. 45.

Nota 15: Monzón lembra um artigo de Bielsa, intitulado 'La legislación del trabajo y los principios generales del derecho', na 'Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas de la Universidad Nacional del Litoral', 3ª série, t. IX, págs 51/ e segs., Rosario, 1940 ('Reflexiones sobre la codificación del derecho del trabajo', na revista 'Derecho del Trabajo', 1957, pág. 673).

Nota 16: Ultimamente, fora um título alarmista de Nestor de Buen ('El fin de unos principios'), apresentado num congresso no México, realizado em abril de 1991 - que não reflete o conteúdo do artigo -, começaram a aparecer críticas a alguns princípios sem questionarem sua própria existência nem a função que devem exercer. Mas, além da notória margem para opiniões sobre cada um dos aspectos desse grande tema, a questão não deixa de ser preocupante, pois um dos princípios que tem sido questionado é o princípio de proteção e, como diz Hugo Barreto, quando o princípio de proteção é fustigado, põe-se em xeque a própria espinha dorsal da disciplina ('La justicia social y los principios generales de derecho del trabajo' em 'Treinta y Seis Estudios sobre las Fuentes del Derecho del Trabajo', FCU, Montevideu, 1995, pág. 34).

Nota 17: Bayón Chacón y Pérez Botija: 'Manual de Derecho del Trabajo', 8ª ed., Madri, 1970, pág. 163.

Nota 18: Francisco Giorgi: 'Los principios generales del derecho y el derecho laboral'. em 'Treinta y Seis Estudios sobre las Fuentes del Derecho del Trabajo', FCU, Montevideu, 1995, pág. 27.

Nota 19: José Manuel Almansa Pastor: 'Los principios generales del derecho en las fuentes normativas del Derecho del Trabajo', em 'Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo', ano II, n. 3, junho de 1972, págs. 1 e segs.

Nota 20: Alberto Ramón Real: 'Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya', em 'Revista de Derecho Público y Privado', n. 238, abril de 1958, pág. 197.

Nota 21: Op. cit., pág. 25.

Nota 22: Víctor Ferro Delgado: 'Los principios generales del derecho y los principios particulares del derecho laboral', na revista 'Derecho', da Universidade Católica do Peru, n. 42. dezembro de 1998, pág. 51.

Nota 23: Mario L. Deveali: 'Lineamientos del Derecho del Trabajo', Buenos Aires, 1948, págs. 59 e segs.

Nota 24: Manuel Alonso Garcia: 'Derecho del Trabajo', Barcelona, 1960, t. I, pág. 247.

Nota 25: Apesar da frequência com que se utiliza a palavra 'princípio' na linguagem jurídica, e da reiterada alusão aos princípios gerais do direito, não há uma definição clara nem unanimemente aceita da noção de princípio geral de direito, nem da noção mais ampla de princípio. Com efeito, diz Eduardo Garcia Máynez: 'Determinar o que se deve entender por princípios gerais de direito é uma das questões mais controvertidas da literatura jurídica' ('Introducción al Estudio del Derecho', México, 1941, t. I, pág. 212). De todas as definições consultadas, permitimo-nos destacar a que Ernesto Eduardo Borge propõe na 'Enciclopedia Jurídica Omeba': 'Um princípio jurídico fundamental é algo que devemos admitir como pressuposto de todo ordenamento jurídico. Informa a totalidade do mesmo e aflora de modo expresse em múltiplas e diferentes normas, nas quais o legislador muitas vezes necessita mencioná-los'.

Nota 26: Federico de Castro: 'Derecho Civil de España', Madri. 1949, 2ª ed., t. I, págs. 419-420.

Nota 27: Eduardo J. Couture: 'Vocabulario Jurídico', Montevideu, 1960, pág. 489.

Nota 28: Op. cit .. pág. 8.

Nota 29: Juan Rivero Lamas: 'La Equidad y los principios del Derecho del Trabajo', Tese apresentada no V Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e Segurança Social. México, 1974, pág. 11.

Nota 30: Rivero Lamas explica: 'Não se trata de princípios que inspirem a presidam relações concretas, a ponto de encarnar-se na própria razão de ser de determinados institutos, mas de autênticas regras autônomas, que têm sua aplicação no momento de identificar o regime das relações laborais'. (op. cit., pág. 2).

Nota 31: Adolfo Gelsi Bidart: 'Princípios de direito agrário', na 'Rivista di Diritto Agrario'. Artigo comemorativo do cinquentenário da revista, dedicado à memória de G. Bolla, pág. 327. Nesse trabalho, e em artigo posterior intitulado 'Segunda reflexão sobre princípios de direito agrário', aparecido em LJU, LXXII, pág. 31, enfatizou a importância dos princípios no direito agrário, precedendo-o com algumas considerações gerais válidas para os princípios das diversas matérias. Nada obstante, tanto pelos exemplos que cita como pelo caráter optativo que atribui aos mesmos (decisão entre orientações opostas), adverte-se que Gelsi se refere ao que Pérez Botija determina princípios políticos (veja-se infra n. 16).

Nota 32: Luiz de Pinho Pedreira da Silva, 'Os princípios jurídicos específicos do Direito do Trabalho', em 'Tendências do Direito do Trabalho do Direito Contemporâneo. Volume em Homenagem a Cesarino Júnior', São Paulo, 1980, t. I, pág. 346.

Nota 33: Zibgniew Salwa diz com acerto: 'Os princípios podem ser analisados separadamente. Nesse caso, porém, não refletem uma imagem completa de sua situação e de seu papel no conjunto das disposições do Direito do Trabalho nem uma dada imagem do Direito do Trabalho. Não podemos ter uma imagem completa se não os analisarmos no contexto do sistema existente de princípios como um todo mais ou menos homogêneo. Devem construir um conjunto corrente de idéias harmoniosas que unifiquem as disposições do Direito do Trabalho num sistema único' (na Conferência Internacional de Direito do Trabalho, realizada em Varsóvia, em setembro de 1981, 'Bulletin de Droit Comparé du Travail et la Sécurité Sociale', COMPTRASEC, Bordéus, 1982/2, pág. 31).

Nota 34: Ronald Dworkin: 'Los Derechos en Serio'. Planeta Agustini, Barcelona. 1993. As frases transcritas estão na síntese contida no prólogo de Calsamiglia, pág. 9.

Nota 35: O autor menciona também 'diretrizes', mas, a nosso ver, com essa palavra se alude ao que chamamos de princípios políticos.

Nota 36: Gustavo Zagrebelsky: 'Il Diritto Mite', Biblioteca Einaudi, Turim, pág. 147.

Nota 37: Robert Alexy: 'Concetto e Validità Del Diritto'. Biblioteca Einaudi, Turim, p. 73.

Nota 38: Luigi Mengoni: 'Ermeneutica e Dogmatica Giuridica', Milão, 1996, pág. 127.

Nota 39: Luiz de Pinho Pedreira da Silva: 'Principiologia do Direito do Trabalho', LTr, São Paulo, 1997, pág. 13.

Nota 40: Eros Roberto Grau: 'Ordem Econômica na Constituição de 1988', Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990, págs. 92 e segs.

Nota 41: 'Los principios generales del derecho y los principios particulares del derecho laboral', na 'Revista Derecho Universal'. Católica do Peru, dezembro de 1988, pág. 52.

Nota 42: Luiz Diez Picazo, y Antonio Bullón: 'Sistema de Derecho Civil'. 3ª ed., Madri, Editorial Tecnos, pág. 184.

Nota 43: 'Los Principios Generales del Derecho en la Doctrina Laboral', Editorial Aranzadi, Pamplona, 1984, pág. 15.

Nota 44: 'Las clausulas sociales en la Constitución y los principios generales del derecho del trabajo', na revista argentina 'Legislación del Trabajo'. Buenos Aires, n. 367, julho de 1983, pág. 581.

Nota 45: Op. cit., págs. 473 e segs.

Nota 46: Em frase bastante expressiva, Gelsi afirma que estão na base de toda disciplina, que a inspiram (penetram no âmago), fundamentam (estabelecem a base) e explicam (indicam a ratio legis) as diversas normas concretas que constituem a estrutura normativa do direito positivo de cada país (LJU, t. LXXII, pág. 35).

Nota 47: Rivero Lamas, op. cit., pág. 6.

Nota 47 bis: Por isso, não nos parece muito acertada a denominação de princípios de aplicação do Direito do Trabalho utilizada por alguns autores espanhóis (Juan Antonio Sagardoy, Bengoechea: 'Los Principios de Aplicación del Derecho del Trabajo', ACARL, Madri. 1989; Alfredo Montoya Melgar: 'Derecho del Trabajo', 16ª ed., Madri, 1995, pág. 216).

Nota 48: Roberto Garcia Martinez: 'Los principios generales de la ley de contrato de trabajo'. na revista argentina 'Derecho Laboral'. Setembro/outubro de 1985, págs. 268 e segs.

Nota 49: Héctor Barbé Pérez sustenta: Em que pesem as muitas afirmações da doutrina e a interpretação decorrente de simples leitura do art. 16 do Código Civil e do art. 332 da Constituição, os princípios gerais do direito são fonte direta e principal de nosso direito; pois seria ontologicamente absurdo e logicamente contraditório que, sendo princípios gerais, somente se aplicassem na falta de textos; este é que devem estar conforme aos princípios, e os princípios, de acordo com a natureza das coisas' ('Los principios generales de derecho como fuente de derecho administrativo en el derecho positivo uruguayo', em 'Estudios Jurídicos em Memória de Juan José Armézagá', Montevidéu, 1958, págs. 51).

Nota 50: Veja supra n. 5.

Nota 51: Com a devida reserva, ousamos afirmar que acreditamos que, também no Brasil, os princípios do Direito do Trabalho cumprem função normativa, atuando como norma supletiva. Com efeito, o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, inclui entre as fontes subsidiárias 'outros princípios e normas gerais de direito, principalmente de Direito do Trabalho'. Todavia o parágrafo final acrescenta: 'O direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo que não for incompatível com os princípios fundamentais deste'. Afirmação análoga podemos fazer em relação à Argentina, cuja recente Lei n. 20.744, de 20.9.74, chamada 'Lei de Contrato de Trabalho', estabelece em seu art. 11: 'Quando uma questão não puder ser resolvida pela aplicação das normas que regem o contrato de trabalho ou pelas análogas, decidir-se-á conforme os princípios da justiça social, as leis gerais de Direito do Trabalho, a equidade e a boa-fé'. Este artigo foi modificado pela Lei n. 21.297, de 13.5.76, que introduziu diversas reformas na Lei n. 20.744.

Nota 52: Op. cit., LJU, t. LXXII, pág. 33.

Nota 53: 'Los principios del derecho del trabajo constituyen una fuente de derecho?', em 'Treinta y Seis Estudios sobre las Fuentes del Derecho del Trabajo', FCU, 1995, pág. 15.

Nota 54: Ver infra n. 18.

Nota 55: 'Manual de Derecho del Trabajo', Madri, 1976, t. II, pág. 233.

Nota 56: Nicolas Coviello: 'Doctrina General del Derecho Civil', trad. Espanhola, México, 1938, pág. 96.

Nota 57: Francesco Carnelutti: 'Sistema di Diritto Processuale Civile. I. Funzione e Composizione del Processo', Pádua, 1936, pág. 120. Nota 57 bis: J. Boulanger: 'Principes généraux de droit positif', em 'Le Droit Prive Français au Milieu du XX Siècle. Études Offertes à Georges Ripert', Paris, LGDJ, 1950, t. I, pág. 51.

Nota 58: Op. cit., 'Rivista di Diritto Agrario', pág. 326.

Nota 59: Mauricio Godinho Delgado: 'Princípios do direito do trabalho', em 'Legislação do Trabalho', abril de 1995, pág. 473.

Nota 60: Eugenio Pérez Botija: 'El Derecho del Trabajo. Concepto, Substantividad y Relaciones con las Restantes Disciplinas Jurídicas', Madri, 1947, pág. 143.

Nota 61: Benjamin Villegas Basavilbaso: 'Derecho Administrativo', Buenos Aires, 1949, t. I, pág. 370.

Nota 62: Rivero Lamas, op. cit., pág. 6. Cumpre observar a tendência do professor espanhol de incluir na noção de princípio a palavra 'norma' ou 'regra', que deixamos de lado por entender que o princípio tem caráter mais geral.

Nota 63: Antoine Jeammaud: 'Les principes dans le droit français du travail', em 'Droit Social', Paris, setembro/outubro de 1982, pág. 618.

Nota 64: Exposição inicial sobre 'Les principes fondamentaux de Droit du Travail', na Conferência Internacional de Direito do Trabalho, realizada em Varsóvia, em setembro de 1981, e publicada em 'Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Social', COMPTRASEC, Bordéus. 1982/2. págs. 17 e segs.

Nota 65: Esta distinção entre diversos graus de linguagem jurídica, embora antecipada por Ke4lsen em 1923, foi atualizada várias décadas depois pela doutrina polonesa, exposta em língua francesa ou traduzida para a mesma, como O destaca Jeammaud no artigo a que nos referimos na nota 63.

Nota 66: Esta maneira diferente de o texto constitucional tratar os temas do Direito do Trabalho já havia sido exposta por Krotoschin em sua clássica obra 'Instituciones de Derecho del Trabajo' (Buenos Aires, 1947, t. I, pág. 31).

Nota 67: Ver supra n. 11.

Nota 68: Alfredo Ruprecht: 'Princípios normativos do direito do trabalhista', em 'Tendências do Direito do Trabalho Contemporâneo. Volume em homenagem a Cesarino Júnior, São Paulo, 1980, t. I, pág. 378.

Nota 69: Mauricio Godinho Delgado: 'Princípios de Direito do Trabalho', na revista 'Legislação do Trabalho', abril de 1995, pág. 373.

Nota 69 bis: A peculiar classificação do ilustre professor brasileiro pode ser encontrada em sua contribuição - 'Princípios de direito. Princípio jurídico. Direito do Trabalho' - para o volume de estudos em memória de Célio Goyatá, intitulado 'Curso de Direito do Trabalho', LTr, São Paulo, 1997, t. I, pág. 116.

Nota 70: Consulte-se Barbé Pérez, op. cit., págs., 44 e segs.

Nota 71: Vincenzo Micele escreve: 'O princípio de equidade não é uma norma mas um princípio diretivo que opera sobre o direito, justamente porque está fora dele e não pode ser formulado juridicamente' ('Principi di Filosofia del Diritto', Milano, 1928, pág. 291). Embora referente à equidade, o raciocínio é aplicável aos princípios gerais de direito com os quais se identifica. Relativamente à equidade e aos princípios de direito, filiamo-nos à opinião de De La Cueva, no sentido de que a equidade não é um princípio nem uma fórmula geral, mas um procedimento e um resultado: a harmonia entre o geral e o particular ('Derecho Mexicano del Trabajo', t. I. pág. 337). Veja-se a respeito a conferência que pronunciamos sobre o tema em 23.5.75 na Universidade Nacional de Córdoba, publicada no Caderno n. 131 do Instituto de Direito do Trabalho 'Dr. Juan Biale Massé', da Faculdade de Direito da referida Universidade, junho de 1977. pág. 15.

Nota 72: Op. cit., LJU, pág. 33.

Nota 73: Op. cit., pág. 77.

Nota 74: Op. cit., pág. 78.

Nota 75: Op. cit., pág. 620.

Nota 76: Op. cit., pág. 21.

Nota 77: 'Los principios generales del Derecho del Trabajo', na revista argentina 'Derecho Laboral', 1985. pág. 259.

Nota 78: Op. cit., pág. 21.

Nota 79: 'Anuário de Jurisprudência Laboral', 1993, Caso n. 753, in fine.

Nota 80: Mauricio Godinho Delgado faz uma descrição distinta dos princípios do direito coletivo do trabalho. Neste ramo jurídico, a categoria básica centraliza-se na noção de estar o coletivo presente em qualquer dos dois pólos da nuclear relação jurídica desse direito. Enuncia três grupos de princípios. O primeiro grupo refere-se às próprias condições de emergência e afirmação da figura do ser coletivo, só da perspectiva dos trabalhadores, já que da ótica empresarial o ser coletivo existe por meio da figura da empresa. São os princípios de liberdade de associação e sindical e o de autonomia sindical. O segundo grupo reúne os que se ocupam das relações entre ambos os sujeitos coletivos e os processos substanciadores dessas relações. São os princípios de equivalência dos contratantes coletivos e da lealdade e transparência nas negociações coletivas. O terceiro grupo compõe-se dos que se ocupam das relações e efeitos diante da comunidade objetivada pelas normas elaboradas pelos contratantes coletivos. Reúne princípios como 'intervenção sindical na normatização coletiva, da criatividade jurídica da negociação coletiva e, finalmente, o princípio da adequação setorial negociada, no qual se dá muita importância ('Princípios do Direito do Trabalho', na revista 'Legislação do Trabalho', abril de 1995, págs. 479 e segs.).

Nota 81: Podem ser citados múltiplos exemplos. Basta mencionar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pelas Nações Unidas em 10.12.48, cujos arts. 2 (ns. 1 e 2: e 22 (n. 4: afirmam esta liberdade, e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado em 16.12.66, cujo art. 8º acolhe esta mesma idéia. Na esfera regional, a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais, aprovada em abril de 1948, em Bogotá, dedica o art. 26 a este tema. Através da Organização Internacional do Trabalho, este princípio foi afirmado no Preâmbulo e no art. 41 da Constituição, na Declaração de Filadélfia e nas LXXXVII e XCVIII Convenções Internacionais do Trabalho, ambas ratificadas pelo Uruguai e por uma grande quantidade de países (oitenta, em junho de 1974). Na ordem constitucional, quase todos os países que agasalham declarações de direito sociais em sua Carta Fundamental incluem este direito. O Uruguai o fez nos mais amplos termos em seu art. 57, vigente desde 1934.

Nota 82: De Ferrari afirma que 'O Direito do Trabalho é principalmente um direito coletivo'. ('Lecciones del Derecho Del Trabajo', Montevideu, 1961, pág. 25), levando ao extremo a afirmação de Radbruch de que, 'de todas as medidas, ressaltamos aqui como as mais representativas da natureza especial do direito operário o contrato coletivo do trabalho e a constituição da empresa' ('Introducción a la Ciencia Del Derecho', Madri, 1930, pág. 116).

Nota 83: 'Consideraciones sobre la evolución Del pensamiento jurídico-laboralista', em 'Evolución Del Pensamiento Juslaboralista. Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata', FCU, Montevideu, 1997, pág. 448.

Nota 84: 'La globalización económica y su impacto sobre el Derecho del Trabajo', em 'Trabajo y Seguridad Social', Buenos Aires, julho de 1995, pág. 431.

Nota 85: 'A globalização da economia e do Direito do Trabalho', em 'Legislação do Trabalho', São Paulo, janeiro de 1997, pág. 41. Nessa mesma linha pode ser citado José Alberto Couto Maciel em 'A globalização da economia e a redução de direitos trabalhistas', em 'Legislação do Trabalho', São Paulo, abril de 1997, pág. 467.

Nota 86: 'A flexibilização e os princípios de Direito do Trabalho', em 'Noções Atuais de Direito do Trabalho. Estudos em homenagem ao Professor Elson Gottschalk', LTr, São Paulo, 1995, pág. 114.

Nota 87: Op. cit., pág. 450. Nota 88: 'La flexibilidad laboral y los principios orientadores del derecho del trabajo', no citado volume 'Evolución del Pensamiento Juslaboralista', Montevideu, 1997, pág. 602.

Nota 89: 'El rebrote de la doctrina liberal y los modelos flexibilizadores', no mesmo volume, pág. 112.

Nota 90: 'El carácter protector del derecho del trabajo y la flexibilidad como ideologías', no volume citado nas notas anteriores, pág. 424.

Nota 91: 'Reflexiones sobre el derecho del trabajo y la seguridad social. Versión prospectiva'. Trabalho apresentado no Encontro Internacional 'Francisco Camacho Amaya', realizado em Bogotá, em março de 1998.

Nota 92: Luiz Miguel Camps Ruiz: 'Los Principios de Norma más Favorable y de Condición más Beneficiosa en las Fuentes del Derecho Español del Trabajo', Madri, 1976, pág. 121.

Nota 93: Miguel Hernain Márquez, por exemplo, em sua obra 'Tratado Elemental de Derecho del Trabajo' (Madri, 1969, pág. 89), utiliza a expressão 'princípio pro operario ou de aplicação da norma mais favorável ao trabalhador'. Jaime Montalvo Correa, em sua recente obra 'Fundamentos del Derecho del Trabajo', (Madri, 1975), se refere ao princípio pro operario (pág. 239). Manuel Alonso Garcia, em 'Derecho del Trabajo' (Barcelona, 1960, pág. 249), estuda separadamente o 'princípio pro operario' o 'princípio da norma mais favorável' e o 'princípio da condição mais benéfica', embora observe que esta classificação depende da maior ou menor amplitude que, quanto à sua compreensão, se outorgue ao primeiro dos referidos princípios.

Nota 94: Juan Menéndez Pidal: 'Derecho Social Español', Madri. 1952, t. I, pág. 105.

Nota 95: Nozart Víctor Russomano: 'Curso de Direito do Trabalho', Rio de Janeiro, 1972, pág. 46.

Nota 96: Walter Kaskel y Herman Dersch: 'Derecho del Trabajo'. Traduzido e anotado por Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, 1961, pág. 32. Enrique Fernández Gianotti, em 'Fuentes e Interpretación en el Derecho del Trabajo', publicado na revista 'Derecho del Trabajo', Buenos Aires, outubro de 1973, utiliza a mesma denominação (t. XXXIII, pág. 684).

Nota 97: 'Tratado de Derecho del Trabajo', versão espanhola, Buenos Aires, 1953, pág. 247.

Nota 98: Antonio de Lemos Monteiro Fernandes, 'Estudos de Direito do Trabalho', Coimbra, 1972, pág. 13.

Nota 99: Klaus Adomeit: 'El principio de favorabilidad', em 'Revista de Trabajo', Madri, n. 72, outubro/dezembro de 1983, pág. 35.

Nota 100: Utilizamos esta denominação na já citada conferência sobre 'Los Principios Generales del Derecho del Trabajo', que pronunciamos nas Jornadas Latino-Americanas de Direito do Trabalho, em abril de 1973, na cidade de Blumenau (Brasil). Hueck e Nipperdey, ao exprimirem as idéias fundamentais do Direito do Trabalho, dizem: 'O Direito do Trabalho é assim, antes de tudo, um direito protetor dos trabalhadores, entendida a expressão no sentido mais amplo' ('Compendio de Derecho del Trabajo', trad. espanhola de M. Rodriguez Piñero e Luiz Enrique de La Villa, Madri, 1963, pág. 45). Dentro da exposição desses dois ilustres autores alemães, 'as idéias fundamentais' coincidem com os princípios gerais do Direito do Trabalho. Talvez o único inconveniente desta denominação resulte da sua possível confusão com o que Krotoschin chama de direito protetor do trabalho e que, segundo este autor, constitui a parte do Direito do Trabalho composta por aquelas normas destinadas a proteger o trabalhador contra todos os riscos e perigos que afetam sua vida e sua saúde. Para compreender o alcance que dá a esta expressão, nada melhor que o seguinte parágrafo: 'Os riscos, que o Estado deve especialmente evitar, podem dividir-se em três grupos: a) as instalações técnicas e outros fatores inerentes à produção põem em perigo a vida e a saúde do trabalhador. Portanto, as disposições preventivas de acidentes e outras relativas à higiene e segurança do trabalho formam uma parte essencial do direito protetor; b) a fadiga excessiva, causada por longas jornadas e ausência de descanso, conduz ao desgaste prematuro. As disposições sobre jornada limitada e descansos obrigatórios levam à proteção do trabalhador contra esse perigo, assegurando-lhe simultaneamente um tempo livre para sua vida familiar e a satisfação de seus interesses ideais; e c) o trabalhador também necessita de proteção contra condições de trabalho não equitativas, de ordem patrimonial. A este fim propendem as normas sobre salário mínimo vital, proteção do salário etc. ('Manual de Derecho del Trabajo', Buenos Aires. 1975, pág. 250). Em que pese a amplitude do conceito, refere-se somente a uma parte do Direito do Trabalho, pelo que corresponde a um conceito distinto do que exporemos.

Nota 101: 'Algunas nociones fundamentales del Derecho Procesal del Trabajo', no tomo 'Tribunales de Trabajo', publicado pelo Instituto de Direito do Trabalho da Universidade Nacional do Litoral, Santa Fé, 1944, pág. 115.

Nota 102: Santiago J. Rubinstein conseguiu, recentemente, uma síntese acertada da fundamentação deste princípio em 'Fundamentos para la vigencia del principio in dubio pro operario', na revista argentina 'Derecho Laboral', 1972, págs. 600 e segs.

Nota 103: 'Introducción a la filosofía del Derecho', México, 1951, pág. 162.

Nota 104: Op. cit., pág. 247.

Nota 105: 'Direito Social Brasileiro', 5ª ed., Rio de Janeiro, 1963, t. I, pág. 116.

Nota 106: Barassi anota, a respeito: 'Argumentou-se, contudo, que esta interpretação favorável ao trabalhador não pode ser uma norma particular de interpretação, própria unicamente das leis do trabalho. E é corretíssimo porque, na realidade, ela é uma consequência da adequação às finalidades da lei (mens legis, intenção do legislador). Esta última autoriza o juiz a entender que o legislador se propôs expressar uma norma coerente com aquela finalidade protetora que é a razão da lei.' (op. cit., t. I, pág. 245).

Nota 107: Ernesto Krotoschin: 'Instituciones de Derecho del Trabajo', Buenos Aires, 1947, t. I, pág. 41.

Nota 108: Rafael Caldera: 'Derecho del Trabajo', Buenos Aires, 1960, pág. 196.

Nota 109: Jean L'Homme: 'El Derecho del Trabajo y su carácter unilateral', em 'La Ley', 14.2.48, t. XLIX, pág. 1003. Esta expressão foi usada primeiramente por Durand, relacionando-se, porém, ao regime de sanções, ao ponderar que o Direito do Trabalho tem um caráter unilateral porque se impõe desigualmente aos empregados e empregadores, já que o valor de uma norma jurídica depende da eficácia da sanção (Durand e Jaussaud): 'Traité de Droit du Travail', Paris, 1947, t. I, pág. 249).

Nota 110: Op. cit., t. I, pág. 248.

Nota 111: Op. cit., pág. 45.

Nota 112: Guido Balzarini, 'La Tutela del Contraente più nel Diritto del Lavoro', Pádua, 1965, pág. 41.

Nota 113: Valente Simi, 'Il Favore dell'Ordinamento Giuridico per i Lavoratori', Milão, 1967, pág. 7.

Nota 114: Op. cit., pág. 7.

Nota 115: Aldo Cessari: 'Il 'Favor' Verso il Prestatore di Lavoro Subordinato'. Milão, 1966, pág. 2.

Nota 116: Mario de la Cueva: 'Derecho Mexicano del Trabajo', México, D. F. , 1943, pág. 213. Com relação a esse ponto específico, o ilustre mestre mexicano escreve: 'O Direito do Trabalho, como diria Savigny continua vivendo na consciência popular e assim tem que ser, porque nenhum ramo do direito, em qualquer tempo, esteve tão estreitamente vinculado à vida do povo como o Direito do Trabalho. A missão do intérprete há de consistir, pois, em conservar-lhe esse caráter e, por isso, a primeira e por sua vez a regra básica de interpretação do Direito do Trabalho consiste em julga-lo de acordo com sua natureza, isto é, como estatuto que traduz a aspiração de uma classe social para obter, imediatamente, uma melhoria em suas condições de vida'. Sublinhado no original, pág. 334.

Nota 117: 'Los Fundamentos del Derecho del Trabajo', págs. 149 a 160.

Nota 118: 'A interpretação das leis do trabalho', na Revista de Direito Social', vol. IV, n. 21, novembro/dezembro de 1943, págs. 206 e segs.

Nota 119: 'O Fator Político-Social na Interpretação das Leis', São Paulo, 1946, págs. 128 e segs.

Nota 120: Barassi, depois de resumir a posição de Pinto Antunes, que apresenta como crítica solitária contra a prudente tendência de proteção do trabalhador, acrescenta: 'Porém, na realidade. não compete ao Estado estabelecer sistemas jurídicos que impeçam as desigualdades de fato e as corrijam quando, for possível, precisamente em nome da boa-fé e da equidade que informam e arejam as relações contratuais?' (op. cit., t. I, pág. 248).

Nota 121: Héctor Ruiz Noreno: 'El principio 'in dubio pro operario', uma institución inactual', na revista argentina 'Derecho del Trabajo', Buenos Aires, agosto de 1986, pág. 1111 e segs.

Nota 122: X Congresso Iber-Americano de Direito do Trabalho e da Previdência Social, Montevidéu, 1989, t. I,: 'La determinación de la norma más favorable' (pág. 1).

Nota 123: 'Noções Atuais de Direito do Trabalho. Estudos em Homenagem ao Professor Elson Gosttschalk', LTr, São Paulo, 1995, pág. 112.

Nota 124: Op. cit., págs. 34 e segs.

Nota 125: Op. cit., págs. 8 e segs.

Nota 126: Op. cit., pág. 24.

Nota 127: Ferruccio Pergolesi: 'Introduzione al Diritto del Lavoro', no 'Trattato di Diritto del Lavoro', dirigido por Borsi e Pergolesi, 2ª ed., Pádua, 1955, t. I, pág. 185.

Nota 128: Op. cit., pág. 250.

Nota 129: Op. cit., pág. 89.

Nota 130: Op. cit., t. I, pág. 251.

Nota 131: No artigo já mencionado, da revista 'Derecho Del Trabajo' (nota 96), afirma que, 'embora sem enunciado constitucional, este princípio de proteção é fundamental; com isto não concordam alguns especialistas, que entendem erroneamente que esta etapa está ultrapassada, havendo-se chegado a uma superação da tendência tuitiva' (pág. 684).

Nota 132: É certo que Osvaldo Mantero, num trabalho apresentado nas Jornadas Uruguio - Santafesianas, realizadas em junho de 1997, descreve minuciosamente os avanços da flexibilização no Direito do Trabalho nos dois países rioplatenses ('Livro de las Fonencias', p. 439). Apesar da exatidão dos dados que não deixam ele impressionar, não se altera o sentido protetor do Direito do Trabalho. São defecções no cumprimento de sua missão fundamental.

Nota 133: José Pérez Leñero: 'Teoria Genreal Del Derecho Español de Trabajo', Madri, 1948, pág. 158. As palavras finais se relacionam com uma afirmação anterior a propósito do 'caráter político que tem este princípio, sobretudo em suas origens. Protegia-se o trabalhador, não por um sentido de estrita justiça, mas com finalidades políticas de captação ou medo de sua força sindical ou perturbadora nas greves' (pág. 154).

Nota 134: Segundo esses eminentes autores alemães, o princípio de proteção prima, em todo o Direito do Trabalho, como norma jurídica determinante, ainda quando não expressamente enunciado (op. cit., pág. 32).

Nota 135: No parágrafo transcrito na nota 131 diz-se: 'Embora sem enunciado constitucional, este princípio de proteção é fundamental...'

Nota 136: Gaspar Bayón Chacón c Eugenio Pérez Botija: 'Manual de Derecho del Trabajo' Madri, 1969, pág. 224.

Nota 137: Contudo, já acolhemos a posição oposta, em caráter geral, à recepção desses princípios no direito positivo, sustentando que isto lhes tira generalidade e fecundidade (veja-se supra n. 17).

Nota 138: Justino Jiménez de Aréchaga diz a respeito: 'A Constituição, com referência ao trabalho, contém dois grupos de disposições: em primeiro lugar, consagra o direito de trabalhar, o direito ao exercício de toda atividade lícita, seja agrária, industrial, profissional, etc. Mas depois, compreendendo que não basta estabelecer o princípio da liberdade de trabalho, proclamando o direito de cada um de dedicar-se à atividade que seja mais conforme a suas inclinações, se preocupa em garantir a situação do homem que trabalha' ('La Constitución Nacional', Montevideu, 1946, t. II, pág. 140).

Nota 139: Essa forma de alusão - que poderia constituir a figura literária chamada sinédoque, de designar o todo pela parte ou vice-versa - neste tema não somente complicou o aspecto formal da denominação, como expusemos no § 19, como também interferiu no aspecto mais substantivo dos conceitos.

Nota 140: Op. cit., págs. 11 e 25.

Nota 141: Luiz Ramírez Bosco: 'Los principios del derecho del trabajo', na revista argentina 'Derecho del Trabajo', Buenos Aires, 1985, pág. 649.

Nota 142: 'La interpretación de las leyes del trabajo', na revista 'Derecho del Trabajo', 1948, pág. 164.

Nota 143: Guillermo Cabanellas: 'Introducción al Derecho Laboral', Buenos Aires, 1960, t. I págs. 560.

Nota 144: Op. cit., t. I, págs. 245.

Nota 145: Op. cit., pág. 334.

Nota 146: Op. cit., pág. 335.

Nota 147: 'O princípio in dubio, pro operario é inaplicável em matéria de prova', na revista 'Trabajo y Seguridad Social', de Buenos Aires, correspondente a novembro de 1973, t. I, págs. 56 e segs.

Nota 148: 'Fundamentos para la vigencia Del principio in dubio pro operario', na revista argentina 'Derecho Laboral', 1972, T. XIV, pág. 602.

Nota 149: Em favor da aplicação da regra in dubio, pro operario, em matéria de apreciação da prova, podem ser citados, entre outros, Pinho Pedreira da Silva ('Os princípios jurídicos do Direito do Trabalho', em homenagem a Cesarino Júnior, t. I, pág. 355), Ruprecht ('Princípios normativos do direito trabalhista', no mesmo volume, t. I, pág. 384). Rubinstein (novo artigo intitulado 'El principio in dubio pro operario en materia probatoria y la Justicia Social', na revista argentina 'Derecho del Trabajo', maio de 1984, pág. 571). Em sentido contrário, podemos citar Ruiz Moreno ('El principio in dubio pro operario, una institución inactual', na revista argentina 'Derecho del Trabajo', agosto de 1986, pág. 1115; e Ramírez Bosco ('Los principios del Derecho del Trabajo', na mesma revista, 1983, pág. 649), com alguns esclarecimentos.

Nota 150: Antonio R. Vialard: 'La aplicación de la regla in dubio pro operario em el proceso laboral (com especial referencia a los hechos)', em 'Trabajo y Seguridad Social', Buenos Aires, abril de 1983, pág. 325.

Nota 151: O ilustre juslaboralista cordobês José Isidro Somaré afirma que a regra in dubio pro operario se aplica também ao direito formal. 'A dúvida é admissível, na consciência do juiz, quanto à forma, ao modo, às características como ocorrem os fatos. Isto é, se a prova não foi suficiente para levar ao espírito do juiz a certeza de como ocorreu um incidente, de modo tal que haja dúvida; pode, então, optar pela solução de favor e acolher o pedido do trabalhador. Não se trata de qualquer hipótese de dúvida, nem tampouco da simples dúvida, sem mais nem menos. Sobre o fato, processado, não se trouxe prova direta, assertiva, concludente. Existem indícios e presunções. A valoração harmônica de tais dados serve para inclinar o juiz a favor de uma das soluções possíveis, quanto à existência do fato' ('La carga de la prueba em el proceso laboral', no IV Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e Previdência Social, São Paulo, 1972, t. II, pág. 479).

Nota 152: É, por exemplo, a posição sustentada por Guillermo Camacho Henriquez: 'De la carga de la prueba en el proceso laboral', no IV Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e Previdência Social, 1972, t. II, pág. 447, e Adolfo Gelsi Bidart: 'Proceso laboral y carga de la prueba', na revista 'Derecho Laboral', t. XIX, pág. 24.

Nota 153: Wagner Giglio resumiu com todo o acerto este raciocínio, nos seguintes parágrafos: 'Ora, além das causas já apontadas, de diversidade de situação econômica e de desigualdade resultante da subordinação do empregador, lembremos outros substratos de fato a repelir a adoção dessa doutrina no processo trabalhista: enquanto os contratantes, na esfera civilista, têm possibilidades iguais de produzir prova, no ramo trabalhista é notória a inferioridade do trabalhador, senão vejamos. Além das dificuldades de assessoramento jurídico e da realização de perícias, já apontadas, a prova testemunhal do trabalhador deve ser colhida de outros empregados, que por definição se encontram subordinados ao empregador, coibindo-lhes a liberdade dos depoimentos: não ignoram as testemunhas que, se suas declarações prejudicarem o patrão, correm risco de perder o emprego. Não fora suficiente, a prova documental, mais segura, raramente pode ser apresentada pelo trabalhador: subordinado às determinações de seus superiores, não tem meios de exigir comprovantes, enquanto a empresa conta com departamento de pessoal, toda uma organização contábil que mantém farta documentação. A prática evidencia que o trabalhador desconhece, regra geral, os dados mais elementares atinentes às condições em que presta serviços: cálculo do salário, montante dos descontos, número de horas extras, etc. ('Fundamentos para uma redistribuição do ônus da prova', em 'Anais do IV Congresso Ibero-Americano do Direito do Trabalho e Previdência Social', São Paulo, 1972, pág. 591).

Coincidindo com essa linha de pensamento nitidamente majoritária entre os juslaboralistas, o IV Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho realizado em São Paulo, em 1972, votou, entre outras, as seguintes conclusões sobre essa matéria, que constituía um dos pontos do temário:

1: o impulso processual de ofício, próprio do sistema inquisitivo, que predomina no processo do trabalho, não impede a construção de uma teoria geral sobre o ônus da prova, no referido processo;

2: o caráter tutelar do Direito do Trabalho há de se refletir no processo do trabalho na medida em que, atendendo, à posição desigual do trabalhador frente ao empregador, se pretenda obter a igualdade das partes no processo; e

3: o princípio in dubio, pro operario incide nos processos trabalhistas, quando no espírito do julgador não exista uma convicção absoluta derivada da análise das provas produzidas.

Pode-se consultar o texto integral das conclusões do Congresso na revista 'Derecho Laboral', t. XVI, pág. 175.

Uma observação prática, muito ilustrativa das dificuldades reais em que tropeça o trabalhador de recursos econômicos e culturais mais modestos, especialmente na pequena empresa e no serviço doméstico, pode-se ver no artigo de William P. Motta: 'El despido y su carga probatoria', na revista 'Derecho Laboral', t. XIX, pág. 686.

Nota 154: Baltasar Cavazos Flores: 'La esencia, fines, naturaleza, caracteres, fuentes e interpretación Del Derecho del Trabajo', no Caderno n. 10 do Instituto de Direito do Trabalho Juan B. Alberdi, da Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Tucumán, 1966, pág. 141.

Nota 155: Mariano R. Tissembaum: 'La constitucionalización y codificación del Derecho del Trabajo'. Sus fuentes y interpretación', no 'Tratado de Derecho del Trabajo', dirigido por Deveali, Buenos Aires, 1964, t. I. pág. 397.

Nota 156: Mario Deveali: 'La interpretación de las leyes del trabajo', na revista 'Derecho del Trabajo', 1948, pág. 169.

Nota 157: Mario E. Videla Morón: 'Interpretación de las leyes de previsión social na revista 'Derecho del Trabajo', 1948, págs. 273 e 330.

Nota 158: José Maria Goñi Moreno: '¿Cómo interpretar las leyes de previsión social?', na revista 'La Ley', t. LII. pág. 974.

Nota 159: Américo Plá Rodríguez: 'El derecho laboral y la seguridad social', 'Estudios Jurídicos en Memoria de Eduardo J. Couture', Montevideu, 1957, pág. 970.

Nota 160: José Martins Catharino: 'Compêndio Universitário de Direito do Trabalho', São Paulo, 1972, t. 1. pág. 113.

Nota 161: Op. cit., t. I, págs. 113 e 114.

Nota 162: Op. cit., t. I, pág. 234.

Nota 163: Op. cit., t. I, pág. 396.

Nota 164: 'A legislação social e o sistema das normas coletivas estão evidentemente inspirados pelo princípio de amparo aos trabalhadores, mas amparo não significa que, a qualquer custo, se tenha de favorecer os interesses destes últimos em detrimento dos empregadores. Por conseguinte, onde a própria lei de amparo se cala ou deixa lugar a dúvidas, a questão deve ser solucionada, não segundo uma cega tendência unilateral, em um único sentido, mas de acordo com uma valoração equitativa e considerando justamente os interesses opostos das partes' ('Il Contrato di Lavoro'. Turim. 1939, pág. 79).

Nota 165: Assinala o ilustre professor espanhol que pode ser colocada a questão de fato sobre qual é, entre os vários sentidos possíveis de uma norma, o que resulta mais favorável ao trabalhador. E diz: 'O critério adequado - naqueles casos em que o problema realmente surja - aconselharia que, por razões de equidade, se deixasse a determinação do referido sentido à vontade do próprio trabalhador, pois ninguém como ele pode, na maioria dos casos, elucidar, diante das dúvidas suscitadas, o que mais pode favorecê-lo' (op. cit., t. I. pág. 253).

Nota 166: Cavazos Flores aduz os seguintes exemplos do direito comparado:

O Código do Trabalho equatoriano em seu art. 7º prescreve: 'Em caso de dúvida, quanto ao alcance dos dispositivos deste Código, os juízes os aplicarão no sentido mais favorável aos trabalhadores'.

O Código da Guatemala, de 1º.5.61, em seu art. 17, estabelece: 'Para o efeito de interpretar o presente Código, seus regulamentos e demais leis do trabalho, deve-se levar em conta, fundamentalmente, o interesse dos trabalhadores em harmonia com a conveniência social'.

O art. 13 do Código de El Salvador dispõe: 'No caso de conflito ou dúvida sobre a aplicação das normas legais de trabalho, prevalecerá a mais favorável ao trabalhador, entendendo-se como tal aquela que em sua totalidade lhe outorgue maiores benefícios'.

O art. 21 do Código de Trabalho colombiano também estabelece o princípio de que, 'em caso de conflito ou dúvida sobre a aplicação das normas de trabalho vigentes, prevalece a mais favorável ao trabalhador. A norma que se adote deve ser aplicada integralmente'.

Nota 167: 'Anuario de Jurisprudencia Laboral 1984/1987', Caso n. 481.

Nota 168: 'Anuario de Jurisprudencia Laboral 1984/1987', Caso n. 1.032.

Nota 169: 'Anuario de Jurisprudencia Laboral 1984/1987', Caso n. 1.034.

Nota 170: 'Anuario de Jurisprudencia Laboral 1984/1987', Caso n. 1.035.

Nota 171: 'Anuario de Jurisprudencia Laboral 1984/1987', Caso n. 1.031.

Nota 172: Mozart Victor Russomano: 'Curso de Direito do Trabalho', Rio de Janeiro, 1972, pág. 59.

Nota 173: Op. cit., t. I, pág. 252.

Nota 174: Nada obstante, assinala Afonso Garcia que, nos Estados cujos direitos positivos reconhecem expressamente a regra da aplicação da norma mais favorável, continua respeitado o princípio da hierarquia normativa, pois ela se aplica em virtude de dispositivo exposto da norma superior (op. cit., t. I, pág. 255). Mas essa observação não explica o mesmo fenômeno ao nível da norma constitucional, nem em todos os países onde não se acolhe expressamente esta regra.

Nota 175: Op. cit., pág. 38.

Nota 176: Amauri Mascaro Nascimento: 'Compêndio de Direito do Trabalho', São Paulo, 1972, pág. 232.

Nota 177: Op. cit., t. I, pág. 303.

Nota 178: Mario L. Deveali: 'La pluralidad de las fuentes y el principio del régimen más favorable para el trabajador', na revista 'Derecho del Trabajo', 1962, pág. 66.

Nota 179: É a fórmula empregada pela Resolução da COPRIN n. 16, de 24.3.69, que diz: 'Os salários resultantes da aplicação das normas que antecedem têm caráter de mínimos e, ao mesmo tempo, de máximos'.

Nota 180: Op. cit., pág. 38.

Nota 181: Op. cit., pág. 231. Lembramos que a afirmação contida nessa frase foi feita em 1972.

Nota 182: Cf. Durand, o qual observa que estas disposições, impostas pela autoridade superior, são raras e requerem texto exposto (t. I, pág. 179).

Nota 183: Op. cit., t. I, pág. 179.

Nota 184: Ferruccio Pergolesi: 'Nozione, sistema e fonti del Diritto del Lavoro', in 'Trattato di Diritto Del Lavoro', por Borsoi e Pergolesi, 1ª ed., Pádua, 1939, pág. 828.

Nota 185: Op. cit., pág. 196.

Nota 186: Giuliano Mazzoni: 'Il Contratto di Lavoro nel Sistema del Diritto Italiano del Lavoro', Florença, 1952, pág. 178.

Nota 187: Op. cit., t. I, pág. 521.

Nota 188: Paolo Greco: 'Il Contratto di Lavoro', Turim, 1939, pág. 84.

Nota 189: Op. cit., pág. 249.

Nota 190: Revista 'Derecho del Trabajo', pág. 72.

Nota 191: Op. cit., págs. 64 e segs.

Nota 192: Op. cit., pág. 133.

Nota 193: Op. cit., t. I, pág. 181.

Nota 194: Luiz Miguel Camps Ruiz: 'Los Principios de Norma más Favorable y de Condición Beneficiosa en las Fuentes del Derecho Español del trabajo', Madri, 1976, pág. 166.

Nota 195: Op. cit., pág. 160.

Nota 196: Antonio Ojeda Avilés: 'El principio de condición más beneficiosa', em 'Revista de Política Social', Centro de Estudios Constitucionales, Madri, n. 134, abril-junho de 1982, pág. 35.

Nota 197: Jaime Montalvo Correa, 'Absorción y compensación de salarios en los convenios colectivos. Notas para un estudio', em 'Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo', Valença, 1971, n. 2, pág. 10.

Nota 198: Op. cit., pág. 170.

Nota 199: 'Diário Oficial' n. 17.307, de 15.3.66, pág. 549-A.

Nota 200: Op. cit., págs. 166 e segs.

Nota 201: Expus as razões de minha nova posição em 'La revisión del convenio para disminuir los beneficios', na obra coletiva dirigida por Antonio Ojeda Avilés e Oscar Ermida Uriarte, intitulada 'La Negociación Colectiva en América Latina', Madri, 1993 (pág. 163). Ver abaixo o final do § 75 e nota 283 bis.

Nota 202: Op. cit., t. I, pág. 256.

Nota 203: Luis Joaquin de La Lama Rivera: 'Valor de las condiciones más beneficiosas otorgadas por el empleador en relación com el principio tuitivo 'pro asalariado'', no 'Boletín de Divulgación Social', 1954, pág. 483.

Nota 204: Miguel Hernáinz Márquez: 'Tratado Elemental de Derecho del Trabajo', 10ª ed., Madri. 1969, pág. 89.

Nota 205: Luis Enrique de La Villa: 'El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales', na revista 'Política Social', Madri, 1970, n. 85, págs. 9 e segs.

Nota 206: Antonio Ojeda Avilés: 'La Renuncia de Derechos del Trabajador', Instituto de Estudios Políticos, Madri, 1971, págs. 133 e segs.

Nota 207: Hinojosa Ferrer: 'El Contrato de Trabajo. Comentarios a la Ley de 1931', pág. 125.

Nota 208: Alfredo Montoya Melgar, 'Derecho del Trabajo', 16ª ed., Tecnos, Madri. 1995, pág. 223.

Nota 209: Francesco Santoro-Passarelli: 'Nozioni di Diritto del Lavoro', 6ª ed., Nápoles, 1952, pág. 211. Há uma tradução portuguesa, publicada em São Paulo, em 1973, na Coleção Direito do Trabalho, orientada por Mozart Victor Russomano e editada pela 'Revista dos Tribunais Ltda.'.

Nota 210: No direito uruguaio podem ser citados exemplos similares. O art. 29 da Lei n. 11.618, de 20.10.50, estabelece: 'O abono familiar não pode ser cedido, retido em garantia ou depósito, nem está sujeito a embargo. Neste último caso excetua-se o embargo destinado a cobrir pensões alimentícias decretadas a favor dos beneficiários'. A Lei n. 3.299, de 25.6.08, estipula em seu art. 1 Q que 'não poderão ser cedidos a qualquer título, nem embargados, os seguintes bens:... 2: os salários dos empregados de empresas industriais, comerciais ou de particulares; 3: as diárias e salários dos operários e criados. As proibições expressas nos incisos anteriores se referem exclusivamente a soldos, gratificações, pensões, proventos, diárias e salários não vencidos. Os soldos, gratificações, pensões, proventos, diárias e salários vencidos serão absolutamente inembargáveis, e somente poderão ser alienados até 1/3 de seu montante'. Por outro lado, o art. 179 da Lei n. 13.728, de 17.12.68, estabelece, a respeito dos Fundos Sociais de Habitação criados pela contribuição conjunta de patrões e operários, o seguinte: 'Os fundos serão indivisíveis e inalienáveis e sob nenhum pretexto poderão ser rateados, nem se poderá pagar com eles qualquer importância a título de devoluções, indenizações ou compensações'.

Cabe ressaltar que, além dessas normas, existem outras similares, embora várias delas pertençam à previdência social. Assim é que, em matéria de acidentes do trabalho, vige o art. 16 da Lei n. 16.074, de 10.1.0.89: 'As rendas de indenização por acidentes do trabalho serão pagas mensalmente. Todas as indenizações fixadas por esta lei serão incedíveis, inembargáveis e irrenunciáveis'.

Apesar disso, os benefícios, por incapacidade permanente, que o acidentado recebe do Banco de Seguros do Estado, poderão servir de garantia para empréstimos de entidades bancárias oficiais, da mesma maneira que os salários ou os proventos de aposentadoria de funcionários públicos.

O Banco de Seguros do Estado poderá reter, desde que expressamente autorizado pelo titular de cada benefício efetivo, importância da quota social da associação com personalidade jurídica que represente os beneficiários e pensionistas vitalícios do Banco.

Em matéria de seguro de enfermidade vige o art. 24 da Lei n. 14.407, de 22.7.75, que criou a Administração dos Seguros Sociais por Enfermidade (ASSE); 'Os subsídios percebidos por beneficiários da ASSE serão inembargáveis, aplicando-se em caráter excepcional as mesmas normas referentes à inembargabilidade dos soldos'. Em matéria de aposentadorias, o art. 42 da Lei n. 6.962, de 6.10. 19: 'As aposentadorias e pensões são inembargáveis e inalienáveis. Será nula toda venda, cessão ou constituição de direitos que recaia sobre elas e que impeçam sua livre disposição pelo titular da mesma'. A Lei n. 9.878, de 20.9.39, generalizou esse texto, tornando-o aplicável a todas as aposentadorias e pensões providas pelo Instituto de Aposentadoria e Pensões e agregando-lhe este parágrafo: 'Quanto a sua inembargabilidade será esta regida pelas disposições da Lei de 25.6.08 e suas modificações ou complementos'.

Entendemos que estas normas continuam em vigor porque o Ato n. 9, de 23.10.79, só estabeleceu a derrogação das normas anteriores 'que contrariem o disposto no presente Ato Institucional', e neste não consta nenhuma disposição sobre o tema.

Nota 211: José Manuel Almansa Pastor: 'Los principios generales del derecho en las fuentes normativas del Derecho del Trabajo', em 'Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo', n. 3, junho de 1972, pág. 28.

Nota 212: Confirma-se a observação já formulada no sentido de que a recepção de um princípio pelo direito positivo, em lugar de favorecer a sua aplicação, a restringe e limita.

Pérez Botija diz a respeito: 'É tão vital este princípio (da irrenunciabilidade dos direitos) para a aplicação prática da legislação trabalhista que, além de sua formulação pela dogmática científica e de sua sanção pela jurisprudência, tem sido reconhecido explicitamente pela lei... Poder-se-á pensar que isto é um acerto; todavia, poder-se-á às vezes correr o risco de deturpar a hierarquia daquele princípio. Deverá o jurista valorá-lo, mais por sua categoria de princípio geral ou peculiar do Direito do Trabalho, do que pelo fato de ser mantido como preceito ordinário de uma lei qualquer' ('Curso de Derecho del Trabajo, Madri, 1948, pág. 87).

Nota 213: Luisa Oalantino: 'Diritto del Lavoro', Turim, 1997, pág. 676.

Nota 214: Mario de La Cueva: 'Derecho Mexicano del Trabajo', México, 1943, t. I, pág. 222.

Nota 215: Francisco de Ferrari: 'Derecho del Trabajo', Buenos Aires, 1968, t. I, pág. 355.

Nota 216: Efrén Borrajo Dacruz: 'Introducción al Derecho Español del Trabajo', Madri, 1969, pág. 191.

Nota 217: Egon Felix Gottschalk: 'Norma Pública e Privada no Direito do Trabalho', São Paulo, 1944, pág. 192.

Nota 218: Clóvis Beviláqua: 'Direito Internacional Privado'. 3ª ed' 1938. pág. 108.

Nota 219: Evaristo de Moraes Filho: 'A Natureza Jurídica do Direito do Trabalho', 1954, pág. 100.

Nota 220: Horacio Ferro: 'La renuncia y la prescripción en el Derecho del Trabajo', na revista 'Derecho del Trabajo', 1950, pág. 451.

Nota 221: Rafael Caldera: 'Derecho del Trabajo', Buenos Aires, 1960, pág. 190.

Nota 222: Guillermo Cabanellas: 'Introducción al Derecho Laboral'. Buenos Aires, 1960, t. I, pág. 565.

Nota 223: Paul Durand e R. Jaussaud: 'Traité de Droit du Travail', Paris, 1947, t. I, pág. 248.

Nota 224: G. H. Camerlynck e Gérard Lyon-Caen: 'Droit du Travail', Paris, 1972. pág. 33.

Nota 225: Gérard Lyon-Caen e Jean Pelissier: 'Droit du Travail', Précis Dalloz, Paris, 1992, pág. 30.

Nota 226: Jean-Claude Javillier: 'Droit du Travail', LGDJ: Paris, 1998, pág. 132.

Nota 227: Antonio Ojeda Avilés: 'La Renuncia de Derechos del Trabajador', Instituto de Estudios Políticos, Madri, 1971, págs. 119 e segs.

Nota 228: Ernesto Krotoschin: 'Instituciones de Derecho del Trabajo', Buenos Aires, 1947, t. I, pág. 15.

Nota 229: Horacio D. J.. Ferro: 'La renuncia y la prescripción en Derecho del Trabajo', na revista 'Derecho del Trabajo', 1959, pág. 449.

Nota 230: Manuel Alonso Garcia: 'La Autonomia de la Voluntad en el Contrato de Trabajo', Barcelona, 1958, pág. 93.

Nota 231: Alcione Niederauer Corrêa: 'A desistência no processo do trabalho', em 'Ementário de Jurisprudência n. 7 do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região', Porto Alegre, 1974, pág. 115.

Nota 232: Helios Sarthou: 'Aspectos de la autonomia de la voluntad en el Derecho del Trabajo', na revista 'Derecho Laboral', t. XV, pág. 367.

Nota 233: Manuel Alonso Garcia: 'Derecho del Trabajo', Barcelona, 1960, pág. 258.

Nota 234: Op. cit .. pág. 25.

Nota 235: Domenico Ricardo Feretti Griva: 'Transacciones y renunciaciones en las relaciones de trabajo subordinado según el nuevo Código Civil italiano', na revista 'Derecho del Trabajo', 1947, pág. 49.

Nota 236: Juan Antonio Sagardoy Bengoechea: 'Los Principios de Aplicación del Derecho del Trabajo', Acari Madri, 1989, pág. 35.

Nota 237: Manuel Alonso Olea e Maria Emília Casas, 'Derecho del Trabajo', 12ª ed., Madri, 1991, pág. 861.

Nota 238: Ludovico Barassi: 'Tratado de Derecho del Trabajo', versão castelhana, Buenos Aires, 1953, t. I, pág. 104.

Nota 239: Op. cit., pág. 199.

Nota 240: César Lanfranchi faz sua esta distinção, que acolhe inteiramente em comentário de jurisprudência publicado sob o título 'La noción de orden público en Derecho del Trabajo', na revista 'Derecho del Trabajo', 1960, pág. 161.

Nota 241: Op. cit., pág. 198.

Nota 242: Op. cit., pág. 453.

Nota 243: Mario Deveali: 'Lineamientos del Derecho del Trabajo', 3ª ed., Buenos Aires, págs. 382-383.

Nota 244: Mario L. Deveali: 'Orden público y inderogabilidad de las normas laborales', na revista argentina 'Derecho del Trabajo', 1957, pág. 355.

Nota 245: Esta disposição, exceto a primeira frase que não está no antecedente. reproduz textualmente o art. 10 da Lei n. 10.004, de 28.2.41, sobre o mesmo tema.

Nota 246: Mario L. Deveali: 'Renuncia, transacción y conciliación en el Derecho del Trabajo', na revista 'Derecho del Trabajo', 1951, pág. 385.

Nota 247: Op. cit., pág. 386.

Nota 248: Op. cit., t. I, pág. 106.

Nota 249: Op. cit., pág. 195.

Nota 250: Eugenio Pérez Botija: 'El Derecho del Trabajo. Concepto. Substantividad y Relaciones con las Restantes Disciplinas Jurídicas', Madri, 1947. pág. 147.

Nota 251: Juan Balella: 'Lecciones de Legislación del Trabajo', versão espanhola, Madri, 1933, pág. 3.

Nota 252: Manuel Afonso Olea e María Emília Casas: 'Derecho del Trabajo', 12ª ed., Madri, pág. 858.

Nota 253: Tomas Salas Franco e outros. 'Derecho del Trabajo', 11ª ed., Valença, 1997, pág. 204.

Nota 254: 'Anuario de Jurisprudencia Laboral 1992', Caso n. 1,182.

Nota 255: 'Renuncia, transacción ...', na revista 'Derecho del Trabajo', 1951, pág. 387.

Nota 256: Arnaldo Sússekind: 'De la irrenunciabilidad en el Derecho del Trabajo', na revista 'Derecho del Trabajo', 1959, págs. 104 e segs.

A exposição deste autor pode também ser lida na obra publicada com Délio Maranhão e Segadas Vianna: 'Instituições de Direito do Trabalho', 6ª ed., Rio de Janeiro, 1974, t. I, págs. 150 e segs.

Nota 257: Dorval Lacerda: 'A Renúncia no Direito do Trabalho', 1943, pág. 180.

Nota 258: Paolo Greco: 'Il Contratto di Lavoro', 1937, pág. 960.

Nota 259: Op. cit., pág. 15.

Nota 260: A incerteza que se exige é meramente subjetiva, existente na representação mental que as partes da relação fazem acerca da defensabilidade das próprias pretensões, já que, no plano objetivo, o direito, ou se possui ou se o não possui. existe ou não (Ojeda Avilés, op. cit., pág. 186).

Nota 261: Francesco Carnelutti: 'Sistema di Diritto Processuale Civile', vol. I, pág. 171.

Nota 262: Ubaldo Prosperetti: 'Invalidità delle Rinunzie e delle Transazioni del Prestatore di Lavoro', 1950, pág. 13.

Nota 263: Na revista 'Derecho del Trabajo' publica-se uma sentença da Câmara de Apelações de Rosário, de 5.4.46, em que se sustenta que o empregado pode renunciar sempre que a renúncia não seja 'estipulada com o patrão em virtude de, ao contrário do que estabelece a Lei n. 9.688 (acidentes do trabalho), que proíbe a renúncia à indenização, a Lei n. 11.729 (despedida) apenas sancionar com a nulidade 'toda convenção de partes'. Ou seja a renúncia deve ser espontânea e não produto de uma convenção, porque isso sim está proibido. Devese crítica o citado acórdão, sustentando que o fato de admitir-se a distinção entre renúncia e transação 'importaria em chegar-se a uma solução oposta à adotada pela decisão comentada, tal como fez o Tribunal de Cassação da Itália. Este, com efeito, embora reconhecendo a impossibilidade de atribuir validade à renúncia dos trabalhadores em relação a direitos que as leis trabalhistas lhes asseguram, devido ao caráter de ordem pública destas últimas, admitiu a validade das transações pelo fato de que, por ocasião destas, a renúncia não era uma verdadeira renúncia, visto que se realizava para conseguir um benefício que se considera equivalente' ('Transacciones y renunciaciones', na revista 'Derecho del Trabajo', 1945, pág. 569).

Nota 264: Revista 'Derecho del Trabajo', 1947, pág. 53.

Nota 265: Op. cit., pág. 13.

Nota 266: Sússekind cita o seguinte exemplo, ocorrido no direito brasileiro: estatuiu o Decreto-Lei n. 4.362, de 6.6.42, revogado em 10.11.43, ao entrar em vigor a Consolidação das Leis do Trabalho, que 'ao trabalhador maior de quarenta e cinco anos que tivesse sido contratado estando em vigência este Decreto-lei. é lícito, no ato da admissão, desistir expressamente do benefício da estabilidade no emprego, sempre que não haja trabalhado nos dois anos anteriores e em caráter efetivo, para o mesmo empregador' (art. 1º). Nessa hipótese, como se vê, era válida a renúncia antecipada de um direito que todavia não nascera, já que, ao celebrar o contrato de emprego e renunciar explicitamente ao benefício da estabilidade, o trabalhador não possuía mais do que uma expectativa atinente ao referido direito. No Uruguai não conhecemos nenhum exemplo similar. O mais parecido poderia ser a possibilidade reconhecida pelo art. 1º da Lei n. 12.590, de 23.12.58, de, por meio de uma convenção coletiva que reúna as condições fixadas pelo Poder Executivo, admitir-se a divisão das férias anuais em dois períodos e o cômputo de feriados. Como se vê, a situação é bem diferente, porque a possibilidade não é concedida a cada trabalhador em particular, mas ao sindicato ou à coletividade de trabalhadores que celebrem a convenção coletiva, e não se trata propriamente de uma renúncia, mas da troca da modalidade de outorga de um benefício.

Nota 267: Hugo Sinzheimer: 'Grundzuege der Arbeitsrechts', pág. 264, citado por Gottschalk, op. cit., pág. 213.

Nota 268: Op. cit., pág. 211.

Nota 269: Op. cit., págs. 74 e segs.

Nota 270: Veja supra n. 62.

Nota 271: Héctor Escribar Mandiola: 'Tratado de Derecho del Trabajo', Santiago do Chile, 1944, t. I, pág. 254.

Nota 272: Herrnstadt: 'Tratado de Derecho Social Colombiano', pág. 18.

Nota 273: Op. cit., revista 'Derecho del Trabajo', 1959, pág. 102.

Nota 274: 'A desistência no processo do trabalho', na revista 'Legislação do Trabalho', setembro de 1974, pág. 829.

Nota 275: Revista 'Derecho del Trabajo', 1947, pág. 51.

Nota 276: Op. cit., págs. 200 e segs.

Nota 277: Domenico Ricardo Peretti Griva: 'Los recibos por saldo en las relaciones de trabajo', na revista 'Derecho del Trabajo', 1941, pág. 56.

Nota 278: Op. cit., pág. 42.

Nota 279: Veja-se Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão e Segadas Vianna: 'Instituições de Direito do Trabalho', Rio de Janeiro, 1974, 6ª ed., t. I, pág. 194.

Nota 280: Entre os numerosos exemplos, que poderíamos citar, damos os seguintes: 'A cláusula transcrita não só é ilegal, mas é também nula pela aplicação do princípio de irrenunciabilidade, de unânime recepção em matéria trabalhista, segundo o qual é juridicamente impossível ao trabalhador privar-se voluntariamente de qualquer vantagem ou benefício de que goze' (Dr. Julián Sunhary Albin, Caso n. 855 do 'Anuario de Jurisprudencia Laboral 1984-87'). 'Declara nada ter a reclamar, a nenhum título, contra a empresa A. Esta última cláusula, transcrita textualmente, na medida em que importaria a renúncia de direitos consagrados em normas jurídicas, nas quais está envolvida a ordem pública, como são as leis que estatuem a indenização 'proporcional' em caso de dispensa, carece de eficácia, ficando o trabalhador, apesar disso, habilitado a reivindicar os direitos que tem como devidos (arts. 8º e 11 do Cód. Civil)' (Dra. Bernadette Minvielle, Caso n. 979 do 'Anuario de Jurisprudencia Laboral, 1988-91').

Nota 281: G. H. Camerlynck: 'La Rénontiation du Salarié en Droit Social', 1960, n. 12, pág. 628.

Nota 282: A. Hueck e H. C. Nipperdey: 'Compendio de Derecho del Trabajo', trad. espanhola, Madri, 1963, pág. 305. Ojeda Avilés, ao contrário, entende que a modificação estabelecida por uma convenção coletiva só pode reger retroativamente se é para melhorar a condição do trabalhador. Por outro lado, não haveria dificuldade em aplicá-la para o futuro, ainda que seja menos favorável. O fato de piorar as futuras condições coletivas de trabalho não implicaria uma renúncia, pois é preciso que um direito haja nascido para que possa ser renunciado (op. cit., pág. 272).

Nota 282 bis: Op. cit., pág. 45.

Nota 283: 'La autonomia colectiva y la irrenunciabilidad en el Derecho del Trabajo', na revista 'Trabajo y Seguridad Social', Buenos Aires (ano 1988, 6, pág. 503), e 'Algunas reflexiones sobre los efectos del convenio colectivo en los contratos individuales', em 'Veintitrés Estudios sobre Convenios Colectivos', FCU, Montevideu, 1988, pág. 197.

Nota 283 bis: Além dessa professorá e do autor deste livro (como o salientei supra, no final do § 51 e na nota 201), vários especialistas aderiram a esta tese, como Juan Raso Delgue ('El principio de irrenunciabilidad y la negociación colectiva', em 'Veintitrés Estudios sobre Convenios Colectivos', pág. 289), Ricardo Mantero Alvarez ('Situación de los convenios colectivos luego de su extinción', na revista 'Judicatura', n. 36, novembro de 1993, pág. 51), Hugo Fernández Brignoni ('Los criterios de articulación de niveles en los procesos de negociación colectiva in peius'. Trabalho apresentado nas Primeiras Jornadas Peruano-Uruguaias de Direito do Trabalho, Lima, setembro de 1994), Fernando Pérez Tabó ('La negociación colectiva in peius y las normas internacionales sobre fijación de salarios mínimos en la industria', nas mesmas Jornadas), Leonardo Slinger ('La negociación colectiva in peius', nas mesmas Jornadas), Santiago Pérez del Castillo ('La jerarquía de las fuentes del derecho laboral', em 'Treinta y Seis Estudios sobre las Fuentes de Derecho del Trabajo', FCU, Montevideu, 1995, pág. 73: e Juan Francisco Dieste ('La doctrina de la incorporación de los convenios colectivos en los contratos

individuales de trabajo: situación actual y examen crítico', na revista 'Derecho Laboral', Montevideu, n. 190, pág. 304).

Nota 284: Walter Kaskel e Herman Dersch: 'Derecho del Trabajo', trad. castelhana, Buenos Aires, 1961, pág. 7.

Nota 285: Op. cit., t. I, pág. 14.

Nota 286: 'Instituciones', t. I., pág. 14.

Nota 287: Kaskel, ao contrário, sustenta que deve considerar-se nulo todo o contrato quando, segundo a vontade dos contratantes, o destino do contrato em sua totalidade deveria depender da parte nula (op. cit., pág. 7).

Nota 288: Paul Durand e R. Jaussaud: 'Traité de Droit du Travail', t. I., pág. 248.

Nota 289: Jean Rivero e Jean Savatier: 'Droit du Travail', Paris, 1956, pág. 10.

Nota 290: Op. cit., pág. 194.

Nota 291: Mario L. Deveali: 'Lineamientos de Derecho del Trabajo'. Buenos Aires, 1948, pág. 52.

Nota 292: Camerlynck: 'La Rénontiation du Salarié en Droit Social', 1960, pág. 628.

Nota 293: Op. cit., pág. 269.

Nota 294: José Pérez Leñero: 'Teoria General del Derecho Español del Trabajo', Madri, 1948, pág. 166.

Nota 294 bis: Antoine Jeammaud: 'La renonciation du salarié', em 'Droit Ouvrier', Paris, dezembro de 1997, pág. 539.

Nota 295: 'La decadenza ai sensi dell'art. 2.113 C.C. in rapporto alla natura del contralto di lavoro ed alia illegittimità del licenziamento', na 'Rivista Giuridica del Lavoro', 1948, pág. 75.

Nota 296: Op. cit., págs. 139 e 140.

Nota 297: Revista 'Derecho del Trabajo', 1949, pág. 256.

Nota 298: Veja-se supra n. 69. Remissão que fazemos para evitar repetições.

Nota 299: Alfredo Montoya Melgar: 'Derecho del Trabajo', Tecnos, Madri, 1995, pág. 224.

Nota 300: Sentença n. 218, de 28.8.91, resumo no 'Anuario de Jurisprudencia Laboral 1988-91', Caso n. 1.262, na qual alude a outras sentenças no mesmo sentido.

Nota 301: Sentença n. 231, de 5.10.95, resumo no 'Anuario de Jurisprudencia Laboral 1994-95', Caso n. 1.011.

Nota 301 bis: Juan Francisco Dieste: 'La transacción en el derecho de trabajo con especial referencia a la impugnación de las actas transaccionales celebradas en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social', em 'La Justicia Uruguaya', t. 117, Sec. Doctrina, pág. 67.

Nota 302: Alejandro Abal Oliú sustentou que essa tentativa de conciliação junto ao Ministério do Trabalho deve se cumprir obrigatoriamente ('El CGP y la conciliación previa en materia laboral', Libreria Universidad, Montevideu, 1992).

Nota 303: Revista 'Derecho Laboral', t. XV, pág. 374.

Nota 304: Alcione Niederauer Corrêa: 'A desistência no processo do trabalho', na revista 'Legislação do Trabalho', setembro de 1974, pág. 825. Couture, em seu 'Vocabulario Jurídico' (Montevideu, 1960), define-a como 'modo anormal de conclusão do juízo, em virtude do qual um dos litigantes se separa dele de forma expressa, renunciando a sua demanda ou a sua oposição' (pág. 234).

Nota 305: Op. cit., págs. 238 e segs.

Nota 306: 'I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro', na revista 'Diritto del Lavoro', 1958, t. I, págs. 3 e segs.

Nota 307: Eduardo González Biedma: 'Principio de congruencia en el proceso de trabajo y derecho a la tutela judicial efectiva', em 'Revista Española de Derecho del Trabajo', Madri, n. 39, julho-setembro de 1989, pág. 404.

Nota 308: Aurora Domínguez González: 'Incidencia del principio de congruencia sobre los derechos irrenunciables del trabajador', em 'Cuadernos de Derecho del Trabajo', Madri, n. 3, pág. 451.

Nota 309: Op. cit., pág. 237.

Nota 310: Juan A. Ensínck expressa categoricamente: 'De imediato, quando se fala de prescrição em matéria trabalhista, faz-se referência à liberatória. Isto, porquanto a aquisitiva constitui uma instituição à margem de nossa disciplina, de modo que não é nela possível a aquisição de direitos fundados no decorrer do tempo' ('Prescripción laboral: la ley 17.709', na 'Gaceta del Trabajo', 1968, pág. 20 I). Podem-se citar expressões similares de Ruprecht: 'Contrato de Trabajo' Buenos Aires, 1969, pág. 511; de Cabanellas: 'Contrato de Trabajo', Buenos Aires, 1964, t. III, pág. 677; de Centeno: 'La prescripción en el Derecho del Trabajo', na revista 'Legislación del Trabajo', maio de 1974, ano XXII, pág. 385; de Osvaldo C. Paludi: 'Prescripción de las acciones laborales en la Ley 20.744', na revista argentina 'Derecho Laboral', t. XVI, pág. 649, novembro de 1974.

Nota 311: Horacio J. Ferro: 'La renuncia y la prescripción en el Derecho del Trabajo', na revista 'Derecho del Trabajo', 1950, pág. 456.

Nota 312: Osvaldo C. Paludi: 'Prescripción de las acciones laborales en la Ley 20.744', revista argentina 'Derecho Laboral', t. XVI, pág. 650, novembro de 1974.

Nota 313: Manuel J. Argañarás: 'La Prescripción Extintiva', Buenos Aires, 1966, pág. 70.

Nota 314: Câmara Leal: 'Da Prescrição e da Decadência', 1939, págs. 123 e segs.

Nota 315: Gelsi Bidart sustenta que não é essencial à decadência a impossibilidade de interrompê-la. Veja-se exposição efetuada na II Jornada de Direito do Trabalho, publicada em 'Las Modificaciones a la Ley 14.188', Montevideu, 1976, pág. 60.

Nota 316: Pode-se encontrar um minucioso resumo da origem e alcance desta noção, chamada em alemão Werwirkung, na obra de Egon Gottschalk: 'Norma Pública e Privada no Direito do Trabalho', págs. 214 e segs.

Nota 317: Ojeda Avilés descreve desta maneira os pressupostos de fato que dão origem a essa doutrina: a atuação do trabalhador que, por trás do fato de haver renunciado a seus direitos - expressa ou tacitamente -, reclama-os ao empregador em uma atuação contraditória que, prima fade, recai dentro da imoralidade que pressupõe o fato de vir contra factum proprium: após haver manifestado sua conduta em determinado sentido, levando a contra parte a abrigar uma lógica segurança sobre a remissão da dívida, adota de improviso a postura contrária, pegando o empregador desprevenido e obrigando-o a abrir um front jurídico que acreditava já ultrapassado (op. cit., pág. 274). Este autor entende - e cita em seu apoio a jurisprudência espanhola - que em matéria trabalhista não cabe a aplicação desta doutrina porque, se fosse admitida, a legislação trabalhista Ficaria incumprida e submetida à vontade individual. Entende que, se a conduta que tenha sido base de expectativa de terceiros vai contra a lei, esta doutrina do fato próprio é inaplicável, tanto no Direito Civil quanto no Direito do Trabalho. Se o trabalhador pode reclamar ou eleger o que previamente havia abandonado para o empregador é porque esta anterior renúncia era ineficaz.

Nota 318: 'Prescripción y caducidad en derecho laboral', na revista 'Derecho Laboral', t. XIV, pág. 367.

Nota 319: Op. cit., t. I, pág. 728.

Nota 320: Op. cit., pág. 455.

Nota 321: Martha Abella de Artecona: 'La prescripción en la Ley 14.188', em 'Nuevo Proceso Laboral Uruguayo', Montevideu, 1974, editado pelo Colegio de Abogados e pela Fundación de Cultura Universitaria, pág. 217.

Nota 322: Helios Sarthou: 'Consideraciones primarias sobre el nuevo régimen prescripcional del salario y el despido en la Ley 14.188', na revista 'Derecho Laboral', t. XVII, pág. 305.

Nota 323: 'Prescripción y caducidad en derecho laboral', na revista 'Derecho Laboral', t. XIV, pág. 367. O mesmo autor tem reiterado, desenvolvido e atualizado esses conceitos em 'Prescripción y caducidad en el Derecho del Trabajo', na revista 'Derecho Laboral', t. XIX, pág. 61.

Nota 324: Op. cit., pág. 455.

Nota 325: Op. cit., pág. 389.

Nota 326: 'Noções de Direito do Trabalho', São Paulo, 1953, pág. 201.

Nota 327: Op. cit., pág. 389.

Nota 328: Manuel Alonso Olea: 'Derechos irrenunciables y principio de congruencia', em 'Anuario de Derecho Civil', XV-2, 1962, pág. 293.

Nota 329: Op. cit., pág. 228.

Nota 330: Op. cit., pág. 60.

Nota 331: Alberto G. Spota: 'Tratado de Derecho Civil', t. I, Parte Geral, vol. 10.

Nota 332: Op. cit., pág. 389.

Nota 333: Op. cit., pág. 55.

Nota 334: Juan Hinojosa: 'El Contrato de Trabajo. Comentarios a la Ley de 1931', pág. 254.

Nota 335: Op. cit., pág. 231.

Nota 336: Em nossa obra 'El salario en el Uruguay' (Montevideu, 1956, t. II, pág. 524), baseando-nos no texto do parágrafo final do art. 4º da Lei n. 10.449, que se referia a 'esta ação', sustentamos que devia ser interpretada restritivamente; porém a jurisprudência foi-se inclinando, de forma majoritária, para a tese ampla, que sem dúvida predominava ao se aprovar a Lei n. 14.188.

Nota 337: Discutiu-se, entretanto, se esse regime prescricional se aplicava a todo crédito de natureza salarial ou unicamente aos créditos de salários integrais. Pode-se aprofundar o estudo deste aspecto da Lei n. 14.188 nos trabalhos de Sarthou: 'Consideraciones primarias sobre el régimen prescricional del salario y el despido, en la Ley 14.188', na revista 'Derecho Laboral', t. XVII, pág. 304, e de Nartha Abella de Artecona: 'La prescripción en la Ley 14.188', no 'Nuevo Proceso Laboral Uruguayo', Montevideu, 1974, pág. 217; assim como na 5ª mesa-redonda da I Jornada de Derecho del Trabajo. 'La Aplicación del Nuevo Procedimiento Laboral', Montevideu, 1975, págs. 132 e segs.

Nota 338: Pouco tempo depois de aprovada, duas obras foram publicadas sobre esta lei. A primeira é de Juan Raso Delgue e se intitula 'Nuevo Régimen de Prescripción de las Acciones Laborales (art 29 da Lei n. 16.906)' Amalio M. Fernández, Montevideu, 1998, A segunda é de Héctor Babace e se chama 'Prescripción de los Créditos Laborales', FCU, Montevideu, 1998. O primeiro acha que se requer procuração pública (pág. 53: e o segundo que basta uma simples procuração (pág. 29). Inclinamo-nos, por esta última posição, por não se exigir a presença pessoal.

Nota 339: Op. cit., pág. 69.

Nota 340: Juan Raso Delgue: 'La Prescripción de las Acciones Laborales (Ley n.15.837)', Amalio M. Fernández, Montevideu, 1987, pág. 79.

Nota 341: A Lei n. 15.837 permitia outro argumento de natureza literal: no art. 5º se dizia: 'O regime de prescrição estabelecido nos arts. 2º e 3º se aplicará às relações de trabalho vigentes na data de entrada em vigor da presente lei, assim como as que se iniciem posteriormente'. Sublinhamos as primeiras palavras porque ratificam que esse prazo de limitação temporária das reclamações, estabelecido pelo art. 3º da lei, era produto de um regime de prescrição. Ora, não se pode repetir o argumento, porque a redação foi distinta; existe outro argumento literal de força equivalente.

De qualquer maneira, caso se tivesse querido mudar a natureza do prazo, dever-se-ia tê-lo estabelecido expressamente, dada a existência desse antecedente.

Nota 342: Hugo Fernández Brigoni: 'La naturaleza del plazo de prescripción laboral', em revista 'Judicatura ', Montevideu, n. 36, pág. 139.

Nota 343: Op. cit., pág. 15.

Nota 344: Op. cit., pág. 51.

Nota 345: Louis Josserand: 'Cours de Droit Civil Positif Français', Recueil Sirey, Paris, 1933, t. II, págs. 520 e segs.

Nota 346: Mario Garmendia Arigon: 'Es Posible Modificar Convencionalmente los Plazos Previstos en el Art. 29 de la Ley de Inversiones? (Ley n.16.906. de 7 de janeiro de 1998)'. Trabalho inédito apresentado numa reunião do CIELSS (Grupo das Quartas-Feiras).

Nota 347: Hugo Daniel Rivas: 'La Prescripción de las Acciones Laborales es Presuntiva?'. Trabalho inédito apresentado numa reunião do CIELSS (Grupo das Quartas-Feiras).

Nota 348: Op. cit., pág. 13.

Nota 349: Antonio Grzetich: Intervenção no debate sobre o regime de prescrição dos créditos trabalhistas, realizado no Colégio dos Advogados, no dia 20.2.98, convocada pela Associação de Advogados Trabalhistas.

Nota 350: 'Anuario de Jurisprudencia Laboral 1992', Caso n. 1.162. Nota 351: Chamam a atenção sobre isto Cristina Mangarelli e Alejandro Castello, num trabalho inédito chamado 'Reclamos durante la Relación de Trabajo', apresentado numa reunião do CIELSS (Grupo das Quartas-Feiras).

Nota 352: Procuramos aprofundar este tema em 'Renuncia y protección en el Derecho del Trabajo', na revista argentina 'Legislación del Trabajo', n. 327, março de 1980, pág. 193.

Nota 352 bis: Antoine Jeammaud: 'La renonciation du salarié', 'Droit Ouvrier', dezembro de 1997, pág. 536.

Nota 353: É uma forma de aplicação do princípio do direito romano: Non potest locari opus in perpetuum.

Nota 354: Francisco Meton Marques de Lima: 'Princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência', LTr, São Paulo, 1994, pág. 100.

Nota 355: Mario De La Cueva: 'Derecho del Trabajo', México, 1943, t. I, pág. 677.

Nota 356: Paul Durand (Droit Social 1954, em 'Droit Social', 1953, pág. 573: afirma que o fenômeno jurídico mais importante na metade do século é o advento da segurança social. Deveali ('Curso de Derecho Sindical y de la Previsión Social', Buenos Aires. 1957, pág. 255: sustenta que a segurança social constitui 'a única contribuição definitiva no campo do direito, dada pela nossa civilização atual'.

Nota 357: O juslaboralista mexicano Baltazar Cavazos Flores cita o seguinte parágrafo de seu compatriota González Blanco: 'A estabilidade aplicada aos trabalhadores significa, em termos gerais, firmeza nas relações jurídicas e garantia do presente e do futuro, em virtude de que os homens, de acordo com a idéia de segurança social, necessitam ter plena e real confiança no presente e estar certos de que a satisfação de suas necessidades familiares não dependerá da arbitrariedade e do capricho dos outros homens. Esta segurança é, por outro lado, a fonte da alegria e do amor pelo trabalho; não é possível exigir dos homens dedicação e esforço em suas atividades, quando a inquietude domina suas consciências' ('La estabilidad en las relaciones laborales', na revista argentina 'Derecho del Trabajo', 1962, pág.,401).

Nota 358: Ernesto Krotoschin: 'Tendencias Actuales en el Derecho del Trabajo', Buenos Aires, 1959, pág. 88.

Nota 359: 'El despido de los trabajadores enfermos y su indemnización especial', na revista 'Derecho Laboral', t. XV, pág. 123.

Nota 360: Aldo Cessari: 'Il 'Favor' Verso il Prestatore di Lavoro Subordinato', Milão, 1966, pág. 14.

Nota 361: Evaristo de Moraes Filho: 'Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa', Rio, 1960, t. II, págs. 207 e I 16, respectivamente.

Nota 361 bis: Pierre Verge y Guylaine Vallée: 'Un Droit du Travail? Essai sur la Specificité du Droit du Travail', Editions Ivon Blais, Quebec, 1997, pág. 164.

Nota 362: Horacio Schick: 'Estado actual de los principios generales de Derecho del Trabajo con especial referencia al principio protectorio y el de continuidad de la relación laboral', na revista 'Derecho del Trabajo', Buenos Aires, 1991, pág. 1835.

Nota 363: Eduardo O. Alvarez: 'Algunas precisiones en torno a la estabilidad propia y su dimensión axiológica', em 'Derecho del Trabajo', Buenos Aires, 1985, pág. 471.

Nota 364: 'Tratado de Derecho del Trabajo', dirigido por Vázquez Vialard, Editorial Astrea, Buenos Aires, t. II, pág. 253.

Nota 365: Manuel Alonso Olea: 'Derecho del Trabajo', Madri, 1974, pág. 118. Cumpre notar que a disposição do Código Civil uruguaio que corresponde à norma citada do Código Civil espanhol é o art. 1.300: 'As cláusulas suscetíveis de dois sentidos, de um dos quais resultar a validade e de outro a nulidade do ato, devem ser entendidas no primeiro. Se ambas derem igual validade ao ato, devem ser tomadas no sentido que mais convenha à natureza do contrato e às regras da equidade'.

Nota 366: Deveali exprime sutilmente: 'A irrenunciabilidade do direito à estabilidade importaria em admitir que esta implica uma obrigação para o trabalhador, equivalente a uma nova forma de servidão, solução que evidentemente não pode ser admitida em nossos dias' ('Derecho a la estabilidad e indemnización por despido', na revista 'Derecho del Trabajo', 1960, pág. 528).

Nota 367: José Pérez Leñero: 'Teoría General del Derecho Español de Trabajo', Madri, 1948, pág. 223.

Nota 368: Op. cit., pág. 224.

Nota 369: Edoardo Ghera: 'Qualificazione del contratto di lavoro subordinato: spunti teorici e criterio pratico', in 'Associazione Lavoro e Ricerche' - ALAR, Autonomia Negoziata e Prestazione di Lavoro, Giuffrè, 1993, pág. 9.

Nota 370: 'Principiologia do Direito do Trabalho', LTr, São Paulo, 1997, pág. 111.

Nota 371: Jean Yves Kerbouch: 'Le contrat à durée déterminée irrégulier en droit privé et en droit public', em 'Droit Social', Paris, dezembro de 1995, pág. 992.

Nota 372: O art. 158 da Lei argentina n. 11.729 estendeu especialmente aos contratos de emprego por prazo fixo o benefício da indenização por despedida, porém a doutrina entendeu que isso se deve unicamente ao desejo de evitar o recurso patronal de estabelecer contratos de duração determinada para evitar o pagamento da indenização. Veja-se 'Extinción del contrato por vencimiento del término e indemnización por despido', por Rubén O. Grego, na revista 'Derecho del Trabajo', 1950, pág. 231.

Nota 373: Barassi reflete essa idéia em uma frase muito acertada: 'O contrato se estipula por prazo indeterminado quando as partes se propõem a conciliar a possibilidade de uma continuidade da relação jurídica com a de terminá-la livremente' ('Tratado de Derecho del Trabajo', trad. espanhola, Buenos Aires, 1953, t. II, pág. 190).

Nota 374: Alonso Olea, op. cit., pág. 123. De La Cueva apresenta como princípio mexicano, que deveria reger universalmente nesta matéria, 'a subsistência da relação de trabalho, enquanto subsistam as causas que lhe deram origem e o objeto do trabalho' (op. cit., pág. 677). Cabanellas, depois de transcrever o art. 39 da Lei Federal do Trabalho do México e citando a opinião coincidente de Pérez Lobo, acrescenta: 'Dessa forma, não são as partes contratantes que determinam se o contrato é a prazo fixo, mas o trabalho em si, o objeto deste e as circunstâncias de tempo que exijam sucessivas prestações por parte do trabalhador' ('El plazo en el contrato de trabajo', na 'Gaceta del Trabajo', 1961, pág. 464).

Nota 375: Op. cit., pág. 455.

Nota 376: Op. cit. .. pág. 101.

Nota 377: Citado por Alonso Olea, op. cit., pág. 122.

Nota 378: Luigi de Litala: 'El Contrato de Trabajo', Buenos Aires, 1946, pág. 190.

Nota 379: Op. cit., pág. 465. O exemplo que traz é sumamente ilustrativo: 'Em nossa opinião, a natureza eventual ou permanente da função constitui o elemento mais característico do termo do contrato e, portanto, da índole de trabalhador fixo ou eventual em relação à empresa. Ademais, torna-se necessário conhecer ou averiguar a intenção das partes. Assim, na hipótese de um contador aceito como empregado para elaborar um balanço, o contrato é por tempo determinado e, ainda que houvesse posteriormente um trabalho fixo na empresa, tanto o trabalhador como o patrão sabiam indubitavelmente que a duração do contrato estaria limitada ao tempo necessário para efetuar o balanço; o trabalhador, finalizado seu trabalho, não tem a expectativa de continuar trabalhando, pois a duração de seu contrato estava limitada a um tempo por ele previsível, com certa exatidão. Difere da situação do trabalhador contratado, ainda que seja com fixação de prazo, para realizar uma função fixa na empresa, pois cabe prever e está dentro de um cálculo normal de probabilidades, que sua intenção haja sido permanecer no posto em razão da função fixa e trabalho permanente'.

Nota 380: Alonso Olea. op. cit., pág. 122.

Nota 381: Op. cit., t. II, pág. 195.

Nota 382: Alonso Olea, op. cit., pág. 122.

Nota 383: Ludovico Barassi, op. cit., t. II, pág. 206.

Nota 384: Op. cit., pág. 484.

Nota 385: Alonso Olea (op. cit., pág. 122: chama-os 'trabalhadores fixos descontínuos'.

Nota 386: Francisco De Ferrari: 'El plazo del contrato en los trabajos de zafra', na revista 'Derecho Laboral', t. I, pág. 143.

Nota 387: Américo Plá Rodríguez: 'Indemnización por despido de los jornaleros y destajistas', na revista 'Derecho Laboral', t. I, pág. 32. Baseamo-nos na opinião, sempre abalizada, de Deveali, exposta na revista argentina 'Derecho del Trabajo', 1946, pág. 356.

Nota 388: O Acórdão da Suprema Corte de Justiça é de 2.5.97 e foi publicado em LJU, Caso n. 13.309 (t. 116, pág. 84).

Nota 389: Op. cit., t. I, pág. 389.

Nota 390: Mario L. Deveali: 'La novación objetiva y subjetiva en el contrato de trabajo', na revista 'Derecho del Trabajo', 1947, pág. 481.

Nota 391: Camerlynck prefere falar de revisão. Porém descreve praticamente o mesmo fenômeno: 'de maneira mais direta, e no quadro mesmo do contrato individual. a prática, longe de consagrar, em virtude de uma concepção civilista e estática das relações jurídicas, um molde jurídico definitivo, revela um ajuste constante do estatuto do trabalhador pelos próprios interessados, em função de sua aptidão, das necessidades do bom funcionamento da empresa ou da conjuntura econômica e social. Dai o recurso a uma técnica mais apropriada aos imperativos da relação de trabalho que o procedimento clássico de adoção de contratos sucessivos: a revisão' ('Contrat du travail', no 'Traité de Droit du Travail', Paris, 1968, pág. 174).

Nota 392: José Cabrera Bazán: 'La Novación Ilícita del Contrato de Trabajo', Sevilha, 1963, pág. 62.

Nota 393: Op. cit. .. t. I, pág. 389.

Nota 394: Op. cit. .. págs. 12 e 28.

Nota 395: Op. cit., pág. J 18.

Nota 396: Juan Rivero Lamas: 'La Novación del Contrato de Trabajo', Barcelona, 1963, pág. 124.

Nota 397: Op. cit., pág. 118.

Nota 398: Francisco Messineo: 'Contratto', Milão, 1961, pág. 161.

Nota 399: Mario L. Deveali: 'La novación objetiva y subjetiva en el contrato de trabajo'. na revista 'Derecho del Trabajo', 1947, pág. 484.

Nota 400: Op. cit., pág. 89.

Nota 401: Informe sobre o 2º ponto da ordem do dia para o Ciclo Interamericano de Relações de Trabalho, celebrado em Montevideu, de 8 a 12.11.60. OIT, Genebra, 1960, págs. 3 e 5.

Nota 402: José M. Almansa Pastor: 'El Despido Nulo', Madri, 1968, pág. 9.

Nota 403: José Martins Catharino: 'La estabilidad en el empleo', na revista argentina 'Gaceta del Trabajo', 1965, pág. 275.

Nota 404: Rafael Caldera: 'Derecho del Trabajo', Buenos Aires, 1960, pág. 418.

Nota 405: Horacio H. de La Fuente: 'Principios Jurídicos del Derecho a la Estabilidad', Buenos Aires, 1976, pág. 23.

Nota 406: Op. cit. .. pág. 25.

Nota 407: Roberto E. Luqui: 'La estabilidad del empleado público frente a las leyes de razonabilidad y prescindibilidad', na revista argentina 'La Ley', t. 139, pág. 68.

Nota 408: Op. cit., pág. 116.

Nota 409: Bartolomé Fiorini: 'La estabilidad, garantía de derecho público', na revista argentina 'Derecho del Trabajo', 1965. pág. 359.

Nota 410: Op. cit., t. I, pág. 676.

Nota 411: Horacio D. J. Ferro: 'Efectos de la estabilidad propia', na revista argentina 'Derecho del Trabajo', 1960, pág. 520.

Nota 412: 'Lineamentos del Derecho del Trabajo', Buenos Aires, 1943, pág. 194.

Nota 413: Op. cit., pág. 33.

Nota 414: Op. cit., pág. 30. Por iguais razões considera que não é da essência da estabilidade própria que as causas de rescisão sejam limitadas e estejam taxativamente enumeradas (podendo ser genéricas) ou que se requiera um sumário prévio, com possibilidades de defesa do trabalhador (op. cit., págs. 31 e 32).

Nota 415: Veja-se supra n. 130.

Nota 416: Op. cit., pág. 22.

Nota 417: Continua De La Fuente: 'O direito de trabalhar, cuja importância e transcendência ninguém desconhece, não se esgota nem mesmo com a percepção das remunerações. É fundamental que o trabalhador possa concretizar a prestação de seus serviços como forma insubstituível de se realizar socialmente e de desenvolver sua personalidade: direito que transcende ao mero interesse individual já que 'uma ociosidade deliberada é incompatível com o conceito de direito social baseado na dignidade pessoal e moral do trabalhador'. A mera conservação do contrato - já que a estabilidade própria não assegura outra coisa - cria uma situação formal diríamos até artificial sem o conteúdo humano que é da essência de toda relação de trabalho; esse contrato desnaturalizado se apresenta assim como um corpo sem alma, sem vida. Porém há mais ainda. Sem reincorporação real não se garante a continuação normal da relação de trabalho, que pressupõe, como algo inerente a ela, a prestação efetiva de serviços. Quando, declarada a ineficácia da despedida, o empregador não propicia a reintegração do trabalhador. a estabilidade não somente deixa de atuar em sua intensidade máxima - conservação efetiva do emprego - como também se verifica o funcionamento irregular do contrato que, com certa frequência, conduzirá a sua própria rescisão. Assim será normal que o trabalhador procure outra ocupação e muito possível também que chegue a preferir o novo emprego' (op. cit., pág. 22).

Nota 418: Op. cit., pág. 63.

Nota 419: Na edição anterior, mencionávamos que, em suma, se poderia sustentar a nulidade das despedidas em três situações marginais e muito pouco freqüentes: os membros dos conselhos paritários das empresas concessionárias de serviços públicos (art. 2º da Lei n. 10.913. de 25. 6. 47); dirigente sindical e despedidas produzidas por motivo de uma greve lícita (arts. 8º e 41 do Decreto n. 622. de 1º.8.73). Mas as citadas referências perderam toda a atualidade: os conselhos paritários, porque não têm sido convocados pelo Poder Executivo, tendo em vista o desuso da lei que os criou e o Decreto n. 622, estabelecido pelo regime de fato, que perdeu a vigência.

Nota 420: A norma legal diz textualmente: 'e derogar, no pertinente, o art. 158 do Código de Comércio'.

Procurei demonstrar a afirmação formulada no texto em meu trabalho: 'La indemnización por despido prevista por la Ley de 6 de junio de 1944 puede suplirse por un preaviso?', na revista 'Derecho, Jurisprudencia y Administración', t. 43, pág. 346.

Embora De rerrari tenha discrepado dessa conclusão em 'La Indemnización por Despido y el Instituto del Preaviso, en la Justicia Uruguaya' (t. 9, pág. 15, Sec. 'Doutrina'), houve concordância generalizada na prática, no sentido de que havia ocorrido a derrogação.

Nota 421: Na lei anterior á norma ora vigente, esta obrigação tinha categoria legal. Mas o Decreto-Lei n. 14.785, de 19. 5. 78, não contém nenhuma norma a respeito. Aparece no decreto de regulamentação sem base legal. De todos os modos, entendemos que se aplica na realidade prática, porquanto permite tornar efetiva a despedida se, nos 30 dias, o trabalhador despedido e sua família não se tiverem retirado.

Nota 422: Até a entrada em vigor do Decreto-Lei n. 14.188, o que Ocorreu em 3.10.74, se estabelecia um limite diferenciado: três meses, caso tivesse direito à aposentadoria (o que se obtinha com 10 anos de serviço e 40 anos de idade, no mínimo), e seis meses, caso não tivesse direito à aposentadoria. O art. 13 da referida lei eliminou essa discriminação, em função 'dos eventuais direitos de aposentadoria que possam caber ao trabalhador'.

Nota 423: Art. 7º da Lei n. 12.597, de 30.12.58.

Nota 424: Lei n. 13.555, de 26.10.66.

Nota 425: Art. 14 da Lei n. 12.033, de 27.11.53.

Nota 426: Lei n. 13.514, de 11.10.66.

Nota 427: Art. 17 da Lei n. 11.577, de 14.10.50.

Nota 428: Art. 10 da Lei n. 11.577, de 14.10.50.

Nota 429: Art. 23 da Lei n. 14.407, de 22.7.75, que criou a Administração dos Seguros Sociais por Enfermidade (ASSE). Sua órbita de aplicação compreende não apenas os setores trabalhistas que possuíam seguro-enfermidade antes da referida Lei n. 14.407, mas também todos aqueles aos quais o Poder Executivo o foi estendendo, o que motivou vários decretos de extensão.

Nota 430: É especialmente significativa a sentença da Suprema Corte de Justiça. n. 71, do ano de 1970, publicada no Caso n. 7.312 de LJU.

Nota 431: Sentença de 22.9.93, resumida no parágrafo 311 do 'Anuario de Jurisprudencia Laboral 1993'.

Nota 432: Além do movimento jurisprudencial, houve uma rica e valiosa produção doutrinária, dentro da qual permito-me destacar, entre os primeiros, os artigos de Osvaldo Mantero ('El abuso del derecho de despedir en el derecho uruguayo', na revista 'Derecho Laboral', t. XV, pág. 393; e Héctor-Hugo Barbagelata ('El despido abusivo y la reciente jurisprudencia', na revista 'Derecho Laboral', t. XX, pág. 614), e outras diversas contribuições posteriores de Oscar Ermida Uriarte ('El concepto de despido abusivo', na revista 'Derecho Laboral', t. XXVII, pág. 506); de Cristina Mangarelli e Jorge Rosembaum ('El despido abusivo en el derecho uruguayo', na revista 'Derecho Laboral', t. XXXI, pág. 518); de Alejandro Castello ('El despido abusivo. Criterios conceptuales para su detenninación', na revista 'Derecho Laboral', t. XXXVIII, pág. 775); de Cristina Mangarelli ('El Despido Abusivo en la Jurisprudencia Uruguaya', t. XXXVIII, pág. 804), e em conjunto pelos dois últimos autores ('Despido indirecto e indemnización de daños superiores a la tarifada', na revista 'Derecho Laboral', t. XL, pág. 244).

Nota 433: Antonio Vásquez Vialard: 'La suspensión en la Ley de Contrato de Trabajo', na revista argentina 'Trabajo y Seguridad Social', t. II fevereiro de 1975, pág. 65.

Nota 434: Paul Durand: 'Traité de Droit du Travail', t. II, Paris, 1950, pág. 792.

Nota 435: José Manuel Almansa Pastor: 'Los principios generales del derecho en las fuentes normativas del Derecho del Trabajo', em 'Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo', n. 3 junho de 1972, pág. 28.

Nota 436: Op. cit., pág. 118.

Nota 437: Op. cit., pág. 67.

Nota 438: Roberto Falchetti: 'El Contrato de Trabajo', Montevideu, 1975, pág. 98.

Nota 439: Jean Pelissier: 'Reflexions à propos de la suspension du contrat de travail', em 'Études de Droit du Travail Offertes a André Brun', Paris, 1974, pág. 427.

Nota 440: Diego Lamas: 'Reincorporación del trabajador incapacitado para el trabajo', na revista 'Derecho Laboral', t. II, pág. I.

Nota 441: Veja-se a nota 428.

Nota 442: Art. 7º da Lei n. 12.572, de 23.10.58. O pagamento é efetuado pelo tema de Subsídios Familiares, alimentado por uma contribuição patronal calculada sobre o salário de todos os trabalhadores.

Nota 443: Desenvolvemos e fundamentamos esta conclusão no livro que publicamos juntamente com o Dr. Eduardo J. Couture: 'La Huelga en el Derecho Uruguayo', Montevideu, 1951, pág. 110.

Nota 444: Nós o fizemos em nossa obra 'El Salario en el Uruguay'. Montevideu, 1956, t. II, págs. 414 e segs.

Nota 445: Op. cit., pág. 202.

Nota 446: Op. cit., t. I, pág. 643.

Nota 447: Op. cit., t. I, pág. 365.

Nota 448: 'La novación objetiva y subjetiva en el contrato de trabajo', na revista 'Derecho del Trabajo', 1947, pág. 485.

Nota 449: Expusemos essas idéias em um estudo, intitulado 'La muerte de las partes en el contrato de trabajo', incluído no volume de 'Estudios en Memoria de José Irureta Ooyena', publicado por nossa Faculdade de Direito de Montevideu em 1955, págs. 510 e segs. Naquela oportunidade arrolávamos a numerosa série de autores que consideravam que o contrato de trabalho somente era intuito personae relativamente ao trabalhador, série que poderíamos aumentar, atualizando-a. Mas também ressaltamos que havia algumas posições doutrinárias discordantes, que procuramos refutar: De La Cueva e Riosco, que afirmavam que o contrato de trabalho havia perdido o caráter intuito personae relativamente ao trabalhador, e Cabanellas, que sustentava que era intuito personae também relativamente ao empregador. Nesta última linha de exceções devemos incluir De Ferrari: 'Derecho Laboral', t. IV, pág. 139; Carozzi: 'Las Leyes de 1944 sobre Indemnización por Despido', Montevideu, 1957, pág. 32, e Sarthou: 'Las deudas del contrato de trabajo y la enajenación de empresas en el decreto uruguayo', na 'Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración', t. LXV, pág. 194.

Nota 450: Francis Vallaur. 'L'Intuitu Personae dans les Contrats', Paris, 1938, pág. 13.

Nota 451: Op. cit., pág. 122.

Nota 452: 'Curso de Derecho del Trabajo', Madri 1948, pág. 176.

Nota 453: 'Direito Disciplinar do Trabalho', São Paulo, 1950, pág. 23.

Nota 454: 'Curso de Direito do Trabalho', Livraria Forense, Rio, 1972, pág. 113.

Nota 455: 'La empresa: un nuevo protagonista del derecho', na revista 'Derecho del Trabajo', 1970, pág. 761.

Nota 456: 'Contrat de Travail', Paris, 1968, págs. 89 e segs., t. I do 'Traité de Droit du Travail', publicado sob a direção de G. H. Camerlynck. Idéias similares havia exposto Paul Durand, no direito francês, ao afirmar que a

justificação do art. 23, inciso 8º, do Código do Trabalho Francês é que a empresa continua, ainda que mude o empregador ('*Traité de Droit du Travail*', Paris, t. II, pág. 790).

Nota 457: A. Navarra: '*Corso di Diritto del Lavoro*', Nápoles, 1953, pág. 18.

Nota 458: Carlos E. Piltamiglio em importantíssimo estudo sobre '*La empresa y el Derecho del Trabajo*' também pôs em relevo a coincidência universal na afirmação dessas idéias (revista '*Derecho Laboral*', t. XV, págs. 51 e segs.).

Nota 459: A obra em dois volumes '*Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa*', publicada no Rio, em 1960, transborda amplamente seu intento de tese para concorrer à cátedra de Direito do Trabalho da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, convertendo-se em um dos estudos mais exaustivos do tema sob todas as perspectivas, com uma demonstração excepcional de cultura civilista, romancista, filosófica e publicista. O tema é abordado a partir da pág. 238 do tomo II.

Nota 460: Procuramos precisar esse conceito em '*La noción de establecimiento en el derecho laboral*', em LJU, t. LXX, págs. 63 e segs., Seção 'Doutrina'.

Nota 461: Op. cit., t. II, pág. 246.

Nota 462: Gilberto Gomes: '*Solidariedade e continuidade empresarial no Brasil*', em '*Noções Atuais de Direito do Trabalho. Estudos em Homenagem ao Professor Elson Gottschalk*', L Tr, São Paulo, 1995, pág. 157.

Nota 463: Fomos nós que, em um trabalho intitulado '*Contrato de Trabajo y Transferencia de Empresa*', sustentamos que 'a firma cedente não é responsável diante dos empregados que continuarem trabalhando para a firma cessionária, mas se forem despedidos pela nova firma esta deve pagar-lhes a indenização devida, levando em conta todos os anos de antigüidade na casa, se tiverem prestado serviços com a anterior ou com a nova firma' ('*Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*', t. 46, pág. 222, setembro de 1948). Eduardo Albanell Mac Coll, já conhecida a opinião de De Ferrari, dedicou extenso capítulo a refutá-la, no estudo intitulado '*La venta de un establecimiento y el despido*', em LJU, t. XXIII, pág. 29, Seção 'Doutrina'. Héctor-Hugo Barbagelata, depois de coletar a jurisprudência, quando resume suas próprias conclusões, expressa: 'Relativamente à ruptura do vínculo contratual, as discussões se concentram na chamada despedida técnica, porém o grosso da jurisprudência não aceita que esta seja relevante para a legislação comum sobre despedida. A tese majoritária poderá ser discutível, do ponto de vista doutrinário, porém é legal e socialmente útil. Admitir francamente a despedida, nos casos de simples transferência de empresa, equivaleria a consagrar uma solução incompatível com o giro regular dos negócios, sem vantagem para os trabalhadores. Mas o critério justo é o que, ademais, põe a salvo os direitos do trabalhador de reclamar sua indenização, toda vez que a transferência lhe ocasione um dano, ou quando sua antigüidade não seja ressaltada. A mudança de empregador pode, de várias maneiras, causar danos ao trabalhador e é por essa via e não pela transferência em si que a despedida se materializa. Quando o adquirente é um estabelecimento de solvência manifestamente inferior à do vendedor; quando existam razões de inimizade, ou semelhantes, entre o novo empregador e um ou vários integrantes do pessoal; quando, no caso específico da imprensa, a mudança de firma modifique a orientação política, etc., o dano existe e a despedida se concretiza, porque o contrato sofreu uma transformação radical e danosa para uma das partes' ('*El Derecho Común sobre el Despido*', Montevideu, 1953, pág. 130). Bernardo Supervielle, que examina o tema sob o ângulo comercialista, assim se exprime: 'Devemos admitir que existe uma resistência natural em aceitar que, quando há transferência de um estabelecimento e o novo empregador se propõe a continuar com o mesmo pessoal nas mesmas ou em condições similares, os empregados tenham direito de exigir uma indenização por despedida, que de fato viria constituir um verdadeiro enriquecimento sem causa, às expensas do patrão. Na verdade, em nosso conceito, o exercício de um direito dessa natureza por parte do trabalhador, nas condições indicadas, será abusivo, em virtude de duas razões: porque teria como única finalidade prejudicar economicamente o empresário, obrigando-o a pagar importâncias de vulto, a título de indenização por despedida, pela única razão de não querer continuar com uma relação de trabalho, cuja economia não foi modificada em seus elementos essenciais, ou então porque significaria desviar o sentido e a razão de ser da indenização, no pressuposto de que o empregado aceitaria prosseguir com o mesmo emprego no novo estabelecimento, sem prejuízo da exigência de uma compensação frente ao empregador anterior. Indiscutivelmente se desvirtuaria o propósito do legislador e a finalidade do instituto de proteção trabalhista, estabelecido com vistas a contemplar a situação do pessoal despedido, admitindo que, em situações como essas, o empregado sem razões ou sem motivo: a) se negue a continuar trabalhando em condições similares, no mesmo estabelecimento, com um novo empregador, obrigando que lhe sejam pagas indenizações, como se tivesse sido declarado despedido; b) pretenda continuar na mesma empresa com o mesmo emprego, exigindo a reparação como se tivesse sido despedido. Felizmente, segundo indicamos anteriormente, nossa jurisprudência, criteriosamente, inclinou-se decidida e reiteradamente a favor da tese justa, embora não compartilhem de todos os fundamentos técnicos em que estas resoluções se baseiam. Na prática, pois, este problema parece ter sido solucionado corretamente em benefício de todos os interesses em jogo' ('*El Establecimiento Comercial*', Montevideu, 1953, pág. 105).

Os estudos posteriores chegam por diferentes caminhos à conclusão de que se o trabalhador continua prestando serviços, à disposição do novo empregador, não tem direito a reclamar a indenização por despedida.

em razão da simples substituição do empregador. Leo Carozzi: 'Las Leyes de 1944 sobre Indemnización por Despido', Montevideu, 1957, pág. 36, e Helios Sarthou: 'Las deudas del contrato de trabajo y la enajenación de empresas en el derecho uruguayo', na 'Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración', t. LXV, pág. 194.

Nota 464: No exaustivo estudo sobre a jurisprudência em matéria de despedida, que citamos na nota anterior, Barbagelata, referindo-se à chamada despedida técnica, diz: 'A jurisprudência predominante deu uma solução radical, e já em 1946 um acórdão dizia que em caso de alienação de um estabelecimento a lei impõe ao alienante o pagamento de indenização por despedida somente ao pessoal que não continue prestando serviços. Essa mesma posição é mantida nos casos de transferência de uma empresa ao Estado' (op. cit., pág. 24). Em acórdão bem mais recente, Nicolliello se refere à tese de De Ferrari esclarecendo de imediato 'posição na qual não é acompanhado pela doutrina e jurisprudência dominantes' ('Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración', t. LXV, pág. 185).

Nota 465: Exposta originalmente em seu artigo 'La venta de un establecimiento y el despido', na revista 'Derecho Laboral', t. IV, pág. 135, e reiterada em suas 'Lecciones de Derecho del Trabajo', Montevideu, 1962, t. II, págs. 450 e segs., e em sua 2ª ed., 'Derecho del Trabajo', Buenos Aires, 1969, t. II, pág. 467.

Nota 466: Este ponto ficou definitivamente esclarecido pela sentença do Tribunal de Apelações de 2º Turno, de 24.6.64, nos autos 'Rivera Gonzáles, Emma c/ Caja de Jubilaciones Bancarias - Apelación'.

Nota 467: Diversas disposições de nosso direito positivo parecem haver acolhido esse conceito: O art. 2º da Lei n. 12.590, de 23.12.58, estabelece: 'Os trabalhadores com mais de cinco anos de serviço na mesma empresa, ainda que esta haja mudado de proprietário uma ou mais vezes, terão além disso direito a um dia complementar de férias por cada quatro anos de tempo de serviço, que se juntarão ao período ou períodos que se estabeleçam de acordo com o disposto no artigo anterior'. O art. 27 do decreto regulamentar de 26.4.62, também referente às férias, estabelece: 'Nos casos de alienação a título universal ou particular de um estabelecimento o adquirente ou o alienante serão solidariamente responsáveis pelo pagamento dos dias de férias. Aos trabalhadores que continuem no estabelecimento com a nova firma será reconhecida, automaticamente, sua antiguidade total no mesmo, anteriormente à alienação operada'. Em matéria de indenização por despedida, o inciso 3º do art. 1º da Lei n. 10.570, de 15.12.44, sobre indenização por despedida dos diaristas e tarefeiros, diz: 'Os trabalhadores despedidos que não tenham trabalhado no estabelecimento 240 dias, porém mais de 100, terão direito a uma indenização equivalente ao salário de duas jornadas por cada 25 de trabalho. Para os efeitos de fixar a indenização, considera-se equivalente ao salário de um mês a remuneração de 25 dias'. O art. 2º da Lei n. 12.597, de 30.12.58, voltou a utilizar expressão similar: 'Os serviços prestados a partir do dia de ingresso no estabelecimento até o dia da despedida'.

Nota 468: Nesse sentido retificamos parcialmente uma opinião expressa em nosso estudo já citado sobre 'Contrato de trabajo y transferencia de empresa', quando afirmávamos que 'a nova firma deve reconhecer a antiguidade que o trabalhador tinha na anterior, porque do contrário não se poderia falar da existência de um só contrato e da ausência de despedida. Porém deve-se entender que esse reconhecimento existe sempre que não haja manifestação contrária no momento da transferência' (revista DJA, t. XLVI, pág. 223). Depois de novas reflexões, pensamos que a antiguidade não depende de afirmações, reconhecimento ou declarações positivas ou negativas das partes, mas que é um fenômeno fático que se opera efetivamente nos fatos.

Nota 469: Revista 'Derecho Laboral', t. IV, pág. 141. Albanell Mac Coll entende que esta explicação é contraditória em relação à tese central defendida por De Ferrari sobre a não-continuidade do contrato. De Ferrari procura superar essa contradição esclarecendo que, ainda quando não prosperasse sua interpretação dos textos legais, restaria sempre a possibilidade de recorrer à idéia de antiguidade encarada como uma circunstância de fato. E no próprio parágrafo que transcrevemos, ressalva que a antiguidade é computada, ainda que o contrato termine. O que ocorre - e nesse sentido a observação de Albanell é válida - é que o raciocínio que De Ferrari desenvolve com tanto acerto deveria levá-lo à tese da continuidade e não à da ruptura do contrato. Cumpre acrescentar que, posteriormente ao artigo de De Ferrari, novos benefícios foram regulados em função da antiguidade: duração das férias, que são aumentadas de um dia a cada quatro anos de antiguidade; generalização do prêmio por antiguidade, etc.

Nota 470: Em nosso artigo 'Despido y preaviso', publicado na 'Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración' (t. XLIII, pág. 346), resumimos os antecedentes parlamentares que explicam O aparecimento da indenização por despedida em nosso país. Diante da resistência ao propósito do legislador de restabelecer os horários normais por haver diminuído o racionamento provocado pela II Guerra Mundial, muitos legisladores sustentaram que os trabalhadores não tinham inconveniente em trabalhar mais, contanto que se elevasse sua remuneração. E, para conter a onda de despedidas que podia trazer esse aumento de retribuição, estabeleceu-se a indenização por despedida que deveria operar como freio e contrapeso.

Nota 471: Op. cit., pág. 36, Seção 'Doutrina'.

Nota 472: 'El Contrato de Trabajo', Buenos Aires, 1946, pág. 384.

Nota 473: Op. cit., pág. 130.

Nota 474: 'La novación objetiva y subjetiva en el contrato de trabajo', na revista 'Derecho del Trabajo', 1947, pág. 485.

Nota 475: Luisa Riva Sanseverino: 'Corso de Diritto del Lavoro', pág. 436.

Nota 476: Sarthou, op. cit., Revista DJA, t. LXV, pág. 194.

Nota 477: Carozzi, op. cit., pág. 36.

Nota 478: Planiol-Ripert-Rouast: 'Traité Pratique de Droit Civil Français', t. XI, n. 848, e Demogue: 'Les contrats provisoires', em 'Études de Droit Civil à Memoire de Henri Capitant', pág. 163, in fine, Contudo, além desses ilustres civilistas, podemos mencionar importantes juslaboralistas, como Barassi: 'Tratado de Derecho del Trabajo', t. V, pág. 266; De La Cueva: 'Derecho Mexicano del Trabajo', pág. 634; Peretti Griva: 'Il contratto de lavoro e sugli effetti della risoluzione prima del suo inizio', em 'Foró Italiano', 1938, t. I, pág. 1192; Durand: 'Traité de Droit du Travail', t. II, págs. 289 e segs.

Nota 479: Veja-se nosso trabalho 'El periodo de prueba', na revista 'Derecho Laboral', t. I, pág. 235.

Nota 480: No 'Diccionario Jurídico Trabalhista', de Emilio Guimaraes (t. II, pág. 317), faz-se referência expressa a esse tipo de condições. Por sua parte, no estudo intitulado 'Rupture du contrat de travail', de Gerard Vivier, incluído no t. II de 'Juris-Classeur Travail', são citadas várias decisões jurisprudenciais francesas que admitem uma modalidade contratual muito similar à que estamos examinando: um contrato de duração indeterminada com um prazo máximo de duração (Cap. 29, § 9, pág. 2).

Nota 481: Brenno San Vicente sustenta que é dever do Estado assegurar a continuidade das empresas: 'A supressão de uma empresa cuja atividade tenha profundos reflexos na vida social da comunidade pode justificar a intervenção do Estado, com o fim de estabelecer a continuidade dessa empresa, porque seu desaparecimento, socialmente injustificado, constituiria um abuso do poder econômico individual em prejuízo da coletividade' ('El Estado moderno y la continuidad de la empresa', em 'Gaceta del Trabajo', 1962, t.

Nota 482: Nesse sentido são singularmente significativas as conclusões do IV Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho, celebrado em setembro de 1972 na cidade de São Paulo, em cuja conclusão n. 10 se diz: 'O Direito do Trabalho deverá ser inteiramente aplicado a todos os servidores, denominados, pela maioria, empregados públicos, sem outras limitações que as resultantes de aspectos estritamente peculiares a determinadas atividades descentralizadas do Estado'. Veja-se o texto integral das conclusões na revista 'Derecho Laboral', t. XVI, págs. 176 e segs. Entre nós, Martilla Abella de Artecona sustentou a mesma tese em seu artigo 'La relación de trabajo en la Administración Pública', na revista 'Derecho Laboral', t. XV, pág. 341. Entre os publicistas, Horacio Casinelli Muñoz: 'Régimen jurídico general de los trabajadores y Estatuto de los Funcionarios Públicos', em 'Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración', t. LVIII, págs. 230 e segs.; Julio Prat: 'Licencia anual de funcionarios públicos', em 'Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX', Madri. 1969, t. IV, págs. 1195 e 1208; G. Aguirre Ramírez e E. Sellanes Iglesias: 'Régimen laboral de los funcionarios públicos', na 'Revista de Derecho Público', t. I, n. 2, págs. 87/105; Jorge Silva Cencio: 'Estatuto y régimen laboral de los funcionarios públicos con especial referencia a los del Poder Legislativo', na 'Revista de Derecho. Jurisprudencia y Administración', t. LXXII, págs. 273-274-276, e Ariel Gianola Martegani: 'El trabajo de los Funcionarios Públicos en día inhábil. horario nocturno, jornada extraordinaria y actividades insalubres', na revista 'Judicatura', abril de 1977, pág. 51. É particularmente significativo, nesse sentido, o cursinho de 'Direito do Trabalho e os Funcionários Públicos', editado como n. 5, da Biblioteca de Direito do Trabalho, Montevideu, 1977. Nele intervêm vários constitucionalistas, administrativistas e trabalhistas, muitos dos quais apontaram as coincidências nas conclusões.

Nota 483: Krotoschin: 'Situación frente al Derecho del Trabajo del personal de empresas transferidas al Estado', na revista 'La Ley', t. 47, pág. 387; Devealli: 'Situación de los dependientes en el caso de cesión del negocio al Estado', na revista 'Derecho del Trabajo', t. VII.

Nota 484: Entre nós, Sayagués Laso tem difundido, baseado tanto em considerações doutrinárias quanto em textos de direito positivo, uma concepção especialmente ampla do conceito de funcionário público ('Tratado de Derecho Administrativo', t. I, págs. 262 e segs).

Nota 485: Na tese intitulada 'Régimen Laboral de las Personas de Derecho Público no Estatal' que apresentamos no IV Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho, realizado em São Paulo, em setembro de 1972, tratamos de fundamentar exaustivamente esta afirmação. Veja a revista 'Derecho Laboral', t. XX, pág. 701.

Nota 486: Não obstante, a tendência é para contemplar as situações preexistentes, prevendo soluções transitórias de caráter excepcional.

Nota 487: A Lei n. 13.481, de 23.6.66, estabeleceu a isenção de todo tributo nacional, bem como da responsabilidade de contribuições para aposentadoria, para as cooperativas de produção que preencham os seguintes requisitos:

- a) se achem em gozo da personalidade jurídica com fulcro na Lei n. 10.761, de 15.8.46;
- b) os meios de produção integrem o patrimônio social;
- c) o número de trabalhadores sócios não seja inferior a seis;
- d) o número de trabalhadores não sócios não exceda a 25% do total empregado nos primeiros cinco anos de atividade e 20% nos seguintes (em todo caso, pode ter pelo menos dois trabalhadores não associados e não mais de 50).

Nota 488: Esta lei foi submetida a referendo no dia 13.12.92. Como resultado desse referendo, foram vetados os três primeiros artigos de caráter geral e todo o capítulo referente à ANTEL. Por causa desse resultado, o impulso privatizador perdeu muita força.

Nota 489: Veja-se o interessante e várias vezes citado estudo intitulado 'Las Deudas del Contrato de Trabajo y la Enajenación de Empresas en el Derecho Uruguayo', aparecido como nota de uma erudita e arguta sentença do Dr. Nicolliello, na 'Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración', t. LXV, pág. 179.

Nota 490: A lei de 26.9.04 estabelece textualmente:

'Art. 1º - Toda alienação a título singular, de um estabelecimento comercial, deverá ser precedida de avisos publicados durante 20 dias em dois diários da capital (um deles deve ser o 'Diário Oficial'), chamando os credores do estabelecimento para que acorram ao domicílio que se expressará nos avisos, a fim de perceber o montante de seus créditos, dentro do prazo de 30 dias contados do que se seguir à primeira publicação.

Art. 2º - As alienações realizadas depois das publicações e do prazo estabelecido no art. 1º tornam o adquirente solidariamente responsável com o alienante, pelas dívidas deste que constarem dos livros da casa e das que se hajam apresentado durante o prazo prefixado no mesmo artigo.

Art. 3º - Se a alienação se realizar sem o número de publicações previstas no art. 1º, ou antes do vencimento do prazo de 30 dias ali previsto, o adquirente responderá solidariamente por todas as dívidas contraídas antes da alienação e pelas que se contraírem enquanto não realizado o referido número de publicações.

Art. 4º - Nos casos de responsabilidade do adquirente, estabelecidos pelos artigos anteriores, os títulos executivos contra o alienante sê-lo-ão contra aquele'.

Nota 491: O fundamento legal deste raciocínio se encontra no art. 4º da Lei n. 10.449, de 12.11.43, cujo parágrafo final estabelece: 'Esta ação prescreverá no ano do dia em que o prejudicado deixou de trabalhar, ou tenha trabalhado pela última vez, para o infrator'. Com isso, fica manifesto que o legislador entende que, durante a vigência do contrato de trabalho, não corre o prazo de prescrição, porque o trabalhador não desfruta de uma liberdade efetiva para iniciar a ação contra o empregador. A circunstância de que posteriormente tenha sido aprovado o art. 14 do Decreto-Lei n. 14.188 e o Decreto-Lei n. 14.490, que começaram a contar os prazos de prescrição e decadência, respectivamente, a partir do momento em que se deveria tornar efetivo o salário (veja-se supra n. 90: não retira o significado do argumento anteriormente exposto).

Nota 492: Posteriormente à publicação deste trabalho que estamos resumindo, foi aprovada a Lei n. 14.252, de 25.5.76, que autorizou o P.E. a dispor que a gratificação anual complementar será abonada em duas parcelas, a serem pagas no mês de junho e antes de 24 de dezembro, respectivamente. Mas o argumento mantém seu valor, porque não se pode fracionar o pagamento deste benefício fora das datas indicadas.

Nota 493: O art. 82 do decreto de 29.10.57 estabelece: 'Quando se opera a transferência de estabelecimentos, as sanções que se decretam poderão se fazer efetivas contra os adquirentes do mesmo, que serão solidariamente responsáveis pelo pagamento em iguais condições com o causador'. Nota 494: Günter Friedrichs, ainda que se referindo às diferenças que tiveram sua origem em fatores tecnológicos, assinala que as diferenças dentro do pessoal que realiza tarefas similares criam descontentamento, tanto entre os trabalhadores favorecidos, Como entre os desfavorecidos.

'Nem o pessoal, nem o conselho de empresa, nem a direção da mesma podem estar interessados em estruturas de salários consideradas pelos trabalhadores como arbitrárias ou manifestamente injustas' ('Planificación social y progreso técnico en la empresa', na 'Revista Internacional del Trabajo', vol. 72, pág. 110, agosto de 1965).

Nota 494 bis: 'El principio protector frente a las nuevas modalidades de contratación laboral y otras formas de nexibilización del Derecho del Trabajo en la Argentina y Uruguay', nos Anais das II Jornadas Uruguai-Santafesinas junho de 1997, pág. 504.

Nota 495: Mario de La Cueva: 'Derecho Mexicano del Trabajo', 2ª ed., México, 1943, t. I, pág. 381.

Nota 496: Op. cit., t. I, pág. 383.

Nota 497: Op. cit., t. I, pág. 393.

Nota 498: 'Por conseguinte, não interessa tanto o contrato de trabalho, como, a relação de trabalho, devendo este fato jurídico prevalecer sobre aquele ato jurídico. Ou bem o contrato de trabalho, no entender dessa teoria, tem traços de um contrato real (contrato-realidade, na terminologia de De La Cueva) mais que de um contrato consensual'. ('Instituciones de Derecho del Trabajo', Buenos Aires, 1947, t. I, pág. 281).

Parece claro, todavia, que a intenção do autor mexicano não foi a de se referir, com essa denominação, à classificação entre contratos consensuais, reais e solenes, tal como está prevista no art. 1.252 de nosso Código Civil, uma vez que esta matéria, a respeito da categorização do contrato de trabalho em função da classificação tradicional do direito civil, ele a aborda em outro capítulo, no qual opõe ao tipo consensual o formal (op. cit., t. I, pág. 410).

Nota 499: Ao estudar a relação de trabalho escreve, sob o título 'La teoría del contrato-realidad', o seguinte:

'Esta situação especial em que se encontra a relação de trabalho, em comparação com as relações que derivam de outros contratos, deu origem a uma, teoria pela qual se considera o contrato de trabalho como um contrato-realidade, no sentido de que se origina da prestação do serviço. Mas é fácil objetar que a prestação do trabalho implica uma conformidade de vontades, tanto da parte de quem o presta como de quem o recebe; e que para os fins de aperfeiçoamento dos contratos em geral não é necessário que a vontade se manifeste expressamente, e até, em alguns casos, tampouco é necessária uma manifestação de vontade, sendo suficiente uma presunção de consentimento.

'Desde logo, a circunstância de que o fato do trabalho poder produzir alguns: efeitos legais, mesmo na hipótese de não existir um contrato de trabalho válido, não influi sobre a natureza do contrato, do qual normalmente deriva a relação de trabalho, mas indica simplesmente que a prestação do trabalho pode produzir por si mesma alguns efeitos importantes, ainda que não tenha origem contratual. 'Portanto, quando se aceita o conceito de relação de trabalho, no sentido anteriormente exposto, não se nega de nenhuma maneira a existência do contrato, que continua sendo sempre a fonte normal da relação de trabalho pouco importa se com uma função muito limitada, como consequência da intervenção cada vez maior e do caráter inderrogável de suas normas' ('Lineamientos de Derecho del Trabajo', Buenos Aires, 1948, pág. 163).

Nota 500: Também o menciona ao referir-se a relação de trabalho nestes termos: 'Para essas doutrinas que tendem a separar o conceito do contrato de trabalho do da relação de trabalho, quando não negam a origem contratual desta o contrato de trabalho não constitui senão um ato preparatório da relação de trabalho, cujo valor no Direito do Trabalho 'é nulo ou quase nulo'; daí haver De La Cueva denominado o contrato de trabalho de 'contrato-realidade', porque para ele somente existe na realidade da prestação do serviço e não acordo abstrato das partes'. Depois de expor essa posição, critica-a ao dizer: 'Em nossa opinião, a distinção entre contrato e relação de trabalho com efeitos jurídicos distintos, assim como a contraposição que De La Cueva formula, entre a perfeição dos contratos civis e o contrato de trabalho, não podem ser aceitas. Provêm de uma posição errônea, que entende quê as normas estatais suprem a vontade das partes e, por conseguinte, haja ou não haja contrato, essas normas se aplicarão, quando exista de fato uma relação de 'trabalho'. E um pouco depois acrescenta: 'Pretender que o contrato de trabalho seja um 'contrato-realidade', que somente surta efeitos no Direito do Trabalho desde que se torne efetiva a prestação do trabalho. é negar importância jurídica a uma convenção da qual surge a relação de trabalho, que constitui o efeito do contrato, porém não pode prescindir da vontade das partes, uma vez que nossa disciplina tem por objeto, como já deixamos estabelecido, regulamentação do trabalho subordinado, pactuado entre seres livres' ('Derecho del Trabajo', Buenos Aires, 1948, t. I, págs. 527 e 528).

Nota 501: Ao estudar a relação de trabalho e o contrato de trabalho, depois de expor as explicações de Deveali, diz: 'Em considerações semelhantes fundamenta essa distinção Mario de La Cueva, para quem o contrato de trabalho tem realidade somente a partir do momento de sua execução, no cumprimento da obrigação pactuada, e não pelo simples acordo de vontades, pelo que seria mais justo denominá-lo contrato-realidade. A idéia do contrato-realidade marca por sua vez a distinção que convém estabelecer entre o contrato de trabalho e os

contratos de direito civil. a partir do ponto de vista de seu aperfeiçoamento, sendo um e outro de caráter consensual. O contrato de trabalho significaria apenas o momento inicial, subjetivo, representado pelo acordo de vontades; a relação de trabalho ou de emprego seria o momento objetivo, o intercâmbio efetivo e continuado das prestações que incumbem aos contraentes, a dinâmica do acordo, sua execução sucessiva' ('Derecho Social y Legislación del Trabajo', 2ª ed., Buenos Aires, 1954, pág. 342).

Nota 502: Ao expor a origem do conceito da relação de trabalho, diz: 'Por outro lado, havia uma circunstância fácil de assinalar, a de que no fato da prestação do trabalho, e não no simples acordo de vontades (que em si basta para aperfeiçoar o contrato), reside o pressuposto de aplicação de uma série de normas protetoras da lei: pagamento de salários mínimos, descansos, férias, participação nos lucros, reparação de infortúnios e outros aspectos da Segurança Social. Mais ainda: esse fato chega a produzir efeitos jurídicos, igualmente quando deriva de um contrato, nos casos anteriormente mencionados, em que a prestação de serviços não provém de uma negociação contratual. Isto fez com que alguns falassem da necessidade de buscar no contrato de trabalho, ao lado do contrato consensual, o 'contrato-realidade', expressão vinculada à idéia de 'ato-condição', tomada do direito administrativo; como se o mero acordo de vontades não bastasse para dar realidade ao contrato e fazê-lo capaz de produzir efeitos jurídicos (v. g., o pagamento das despesas de viagem ou adiantamentos prometidos a um trabalhador antes de começar a cumprir seu encargo), e como se com isso não ficasse, todavia, sem explicação o caso das relações trabalhistas de origem não contratual' ('Derecho del Trabajo', 2ª ed., Buenos Aires, 1960, pág. 262).

Nota 503: Lembra a definição de Deveali de relação de trabalho: 'Aquela parte da execução do contrato que se inicia no momento e por efeito da prestação do trabalho e existe enquanto dure a mesma'. Distinguir-se-ia da execução integral do contrato, porque este pode originar também obrigações 'anteriores' ao início do trabalho, como quando as partes se obrigam a criar uma relação de trabalho futura ou 'posteriores' à cessação do trabalho, como no caso das cláusulas de não concorrência.

'A oportunidade dessa distinção resultaria de que a maioria das normas do Direito do Trabalho se refere a prestações do trabalho, dependendo sua aplicabilidade mais das modalidades concretas dessa prestação do que do teor das cláusulas contratuais e a que, em certos casos, tais normas prescindem até mesmo da existência e validade de um contrato, sendo aplicáveis mesmo no caso de que seja considerado nulo, como acontece quanto ao direito à justa retribuição e quanto às leis relativas ao trabalho das mulheres e dos menores. 'Daí a teoria chamada de 'contrato-realidade', segundo a qual a relação de trabalho se origina da prestação dos serviços, e não do acordo abstrato de vontades. Os partidários dessa teoria reconhecem que a prestação de trabalho implica uma conformidade de vontades, mesmo apenas presumida, tanto da parte de quem o presta como da parte de quem o recebe. Mas insistem em que, no caso de contrato nulo, a relação de trabalho pode produzir por si mesma alguns efeitos importantes ainda que não tenha origem contratual. Aqui há flagrante erro: houve, se não um fundamento, pelo menos uma origem contratual, mas, dada a invalidade do contrato, havia necessidade de restituir as partes à situação anterior. Ora, isso não sendo possível, em virtude de já ter sido prestado o trabalho, a consequência lógica seria a indenização desse trabalho. Aliás, o pagamento de salários se justifica, na hipótese de um contrato nulo, com o recurso à teoria do enriquecimento ilícito. Tanto isso é verdade que, por exemplo, a aplicação exige um contrato válido, ou, pelo menos, que tenha sido exercido 'como válido'.

'Semelhante à teoria do 'contrato-realidade' é a do 'ato-condição' segundo a qual o engajamento (embauchage) 'constitui o ato originário, essencial, base de todas as situações jurídicas' ('Direito Social Brasileiro', 4ª ed., São Paulo. 1957. t. II, pág. 36).

Nota 504: Em seu estudo sobre contrato de trabalho incluído na obra coletiva intitulada 'Instituições de Direito do Trabalho', que publicou conjuntamente com Arnaldo Süssekind e José de Segas Vianna, ao expor o tema relação de trabalho e contrato de trabalho diz, com o subtítulo contrato-realidade: 'Há quem, admitindo, embora, a existência do contrato. Entenda, no entanto, que a relação jurídica de trabalho somente se forma com a prestação efetiva do serviço em determinada empresa: o contrato de trabalho seria um contrato-realidade, exigindo as 'condições reais da prestação de serviço'. Como salienta, porém. Renato Corrado, 'se o objeto do contrato de trabalho for ilícito, não poderão surgir efeitos jurídicos da prestação real ainda que lícita em si mesma'. Por outro lado, o não-cumprimento das obrigações contratuais produz consequências jurídicas mesmo quando não tenha chegado a haver prestação efetiva de trabalho. Não podemos acolher a opinião de De La Cueva de que a ação do empregado para a cobrança dos salários após a celebração do contrato, sem que haja prestação real, não constitui 'aplicação do Direito do Trabalho'. Tal ação, no direito brasileiro, teria fundamento em disposição expressa na Consolidação (art. 4º), considerando-se como de serviço efetivo o período em que o empregado fica à disposição do empregador, por força do contrato. Suponhamos, ainda, a hipótese de um contrato por prazo certo a que o empregador se tivesse negado a dar cumprimento. Não teria havido prestação efetiva, nem inserção do trabalhador na empresa. Mas, porque o contrato produz efeitos jurídicos, porque dele resulta uma 'relação de direito', que outra não é senão a relação jurídica de trabalho, inegável seria, nesse caso, o direito do empregado à indenização prevista no art. 479 da Consolidação. E a ação constituiria, aí, fora de qualquer dúvida, aplicação do Direito do Trabalho' ('Instituições de Direito do Trabalho', Rio de Janeiro, 1957, vol. I, pág. 264).

Nota 505: Ao descrever o conceito de relação de trabalho, depois de transcrever as definições de Pérez Botija e Pala, acrescenta: 'Outra, bem diferente por certo, é a posição de De La Cueva, que substitui a denominação de

contrato pela de contrato-realidade 'porque existe não em virtude do acordo abstrato de vontades, mas da realidade da prestação do serviço, e porque é o fato mesmo do trabalho e não o acordo de vontades o que determina sua existência'. Partindo de tal conceito chega a definir a relação de trabalho como 'o conjunto de direitos e obrigações que derivam, para trabalhadores e patrões, do simples fato da prestação do serviço' ('Contrato de Trabajo', Buenos Aires, 1963, t. I, pág. 119).

Nota 506: Ao expor as teses paracontratualistas diz: 'A teoria do contrato-realidade distingue, pela análise, o contrato, como acordo de vontades, da relação de trabalho, como 'conjunto de direitos e obrigações derivados da prestação de um serviço pessoal', sem chegar ao extremo separatista dos contratualistas puros e dos 'relacionistas'. É, por conseguinte, intermediária. O próprio Mario de La Cueva afirma:

'A relação de trabalho é impossível sem a concorrência da vontade do trabalhador, mas, no direito mexicano, como em outros países, existe, excepcionalmente, relação de trabalho sem e até contra a vontade do empregador (p. ex.: oriunda de normas sindicais, no México e nos EUA).

'T tecnicamente, a notável construção, por sua incontestável importância teórica e prática, merece mais algumas observações.

'Em primeiro lugar, a denominação 'contrato-realidade', composta e fidedigna, leva-nos ao exame da classificação dos contratos quanto a sua perfectibilidade: simplesmente consensuais, formais e solenes (ou solenes e não solenes). e reais, distintos entre si de referência a como e quando ficam formados, plenamente constituídos, perfeitos e acabados.

'Deixando, por ora, o aspecto formal do contrato, temos que o simplesmente consensual é perfeito e acabado no momento mesmo da junção volitiva, enquanto que o real é imperfeito pelo simples consenso, e só se faz perfeito com a entrega da coisa ou a tradição, elemento constitutivo e diferenciador (exs.: empréstimo, depósito, comodato). Embora os contratualistas realistas jamais hajam sequer imaginado equiparar o trabalho a uma coisa - trabalhar é fazer -, a sua posição lembra a do contrato real.

'Em segundo lugar, é útil ressaltar que a perfeição contratual não se confunde com eficácia. O contrato pode ser perfeito e não ter eficácia, no sentido de execução, o que ocorre, p. ex., quando os contratantes estipulam termo suspensivo ou inicial. No fundo, portanto, a concepção do 'contrato-realidade' faz lembrar a de um contrato com elemento essencial suspensivo ou inicial.

'Em terceiro: o contratualismo realista não nega a existência do contrato sem trabalho, e sim que não é de trabalho. Sem este, é civil, e, por consequência, não sujeito ao Direito do Trabalho. Enfim, como afirmamos, a teoria em tela somente admite a caracterização do contrato de trabalho quando, começada a sua execução, com a prestação de serviços, a subordinação passa realmente a existir. Sem a dinamização contratual, posterior à criação vinculativa, não há empregado nem empregador' ('Compêndio Universitário de Direito do Trabalho', São Paulo, 1972, t. I, pág. 234).

Nota 507: Em um artigo especialmente dedicado ao assunto, critica duramente o uso da expressão e o significado a ela atribuído. Começa por assinalar a curiosa dicotomia a que se chega na ordem da classificação dos contratos. 'Um contrato é consensual ou não o é. Não pode ser e deixar de ser consensual. Se produz efeitos solo consensu, não depende de nada mais para aperfeiçoar-se. Se somente se torna perfeito com determinado agir de uma das partes, não é contrato até que se realize o fato ao qual se condicionou seu aperfeiçoamento. A própria denominação de contrato-realidade dá idéia de que os que a introduziram tinham em mente a distinção clássica entre contratos consensuais e contratos reais. Evidentemente o contrato de trabalho não pressupõe a tradição de uma coisa e, por isso, não seria possível qualificá-lo como um contrato real mas, no fundo, a idéia é a mesma. Com a expressão contrato-realidade quer-se significar que o contrato de trabalho somente se forma por completo quando o trabalhador ocupa na empresa o lugar que lhe tenha sido designado. Dentro do conceito referido este agir é tão necessário para seu aperfeiçoamento como a entrega da coisa nos contratos reais. Mas do mesmo modo que nestes a tradição não se produz em cumprimento de uma obrigação que somente poderia derivar do contrato já concluído, naquele a ocupação do posto na empresa não resulta de uma obrigação contratual, pois se disse que é uma condição para que o contrato, em seu sentido de relação jurídica de formação bilateral, torne-se perfeito e acabado. Mas se o contrato produz efeitos antes e independentemente do agir do trabalhador é falsa a tese de sua chamada realidade. O próprio autor mexicano admite que, se o patrão não cumprir a obrigação contraída de admitir o trabalhador na empresa, poderá ser condenado ao pagamento dos salários durante o tempo em que fique ele sem trabalhar. Esta consequência indica que existe contrato definitivo e não simples promessa de contratar.

'A desarticulação do contrato de trabalho pela separação arbitrária de seus aspectos subjetivo e objetivo, praticada pelos adeptos do contrato-realidade, conduz também à inconseqüência de submeter a mesma relação jurídica a dois regimes diversos. O contrato de trabalho se regeria até certo momento pelo Direito Civil, e daí em diante, pelo Direito do Trabalho. O que se passa é que os autores que limitam o âmbito do Direito do Trabalho ao fato da prestação efetiva do trabalho em uma empresa abandonaram a idéia de contrato. Os corifeus dessa idéia do contrato-realidade são anti-contratualistas sem o saber. Aceitam as premissas estabelecidas pelos que negam a contratualidade do vínculo de trabalho mas retrocedem diante da conclusão inevitável.

'A inconseqüência de De La Cueva, de não chegar às conclusões a que chegaram Molitor e Scelle, apesar de ter admitido suas premissas, o teria levado a duas afirmações inaceitáveis: 1: existe uma diferença essencial entre o contrato de trabalho e os contratos de direito civil; 2: é a prestação do serviço e não o acordo de vontades que determina a existência do contrato de trabalho.

'Com respeito ao primeiro, o contrato de trabalho é um negócio jurídico entre particulares, submetido, por conseguinte, a princípios comuns aos contratos de direito privado. O fato de que tenha por objeto regular a atividade humana; a particularidade de estar regido, na atualidade, por maior número de regras imperativas, as crescentes limitações à liberdade de contratar e o modo especial pelo qual se forma na grande indústria não afetam a sua essência. Segundo De La Cueva a diferença radica em que, no direito civil, o contrato não está ligado a seu cumprimento, entretanto a relação de trabalho não fica completa se não for através de sua execução.

'Se com essa observação se quis dizer que o contrato de trabalho somente se torna perfeito e acabado com o agir de uma das partes, somente se teria negado seu consensualismo.

'Se com ela se pretendem assinalar que certos direitos e obrigações das partes somente se tornam exercitáveis e exigíveis depois que uma delas começa a cumprir a principal obrigação que contraiu, o contrato de trabalho não apresenta nenhuma particularidade especial. É a aplicação do princípio da postnumeratio, a que estão sujeitos outros contratos do direito comum. Na locação de coisas, por exemplo, o direito do proprietário de cobrar o aluguel somente se torna exigível depois do transcurso do período convencionado pelas partes como unidade de tempo sobre a qual foi calculado o preço fragmentado da locação.

'Se se refere a que os preceitos da legislação especial do trabalho somente se aplicam quando uma das partes - o trabalhador - começou a cumprir a obrigação contraída, isso tampouco constitui uma peculiaridade do contrato de trabalho, pois outros contratos civis também têm seus efeitos específicos vinculados ao cumprimento da obrigação contraída por uma das partes. No contrato de arrendamento, o aluguel corre desde o momento em que o locador põe à disposição do arrendatário o uso do local.

'Com respeito ao segundo, considera igualmente inexata a afirmação de que a existência do contrato de trabalho não depende do acordo de vontades, mas da prestação do serviço. O contrato de trabalho se aperfeiçoa a partir do momento em que as partes consentem. Pelo acordo de vontades, constituem a relação jurídica auto-regulando seus interesses. A existência da relação de trabalho está determinada necessariamente pelo acordo de vontades. Atribui-la à prestação do serviço é distorcer o conceito de relação jurídica. Se ela é um vínculo estabelecido entre duas ou mais pessoas ao qual a lei atribui efeitos jurídicos, é evidente que não pode ter como causa determinante de sua existência um de seus efeitos. O contrato de trabalho é um fato jurídico lato sensu, que estabelece entre duas partes um vínculo pelo qual direitos e obrigações específicos se constituem em uma relação jurídica típica. Entre as obrigações que emanam desse negócio jurídico se destaca, precisamente, a que contraiu uma das partes e que tem por objeto a prestação dos serviços. Tal obrigação é um dos efeitos do contrato. Como é possível, então, subordinar a ela a existência deste?

'Por último, dizer que a existência de um contrato não está determinada pelo acordo de vontades é negar o próprio conceito de contrato. O que ocorre nos contratos reais é que o acordo é insuficiente para dar vida à relação. Exige-se algo mais. Porém esse algo mais não determina a existência do contrato, pois, se existisse sem o acordo, a relação não seria contratual. Não se pode afirmar que o contrato de trabalho dependa, para existir, de sua execução ou de qualquer fato, pois produz efeito tão logo tenha lugar o acordo de vontades' ('El contrato de trabajo como contrato-realidad', na revista 'Gaceta del Trabajo', 1962, t. II, pág. 451).

Nota 508: Formula diversas críticas a esta expressão: 1: provêm da teoria alemã sobre a relação de trabalho, que começou a ser divulgada em virtude dos ataques de Gierke e Nikisch ao projeto de Código Civil alemão e está relacionada com toda a teoria da incorporação, instalação e engajamento que são expressões sem colorido jurídico; 2: esta teoria está vinculada a ideologias e sistemas políticos repudiados. A teoria da relação de trabalho, divulgada por Pothöft, Siebert, etc., recebe marcadamente a influência das idéias pré-nazistas desenvolvidas na Europa antes da I Guerra Mundial; 3: a denominação é imprópria porque da execução de todo contrato emana sempre uma relação. Entre os componentes de uma sociedade se cria uma relação social; entre os condôminos uma relação dominial; no mútuo, uma relação creditícia, etc. Por que então se utiliza a expressão relação de trabalho para distinguir uma coisa nova e, sem dúvida, diferente?; 4: a tese é artificial, porque sua validade depende da existência de uma comunidade. Pois bem, o trabalho subordinado somente em uma parte limitada se cumpre no âmbito das grandes formações empresariais. Nem sempre o serviço é prestado em comunidades. Sem violentar o sentido das palavras não se pode dar o caráter de comunidade à pequena oficina, cujo chefe contrata um operário para que o ajude.

Acredita ser errônea a afirmação de De La Cueva, segundo a qual a prestação efetiva do serviço é indispensável para a aplicação do Direito do Trabalho uma vez que, sem prestação do serviço, pelo simples fato de estar à disposição, se aplica toda ou quase toda a legislação do trabalho. Quando um trabalhador está à disposição do patrão, esperando, às vezes dias, receber suas ordens, se cumprem nesse caso, apesar de não existir prestação efetiva do serviço, todas as leis que regulam o trabalho subordinado e protegem a pessoa do trabalhador.

Fundamentando sua opinião, acredita que, em virtude do contrato de trabalho, 'o trabalhador assume simplesmente a obrigação de permanecer continuamente à disposição do empregador e o contrato de trabalho propriamente dito coloca, por isso mesmo, como os demais contratos, nada mais que problemas relativos a sua forma, à capacidade das partes, ao consentimento, a sua rescisão, etc. Todo o mais, a maneira de prestar o serviço, os horários, os descansos, as férias, etc., os atos materiais relacionados com a realização do trabalho, integra a relação de trabalho que se estabelece, como se vê, pela efetiva prestação do serviço. Essa relação é mais importante do que o contrato como fenômeno próprio das grandes sociedades contemporâneas, do mesmo modo que num plano inferior é mais importante o trânsito do que o contrato de transporte ou o espetáculo, que a venda da entrada permite assistir. Para ser mais claro, poder-se-ia dizer que não se deve confundir o contrato, que é uma simples operação jurídica, com o trabalho ou a efetiva prestação de serviços, porque isto é um fato que afeta a comunidade e que esta pode e deve regular' ('El llamado contrato-realidad', na revista 'Derecho Laboral', t. XV, pág. 5). Apesar do tom inflamado dessa crítica, Bado, em artigo recente e muito interessante, ressaltou que 'a diferença pode derivar para uma questão puramente terminológica pois De Ferrari se mostrava partidário de apreciar o trabalho 'como fato', com todas as suas implicações metacontratuais, o que, na prática, faz com que os enfoques costumem coincidir' (Washington Bado: 'Arrendamiento de obra y de servicios y contrato de trabajo. Situaciones marginales', na revista 'Derecho Laboral', t. XVIII, pág. 67).

Nota 509: Op. cit., pág. 281.

Nota 510: Capítulo sobre 'Irrenunciabilidade e Fraude à Lei', na obra 'Instituições de Direito do Trabalho', publicada pelo autor conjuntamente com Délio Maranhão e José Segadas Vianna, t. I, pág. 254.

Nota 511: Op. cit., pág. 152.

Nota 512: Mario L. Deveali: 'Cesión del negocio y cesión del personal', na revista 'Derecho del Trabajo', 1953, pág. 110.

Nota 513: Mario L. Deveali: 'La empresa y las relaciones de trabajo', na revista 'Derecho del Trabajo', 1953, pág. 337.

Nota 514: Op. cit., t. I, pág. 392.

Nota 515: Convém deixar claro que em um estudo publicado na 'Revista de la Facultad de Derecho', t. XX, pág. 331, correspondente a julho-dezembro de 1969, com o título 'El contrato de trabajo como contrato-realidad', relatamos a origem da expressão contrato-realidade, assim como os comentários que havia suscitado, sem ocultar as críticas formuladas, para assinalar o duplo significado que possuía e destacar e enfatizar o segundo significado ao qual nos queríamos referir e ao qual atribuíamos uma grande importância.

Agora nos convencemos de que, além desse trabalho de esclarecimento, devemos utilizar uma denominação que, por si mesma, exclua os equívocos.

Nota 516: Helios Sarthou: 'Las deudas del contrato de trabajo y la enajenación de empresas en el derecho uruguayo', na 'Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración', t. LXV, pág. 179.

Nota 517: Nossa jurisprudência acolheu alguns casos de contratos de trabalho absolutamente simulados com o objetivo de facilitar o ingresso no país de imigrantes espanhóis que, para poderem sair de sua pátria, necessitavam exibir um contrato de trabalho. Ao chegar ao Uruguai pretenderam exigir da empresa que lhes havia feito o favor de firmar o contrato, seu cumprimento efetivo. Vejam-se os acórdãos publicados em 'La Justicia Uruguaya', como Caso n. 236, t. I, pág. 349, e na revista 'Derecho Laboral', como Caso n. 146, t. XI, pág. 13.

Nota 518: D. Clark: 'The Law of the Employment of Labour'.

Nota 519: 'El Contrato de Trabajo', Madri, 1945, pág. 47.

Nota 520: 'La Simulación y el Fraude a la Ley en el Derecho del Trabajo', Barcelona, 1958, pág. 330.

Nota 521: Op. cit., pág. 474.

Nota 522: Kaskel-Dersch: 'Derecho del Trabajo', Buenos Aires, 1961, pág. 37.

Nota 523: 'Estudos de Direito do Trabalho', São Paulo, 1971, pág. 242.

Nota 524: Ludovico Barassi: 'Tratado de Derecho del Trabajo', ed. espanhola, Buenos Aires, 1953, t. fl. pág. 239.

Nota 525: Amauri Mascaro Nascimento: 'Curso de Direito do Trabalho', São Paulo, 1989, pág. 217.

Nota 526: Luiz de Pinho Pedreira: 'Principiologia do Direito do Trabalho', São Paulo, 1997, pág. 181.

Nota 527: Francisco de Ferrari: 'El trabajo como hecho', na revista 'Derecho Laboral', t. III, pág. 139. Pode-se encontrar o mesmo desenvolvimento em 'Lecciones de Derecho del Trabajo', t. III, pág. 12.

Nota 528: Recordemos a teoria do 'contrato conformante do trabalho', exposta pelos autores alemães Siebert, Rhode e Mansfeld e criticada por D'Eufemia: 'Nozioni generali sul contratto individuale di lavoro', no 'Tratatto di Diritto del Lavoro', dirigido por Borsi e Pergolesi, t. I, pág. 110. Mais recentemente Camerlynck expôs de outra forma a mesma idéia, ao destacar o significado do contrato de trabalho para estabelecer uma última adaptação do estatuto individual do trabalhador, mediante a determinação da qualificação e a remuneração correspondente: 'Contrat de travail', págs. 22 e segs., no t. I do 'Traité de Droit du Travail', dirigido pelo mesmo Camerlynck.

Nota 529: Pode-se citar a posição coincidente de Camerlynck que, ao analisar a jurisprudência referente à subordinação jurídica - que equivale a dizer, a referente à existência do contrato de trabalho -, exprime: 'Se se procede a uma análise sistemática e minuciosa das numerosas decisões prolatadas nesta matéria, percebe-se que os juízes, sem se fiarem necessariamente na qualificação das partes ou em sua ausência, às vezes levam em consideração os elementos de fato mais diversos, amiúde posteriores à conclusão do contrato e caracterizadores de suas condições de execução, para concluir, por via de presunções, pela existência de um vínculo de Subordinação jurídica'. E em uma nota de rodapé precisa: 'O juiz, no caso de dúvida, dará não obstante um valor probatório ao acordo escrito das partes, estando obrigado quem nega a trazer a prova contrária (por todos os meios, se se trata de um trabalhador)' (op. cit., pág. 51).

Nota 530: Veja-se o fundamento e alcance do princípio da boa-fé no livro do Dr. Alberto Reyes Terra: 'El Principio de la Buena Fe en la Práctica Judicial Civil', Montevideu, 1969, págs. 1 a 38.

Nota 531: G. Radbruch: 'Introducción a la Ciencia del Derecho', Madri, 1930, pág. 114.

Nota 532: Acórdão da 'Sala 1º del Trabajo', na revista argentina 'Derecho Laboral', março de 1967, pág. 66.

Nota 533: Jorge Gamarra: 'Tratado de Derecho Civil Uruguayo', Montevideu, 1970, t. XI, págs. 200 e segs.

Nota 534: Poderíamos citar diversos exemplos. Recordemos alguns parágrafos de diferentes autores, pertencentes a diversas disciplinas jurídicas. Ainda que se refiram preferentemente ao tema das empresas multinacionais, interessam porque mostram critérios coincidentes a respeito da primazia da realidade sobre a formalidade.

Em direito civil, Messineo: 'A desconformidade entre a realidade e a aparência, que é característica da figura da simulação, se encontra precisamente em que a sociedade mãe quer se valer de um instrumento que, sob a aparência de pessoa jurídica autônoma, continua sendo a mesma pessoa da sociedade mãe. Será necessário, então, quebrar esta ficção por meio da reabsorção da sociedade filha na sociedade mãe, já que a filial é apenas uma projeção ilusória da sociedade mãe'. Em direito comercial, Garrigues: 'No caso de demonstrar-se que a sociedade dominada constitui uma mera aparência de sociedade, atrás da qual se oculta a sociedade dominante, e que esta sociedade interposta se utiliza, para evitar o cumprimento dos contratos e reduzir a própria garantia, frente a terceiros, os tribunais terão que afastar os obstáculos jurídicos formais, estabelecendo a relação de responsabilidade entre ambas as sociedades' ('Formas sociales de uniones de empresas', na 'Revista de Derecho Mercantil', vol. III, n. 7, janeiro-fevereiro de 1947).

Em direito tributário, Garcia Mullin: 'O direito tributário possui elementos que lhe permitem uma análise realista do negócio indireto, passando por cima do que as partes tenham simulado, ou hajam estruturado artificialmente e atendendo primordialmente à finalidade ulterior e determinante do negócio' ('Impuesto a las Herencias', Montevideu, 1969, pág. 41).

Em direito econômico, Monica D. Cohen de Roimiser: 'Consideramos imprescindível evitar que os mecanismos que o direito nos oferece sejam usados de forma distorcida e com o objetivo de prejudicar terceiros de boa-fé. Cremos que, para a solução de cada caso, o mais importante é evitar um divórcio entre a realidade econômica e a jurídica' ('La concentración de empresas: fenómeno de nuestro tiempo', na revista argentina 'La Ley', de 23.12.71). Em direito agrário, Gelsi Bidart: 'Em direito agrário se considera fundamental, pelo caráter protecionista ou tuitivo de suas normas, que se dê preferência à realidade efetiva diante da estruturação jurídica, ainda que adotada pelas partes e mesmo nos casos em que não houve, stricto sensu, simulação ou mera aparência (o que tem todo o direito leva a dar preferência à realidade subjacente, isto é, a tratar a que

existe conforme às normas que, para ela, tenham sido estabelecidas' ('Segunda reflexión sobre principios de derecho agrario', em LJU, t. LXXII, pág. 36, Seção 'Doutrina'). Este último autor, inclusive, chega a se perguntar no mesmo trabalho: 'O princípio da realidade não é um princípio geral no direito? Que outra coisa significa em direito a aceitação geral de que não importa tanto a denominação (a coisa não se faz pelo nome) quanto o estabelecido realmente pelos contratantes? Em direito processual não importa a invocação do direito, e sim se a situação colocada fica - ou não - enquadrada no ordenamento jurídico; o progressivo abandono da exclusividade do princípio dispositivo e a consagração do processo como estrutura na qual atuam por igual, três sujeitos principais, levam ao abandono da velha (e sempre errada) distinção entre verdade formal (processo civil) e verdade material (processo penal)'.

Nota 535: José Martins Catharino: 'Contrato de Trabalho', São Paulo, 1964, pág. 207.

Nota 536: 'El llamado contrato-realidad', na revista 'Derecho Laboral', t. XV, pág. 20.

Nota 537: Juan Carlos Fernández Madrid: 'Tratado Práctico de Derecho del Trabajo', Buenos Aires, 1989, t. I, pág. 261.

Nota 538: Op. cit., pág. 175.

Nota 539: 'Jurisprudencia Abadie' - Santos, t. VI, pág. 597. Caso jurisprudencial n. 2.229.

Nota 540: LJU. Caso n. 45, t. I, pág. 58.

Nota 541: LJU. Caso n. 180, t. I, pág. 258.

Nota 542: Revista 'Derecho Laboral'. Caso n. 33, t. II, pág. 399.

Nota 543: Revista 'Derecho Laboral', Caso n. 70, t. V, pág. 329.

Nota 544: LJU, Caso n. 3.463, t. 23, pág. 360.

Nota 545: Revista 'Derecho Laboral', Caso n. 187, t. XIII, pág. 58.

Nota 546: LJU, Caso n. 5.599, t. 45, pág. 45.

Nota 547: Revista 'Derecho Laboral', Caso n. 194, t. XIII, pág. 224.

Nota 548: Na sentença n. 76 lavrada nos autos 'N.S. com H.N.'. Segundo temos entendido, este acórdão não foi publicado.

Nota 549: LJU, Caso n. 6.609, t. 54, pág. 105, e revista 'Derecho Laboral', Caso n. 215, t. XIV, pág. 252.

Nota 550: LJU, Caso n. 7.459, t. LXII, pág. 351.

Nota 551: LJU, Caso n. 7.481, t. LXIII, pág. 48. Esta sentença, lavrada nos autos 'Frade, Ramón Pablo contra Mariskonea S.A.', apresenta o interesse de haver iniciado neste Tribunal uma corrente de jurisprudência que a Sala manteve invariavelmente, em que pese a variedade de seus integrantes.

Nota 552: Revista 'Derecho Laboral', Caso n. 212, t. XIV, pág. 208.

Nota 553: LJU, Caso n. 7.094, t. LIX, pág. 141.

Nota 554: LJU, Caso n. 7.882, t. LXVI, pág. 222.

Nota 555: Decisão colhida nos autos 'Coppola Bonomi, Ulises c/ Bigain. - Cobrança de Salários'. Não temos conhecimento de que se haja publicado a decisão.

Nota 556: LJU, Caso n. 7.264, t. LXI, pág. 48.

Nota 557: LJU, Caso n. 7.387, t. LXII, pág. 117.

Nota 558: LJU, Caso n. 8.215, t. LXIX, pág. 400.

Nota 559: LJU, Caso n. 8.284, t. LXX, pág. 143.

Nota 560: 'Anuario de Jurisprudencia Laboral 1994-1995', Caso n. 1.015.

Nota 561: 'Anuario de Jurisprudencia Laboral 1994-1995', Caso n. 1.016.

Nota 562: 'Anuario de Jurisprudencia Laboral 1994-1995', Caso n. 1.017.

Nota 563: 'Anuario de Jurisprudencia Laboral 1994-1995', Caso n. 1.018.

Nota 564: 'Anuario de Jurisprudencia Laboral 1994-1995', Caso n. 1.020.

Nota 565: 'Anuario de Jurisprudencia Laboral 1994-1995', Caso n. 1.021.

Nota 566: 'Anuario de Jurisprudencia Laboral 1994-1995', Caso n. 1.023.

Nota 567: 'Derecho del Trabajo', 12ª ed., Madri, 1991, pág. 199.

Nota 568: Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão e Segadas Vianna: 'Instituições de Direito do Trabalho', LTr, São Paulo, 1993, pág. 220.

Nota 569: 'Principiologia do Direito do Trabalho', LTr, São Paulo, 1997, pág. 191.

Nota 570: 'Los Principios del Derecho del Trabajo y su Proyección en el Derecho Procesal', Santa Fe, 1997, pág. 69.

Nota 571: Acórdão de 23.7.76, da Corte Suprema de Justiça da Nação, publicado em 'Trabajo y Seguridad Social', Buenos Aires, 1976, pág. 334.

Nota 572: Sentença da Sala III da Câmara de Apelações do Trabalho, de 23.4.92, publicada na revista 'Derecho del Trabajo', 1992-A, pág. 1043.

Nota 573: Acórdão da Suprema Corte da Província de Buenos Aires, de 18.2.86, publicado na revista 'Carpetas D. T.', n. 2.881.

Nota 574: Sentença da Sala I da Câmara de Apelações do Trabalho, de 28.6.91, publicada na revista 'Carpetas D. T.', n. 3.350.

Nota 575: Sentença do Tribunal de Trabajo de Morón, de 7.10.85, publicada na revista 'Carpetas D.T.', n. 2.467.

Nota 575 bis: Sergio Gamonal Contreras: 'Introducción al Derecho del Trabajo', Santiago do Chile, 1998. pág. 177.

Nota 576: Deveali, em uma anotação de jurisprudência, na qual citava múltiplos casos, afirma: 'Cabe presumir que as partes reconheceram implicitamente a faculdade patronal de modificar o horário inicialmente pactuado, dentro dos limites legais e de acordo com o costume e as necessidades da empresa, sempre que tal modificação não alterasse substancialmente a obrigação a cargo do empregado, tornando-a muito mais onerosa do que este razoavelmente poderia presumir no momento de estipular o contrato de trabalho' ('Sobre la facultad patronal de modificar el horario de trabajo', na revista 'Derecho del Trabajo', 1948, pág. 240).

Monzon, em outra anotação posterior, reproduz essa frase utilizada por várias decisões: 'É faculdade do empregador distribuir as tarefas do pessoal de acordo com um critério racional de trabalho, dentro do estabelecimento' (Sala I, 24.3.54; Sala IV, 21.4.49 - 'En torno al jus variandi', em 'Derecho del Trabajo', 1956, pág. 142).

Nápoli, referindo-se também ao jus variandi, diz que o empregador, ao exercitá-lo, deve agir com prudência e boa-fé, tratando de conciliar razoavelmente os legítimos interesses da empresa, dos trabalhadores interessados e da sociedade' ('Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social', 2ª ed., Buenos Aires, 1971, pág. 113).

Nota 577: Luis Recassens Siches, 'Introducción al Estudio del Derecho', Editorial Porrúa, México, 7ª ed., 1985, pág. 252.

Nota 578: Chaim Perelman. 'Le Raisonable et le Deraisonable en Droit', LGDJ, Paris, 1984, pág. 19.

Nota 579: 'Princípios do Direito do Trabalho', pág. 152.

Nota 580: 'Acórdãos da Corte Suprema' 98-20-171-348.

Nota 581: Já temos expressado que o fato de serem princípios próprios do Direito do Trabalho não significa necessariamente que todos sejam diferentes de todos os que inspiram os outros ramos do direito. Ou seja, não há por que serem absolutamente exclusivos. Mas, como conjunto, devem configurar um elenco que não se reproduz da mesma forma, nas demais disciplinas jurídicas (veja-se supra n. 10).

Nota 582: 'La Constitución Nacional', Montevideo, 1946, t. II, pág. 159.

Nota 583: Juan Francisco Linares: 'Razonabilidad de las Leyes. El 'Debido Proceso' como Garantía Innominada en la Constitución Argentina', Buenos Aires, 1970.

Nota 584: É curioso assinalar a proximidade entre o conceito de princípio e o de standard. Roscoe Pound descreve o standard como 'uma regra muito geral de conduta, suscetível de adaptar-se às particularidades de cada hipótese determinada'. Linares define-o, ao contrário, como 'uma fórmula legal pela qual se coloca como antecedente ou conseqüente na norma jurídica um objeto cultural ergológico (p. ex., boa-fé, justo e razoável, etc.) ou um objeto cultural não ergológico cuja conotação conceitual deixa ao órgão aplicador da norma um amplo arbítrio' (op. cit., pág. 25).

Nota 585: Carl Schmidt: 'Teoría de la Constitución', Madri, 1964, pág. 162.

Nota 586: Este artigo, inspirado por Alberdi, diz textualmente: 'Os princípios, garantias e direitos, reconhecidos nos artigos anteriores, não poderão ser alterados pelas leis que regulam o seu exercício'.

Nota 587: Carlos Fontán Balestra: 'Tratado de Derecho Penal', 1956, t. II, pág. 144.

Nota 588: Ricardo C. Nuñez: 'Derecho Penal. Parte General', Buenos Aires, 1959, t. I, pág. 371.

Nota 589: Justamente, Roberto A. Terán Lomas denomina um ilustrativo comentário sobre o particular, da seguinte maneira: 'Racionalidad del Medio y Exceso', na revista 'La Ley' de 1º.2.68.

Nota 590: Angel Landoni Sosa, 'Principio de razonabilidad, sana crítica y valoración de la prueba', na 'Revista Uruguaya de Derecho Procesal', n. 1/97, pág. 97.

Nota 591: Ressalta Linares que é evidente a resistência dos juízes estadunidenses e, em particular, da Suprema Corte Federal, para dar uma definição do conceito do due process em seu aspecto substantivo - que o autor identifica com a garantia de racionalidade -, resistência que se justifica pelo perigo de fechar o caminho a possíveis variações do mesmo (op. cit., pág. 27).

Nota 592: Op. cit., pág. 124.

Nota 593: Op. cit., pág. 258.

Nota 594: Op. cit., pág. 141.

Nota 595: Revista jurídica 'La Ley', de 19.8.49. Pode-se ler também um resumo e comentário dessa posição na nota de Jorge Macri intitulada 'Pseudocontratistas y dependencia mediata', na revista 'Derecho del Trabajo', 1952, págs. 402 e segs.

Nota 596: 'El contratista en el ámbito del derecho laboral', na revista 'Derecho del Trabajo', 1958, págs. 57 e segs.

Nota 597: 'Los pseudo contratistas y la burla a la Ley n. 11.729', na revista 'Derecho del Trabajo', 1944, pág. 575.

Nota 598: Em um artigo publicado na revista uruguaia 'Derecho Laboral', sob o título 'Criterios prácticos de distinción entre el corredor a comisión empleaelo y al autónomo' (t. II, pág. 379), que teve ampla acolhida em nossa jurisprudência, mencionávamos uma série de critérios; mas não este. Novas reflexões sobre o assunto nos levaram a pensar que também o critério que estamos expondo deveria ser incluído.

Nota 599: É o caso de Pérez Botija: 'El Derecho del Trabajo. Concepto. Substantividad y Relaciones con las Restantes Disciplinas Jurídicas', Madri, 1947, pág. 156, e 'Curso de Derecho del Trabajo', Madri, 1948, pág. 96; de Menéndez Pidal: 'Derecho Social Espanol', Madri, 1952, t. I, pág. 96; de Hernainz Márquez: 'Tratado Elemental de Derecho del Trabajo', Madri, 1969, pág. 89; de Cabanellas: 'Introducción al Derecho Laboral', Buenos Aires, 1961, t. I, pág. 564; de Tissembaum: 'La constitucionalización y codificación del Derecho del Trabajo. Sus fuentes e interpretación', no 'Tratado de Derecho del Trabajo', dirigido por Deveali, Buenos Aires, 1964, t. I, pág. 400; de Borrajo Dacruz: 'Introducción al Derecho Español del Trabajo', Madri, 1969, t. I, pág. 192; e de Almansa Pastor: 'Los principios generales del derecho en las fuentes normativas del Derecho del Trabajo', en 'Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo', n. 3, junho de 1972, pág. 28.

Nota 600: Tissembaum chama-o justamente de princípio complementar ou concorrente.

Nota 601: Já citamos a frase de Couture, expressa no artigo publicado em 1941: 'O procedimento lógico de corrigir desigualdades é o de criar outras desigualdades' (ver nota 101).

Nota 602: Como se terá percebido pela enumeração contida na nota 468, quase todos os autores que aceitam esse princípio são espanhóis e se baseiam em normas do direito positivo de seu país: a Declaração XI do Fuero del Trabajo, que afirma que a produção nacional constitui uma unidade econômica a serviço da Pátria, ficando todos os seus fatores subordinados ao supremo interesse nacional, considerando-se delitos todos os atos individuais ou coletivos que atentem contra ela. Também dispõe que será sancionada toda diminuição dolosa no rendimento do trabalho.

Nota 603: Justamente esta razão é que leva Manoel Alonso García - que é um dos autores que melhor desenvolve o tema dos principios próprios do Direito do Trabalho - a descartar esse pretensão princípio: 'O rendimento, em suma, é uma consequência inerente à própria relação jurídica desenvolvida em prestação e contraprestação. A nosso juízo, não há um dever especial de rendimento distinto da própria prestação que se concretiza na realização do serviço objeto do contrato' ('Derecho del Trabajo', Barcelona, 1960, t. I, pág. 262).

Nota 604: Tissembaum vincula o princípio do rendimento com a boa-fé ao dizer que é um princípio 'que tende a se consolidar com base na boa-fé das obrigações e no da eficiência da colaboração na atividade trabalhista' (op. cit., pág. 400).

Nota 605: 'El problema de las lagunas en las normas generales', na revista 'Derecho Laboral', t. XXVI, pág. 719.

Nota 606: 'Enciclopedia Juridica Omeba', t. II, pág. 404.

Nota 607: Alsina Atienza: 'Efectos Jurídicos de la Buena Fe'. Buenos Aires, 1935, pág. 4.

Nota 608: Alberto Reyes Terra: 'El principio de la buena fe, elasticidad de su aplicación en función de los intereses en juego', na 'Revista de Derecho. Jurisprudencia y Administración', t. LXXI, pág. 99.

Nota 609: Ernesto Eduardo Borge, op. cit., pág. 405.

Nota 610: 'Instituciones de Derecho del Trabajo', t. I, pág. 330.

Nota 611: 'La fidelidad y la buena fe en el contrato de trabajo', na revista 'Derecho del Trabajo', 1949, págs. 351 e segs.

Nota 612: 'La buena fe, el deber de explicarse y el aformalismo: mecanismos de impulsión del derecho colectivo laboral', em 'Jurisprudencia Argentina', 14.8.68, pág. 4.

Nota 613: Um eminente civilista brasileiro, Virgílio de Sá Pereira, diz: 'Um código é um conjunto de regras que a moral sanciona; eliminai dos textos a boa-fé e serão um conjunto de gazuas' ('Direito de Família', Rio de Janeiro, 1923, pág. 223).

'Nota 614: Veja-se supra n. 10.

Nota 615: Op. cit., pág. 167.

Nota 616: Op. cit., pág. 82.

Nota 617: Diz Pérez Botija: 'A relação de trabalho não é um negócio circunstancial nem uma fugaz transação mercantil, mas contém vinculas sociológicos pessoais e permanentes. Ainda que originada de um fato econômico, não pode resumir-se exclusivamente em direitos e deveres patrimoniais; coexistem vínculos de ordem moral e espiritual que, em uma moderna concepção do trabalho, não devemos desconhecer' ('Curso de Derecho del Trabajo', Madri, 1948, pág. 176).

Nota 618: Alberto Reyes Terra, acompanhando Dalmiro Alsina Atienza, define a boa-fé-crença (o guter glaube alemão) como a boa-fé de quem acredita agir conforme o direito, embora baseado numa crença equívoca, escusável por uma aparência enganosa' ('El principio de la Buena Fe en la Práctica Judicial Civil', Montevideu, 1969, pág. 14).

Nota 619: O mesmo magistrado define a boa-fé-probidade (o tren und glauben do direito germânico) como 'a boa-fé de quem age com o propósito sincero e leal no terreno das transações, de conformar-se às disposições do direito' (op. cit., pág. 13).

Nota 620: Borga, a quem seguimos na distinção dos dois sentidos da expressão boa-fé, acrescenta este particular esclarecedor: 'na existência ou não da boa-fé não são os elementos subjetivos os que decidem a valoração da conduta, mas a consciência axiológica da comunidade, cuja objetividade se afirma em um tipo ou modelo de agir que opera como o meridiano de toda conduta: a do homem médio ou, caso se prefira a terminologia tradicional, o bom pai de família' (op. cit., pág. 409).

Nesse mesmo sentido, Carlos Pose preconiza que a exigência da boa-fé 'estabelece uma diretriz de caráter ético que busca impedir o exercício abusivo dos direitos com a criação de uma conduta-padrão que é aprovada pela comunidade. Implica a obrigação dos contratantes de agir com probidade, como o faria uma pessoa honrada e correta, comportando-se com cautela e prudência, de modo a não induzir em erro a outra parte e abster-se de todo ato que dificulte o cumprimento das obrigações assumidas ('Anotaciones sobre el principio de la buena fe', na revista argentina 'Legislación del Trabajo', Buenos Aires, n. 360, pág. 1089).

Nota 621: Op. cit., págs. 1090 e segs.

Nota 622: 'Tratado de Derecho del Trabajo', ed. castelhana, Buenos Aires, 1953, t. II, págs. 282 e segs.

Nota 623: 'Traité de Droit du Travail', Paris, 1950, t. II, págs. 586 e segs.

Nota 624: 'Contrat de travail', por O. Camerlynck, em 'Traité de Droit du Travail', Paris, 1968, pág. 205. Conceitos análogos podem ser encontrados no 'Précis Dalloz Droit du Travail', de G. H. Camerlynck e Gérard Lyon-Caen, Paris, 1972, pág. 185.

Nota 625: Op. cit., pág. 192.

Nota 626: Op. cit., t. II, págs. 284 e segs.

Nota 627: Um dos exames mais severos da grève perlée pode ser lido no livro de J. de Hulster, 'Le Droit de Grève et sa Réglementation', Paris, 1952, págs. 52 e segs.

Nota 628: 'Traité de Droit du Travail', Paris, 1955, t. III, pág. 725.

Nota 629: 'Transformations et Significations de la Grève', em 'Efficacité', dezembro de 1953, pág. 225.

Nota 630: Nos últimos anos, dois ilustres professores uruguaios publicaram excelentes livros sobre o tema, na defesa de teses opostas. Santiago Pérez del Castillo ('El Derecho de Huelga', FCU, Montevideu, 1993: sustentou a tese restritiva, e Ricardo Montero Alvarez ('Limites al Derecho de Huelga', Ediciones Jurídicas, Amalio M. Fernández, Montevideu, 1992: expôs uma tese ampla.

Nota 631: 'Anuario de Jurisprudencia Laboral 1982-83', Caso n. 862.

Nota 632: Sentença da Dra. Rosina Rossi, 'Anuario de Jurisprudencia Laboral 1994-95', Caso n. 982.

Nota 633: 'Lecciones de Derecho del Trabajo', t. II, Montevideu, pág. 104.

Nota 634: Op. cit., t. II, pág. 407.

Nota 635: Héctor-Hugo Barbagelata. 'Manual de Derecho del Trabajo', Montevideu, 1965, pág. 274.

Nota 636: 'La interpretación ministerial sobre el despido ficto y otras questiolles', em 'Derecho Laboral', t. XXV, pág. 441.

Nota 637: 'Esperas e quitas para el pago de la indemnización? El despido ficto en la Ley 15. 180', em 'Derecho Laboral', t. XXVI, pág. 308.

Nota 638: Caso n. 59 do 'Anuario de Jurisprudencia Laboral 1984-87'.

Nota 639: Caso n. 1.014 do 'Anuario de Jurisprudencia Laboral 1980-1981'. A sentença foi publicada em 'Derecho Laboral', t. XXV, pág. 166.

Nota 640: 'Realismo y principios juridicos en el Derecho del Trabajo', na revista argentina 'Derecho del Trabajo', 1988-B, pág. 1914.

Nota 641: t. II, vol. L, Editorial Idea, pág. 160.

Nota 642: Manuel Alonso Olea: 'Igualdad y desigualdades en las remuneraciones' in 'El Salario, Estudios en Homenaje ao Prof. Américo Plá Rodriguez, Montevideu, 1987, t. I, pág. 639. Nesse mesmo volume, sob o título de 'Principio de Igualdad', são publicados vários trabalhos de importantes autores: Alexandre Berenstein ('Igual Trabajo, Igual Salario', pág. 651); Octavio Bueno Magano ('Paridad de Retribución entre el Menor y el Adulto', pág. 665); Julio J. Martinez Vivot ('La Remuneración de la Trabajadora. El Principio de Igual Remuneración por un Trabajo de Igual Valor', pág. 673); Miguel Rodriguez Piñero Bravo ('La Igualdad de Remuneración entre Trabajadores Masculino y femenino y el Art. 119 del Tratado de Roma', pág. 697).

Nota 643: Justo López, Noberto Centena e Juan Carlos Fernández Madrid, 'Ley de Contrato de Trabajo Comentada', Buenos Aires, 1987, t. II, pág. 549.

Nota 644: Sentença da Câmara Nacional del Trabajo, Sala IV, de 19.6.81, na revista argentina 'Derecho del Trabajo', ano 1988, t. XLVIII, pág. 589.

Nota 645: Vejam-se, entre outras, as sentenças do Tribunal de Apelações do Trabalho do Primeiro Turno (Caso n. 918 do 'Anuario de Jurisprudencia Laboral 1992' e n. 538 do 'Anuario 1993').

Nota 646: Na doutrina nacional, podemos destacar, de um modo geral, os estudos de Alberto Ramón Real ('Principio de Igualdad de Remuneración por Igual Trabajo', em apêndice a 'Los Principias Generales del Derecho en la Constitución Uruguaya', pág. 59), e em matéria trabalhista os artigos de Ramón Muño Fulco ('Principios de equiparación salarial', na revista 'Derecho Laboral' t. XXIV, pág. 766 e 'El principio de igualdad y las fuentes del Derecho del Trabajo', em 'Treinta y Seis Estudios sobre las Fuentes del Derecho del Trabajo', FCU, Montevideu, pág. 35). Em matéria de discriminação por motivo de sexo, é importante indicar os trabalhos de Marta Márquez Garmendia, entre os quais um dos mais representativos é 'La discriminación de la mujer en materia de salario en el Uruguay', na revista 'Derecho Laboral', t. XXIX, pág. 471).