

O PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO DO TRABALHADOR E A REDAÇÃO DO ITEM II DA SÚMULA 448 DO TST

A CORTE TRABALHISTA LEGISLANDO?

Landial Moreira Junior¹

Norma Sueli Padilha²

Resumo: A Corte Trabalhista consolidou sua jurisprudência no sentido de que a higienização de instalações sanitárias de uso público ou coletivo de grande circulação, e a respectiva coleta de lixo, enseja o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, pois incidiria, no caso, o disposto no Anexo 14 da Norma Regulamentadora nº 15, da Portaria nº 3.214/78 quanto à “coleta e industrialização de lixo urbano”. No entanto, muito se discute acerca dessa nova roupagem conferida a Súmula 448. Em que pese posicionamentos contrários, onde acusam o TST de ativismo judicial, entendemos que sua interpretação está em consonância com a Teoria da Integridade do Direito, criada por Ronald Dworkin, onde se afasta a discricionariedade do magistrado e propõe uma interpretação jurídica observando-se o conjunto de regras e princípios, pautada pela busca de soluções mais justas e adequadas para os conflitos. Ademais, impe-

¹ Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Bacharel em Direito pela Faculdade Novos Horizontes (2015). Atualmente é pesquisador do Programa de Apoio às Relações de Trabalho e à Administração da Justiça (PRUNART) da UFMG. **E-mail:** landial.junior@live.com **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-8706-7237>. **LATTES:** <http://lattes.cnpq.br/7912709288258848>.

² Pós-doutora em Ética Ambiental pela Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP. Doutora em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professora Adjunta da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Coordenadora e Docente Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da UFSC. **E-mail:** landial.junior@live.com **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-7088-3767>. **LATTES:** <http://lattes.cnpq.br/7757445128600174>.

rioso relembrar que o princípio de proteção do trabalhador surgiu da verificação de uma desigualdade fática entre os dois polos da relação de emprego. Nesse sentido, a finalidade do direito do trabalho de solucionar os conflitos nas relações trabalhistas é alcançada através do tratamento diferencial das partes, proporcionando uma interpretação mais benéfica ao empregado.

Palavras-chave: Princípio. Protetor. Súmula 448. Interpretação.

**THE PRINCIPLE OF WORKERS PROTECTION AND THE WORDING OF ITEM II,
PRECEDENT 448 OF TST
A LEGISLATING LABOR COURT?**

Abstract: The Labor Court consolidated its jurisprudence in the sense that the sanitation of sanitary facilities for public or collective use of great circulation, and the respective garbage collection, entails the payment of an unhealthy allowance in a maximum degree, as it would affect, in this case, the provisions in Appendix 14 of Regulatory Standard nº 15, Ordinance nº 3.214/78 regarding “collection and industrialization of urban waste”. However, much is discussed about this new guideline given to Precedent 448. In spite of opposing positions, where they accuse the TST of judicial activism, we understand that its interpretation is in line with the Theory of Integrity of Law, created by Ronald Dworkin, where the magistrate’s discretion is removed and he proposes a legal interpretation observing the set of rules and principles, guided by the search for more just and adequate solutions to conflicts. Furthermore, it is imperative to remember that the principle of worker protection arose from the verification of a factual inequality between the two poles of the employment relationship. In this sense, the purpose of labor law to resolve conflicts in labor relations is achieved through the differential treatment of the parties, providing a more beneficial interpretation to the employee.

Key-words: Principle. Protector. Precedent 448. Interpretation.

Introdução

O Tribunal Superior do Trabalho (TST), por meio da Resolução nº 194, de 19 de maio de 2014, alterou a redação da Súmula 448, que trata da caracterização da atividade insalubre para fins da incidência do respectivo adicional.

Com a nova interpretação, a Corte Trabalhista consolidou sua jurisprudência no sentido de que a higienização de instalações sanitárias de uso público ou coletivo de grande circulação, e a respectiva coleta de lixo, enseja o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, pois incidiria, no caso, o disposto no Anexo 14 da Norma Regulamentadora nº 15, da Portaria nº 3.214/78 quanto à “coleta e industrialização de lixo urbano”.

Contudo, posicionamentos distintos surgiram. Alguns questionam se o Poder Judiciário teria esse “poder normativo”, dizendo se tratar de ativismo judicial, outros, por sua vez, entendem que em face do princípio protetor isso seria plenamente possível.

O princípio da proteção do trabalhador é premissa mandamental do Direito do Trabalho. Este ramo jurídico nasceu precisamente em face do reconhecimento da desigualdade fática entre empregado e empregador. As partes na relação de emprego não estão em posições equivalentes que possibilitem uma negociação paritária das cláusulas do contrato. Ainda, além da subordinação jurídica, verifica-se a subordinação econômica do trabalhador, pois, em geral, a pessoa coloca seu trabalho à disposição de outrem por necessidade econômica, não por mero prazer.

Com o passar dos séculos o Direito logrou importante função na sociedade moderna enquanto fomentador e garantidor da convivência harmônica da sociedade, por meio de um conjunto de regras

e princípios que impõem limites à ação do homem. Com o desenvolvimento da sociedade e com evolução teórica do Direito, se fizeram necessárias técnicas de interpretação das normas jurídicas, sempre buscando soluções mais justas e adequadas para os conflitos.

Descontente com a definição positivista do Direito, que o reduz a um modelo de regras, bem como permite o juiz empregar o poder discricionário ao defrontar-se com casos difíceis, Dworkin apresenta uma teoria da interpretação que auxilia os operadores do Direito a encontrar uma resposta correta mesmo para os casos complexos.

Assim, busca-se responder a seguinte indagação: ao dar uma nova roupagem ao item II da Súmula 448, o Tribunal Superior do Trabalho estaria legislando?

Acreditamos que analisando a legislação vigente, com o devido sopesamento do princípio protetor, o TST não praticou ativismo judicial, do mesmo modo, não há de se falar em criação de direitos sem previsão em legal pelo Judiciário, mas apenas promoveu a sua interpretação em consonância com os ditames da Teoria da Integridade do Direito, achando uma resposta para o caso difícil.

Para a análise da aludida uniformização jurisprudencial, tendo como base o princípio da proteção a partir da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, é necessário, primeiramente, conhecer as premissas dessa teoria. Em seguida, interessa a investigação da teoria do direito como integridade, na tentativa de entender o modelo de compreensão e de interpretação do direito conferido por ela. Percebe-se ainda que o modelo apresentado explica bem a prática jurídica, ainda que construído com base na *common law*, serve à descrição adequada de muitos dos atuais ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro.

1 Os alicerces da teoria da integridade de Dworkin

A teoria cunhada por Dworkin tem como foco a atividade interpretativa e, concomitantemente, busca desenvolver critérios de avaliação ao colocar parâmetros de ajuste (*fit*) e justificação (*justification*) dos princípios em relação ao sistema jurídico e suas práticas (CLÈVE; LORENZETTO, 2016, p. 140).

Para o autor, a interpretação do Direito ocorre quando da sua reconstrução em decorrência das próprias práticas da sociedade personificada. Para isso, faz uma divisão do processo de “interpretação construtiva” em três partes: a) primeiro a etapa “pré-interpretativo”, quando são detectados padrões que atribuem conteúdo experimental para a prática; b) em seguida, temos o período chamado “interpretativa”, onde se propõe a formulação de uma justificativa geral para os principais elementos da etapa anterior; nessa situação, a justificativa tem que ser suficiente para que o intérprete possa ser visto como um sujeito que realiza uma atividade hermenêutica e não criativa de uma nova prática; c) por fim, se delineia uma fase “pós-interpretativa” ou “reformuladora”, onde ajusta a prática identificada na etapa “pré-interpretativa” com a justificação da etapa “interpretativa” (DWORKIN, 2007. p. 81-82).

O objetivo de Dworkin é discutir de que forma se pode guiar e restringir o poder de coerção do Direito por meio de uma teoria interpretativa que atue com uma comunidade de princípios, onde o sistema de direitos e responsabilidades sejam coerentes (DWORKIN, 2007. p. 116).

Assim, o filósofo e jurista Ronald Dworkin desenvolveu a Teoria da Integridade, utilizada como uma barreira ao decisionismo decorrente do positivismo de Hart, uma útil ferramenta a ser utili-

zada como Teoria da Decisão Judicial, para comedir o avanço da discricionariedade. A integridade e a coerência foram às respostas encontradas pelo autor para minimizar o problema da decisão discricionária (MARINHO, 2017, p. 06).

A Teoria da Integridade proposta depreende dois aspectos diferentes, sendo um legislativo e outro jurisdicional. Enquanto aquele reside no dever conferido ao parlamento de, com a produção legislativa, tornar o conjunto de leis do Estado moralmente coerentes, este impõe aos magistrados que, por ensejo da atuação judicante, ponderem como pilar hermenêutico a coerência moral que deve circundar o ordenamento jurídico (DWORKIN, 2007. p. 215).

Assim, Dworkin conceitua a integridade em ter e respeitar o conjunto de leis como moralmente coerentes, feito este que se torna indispensável em um Estado comum e prescindível em Estados utópicos, onde a virtude sobrevém incessantemente, já que nestes Estados, na visão do autor, às autoridades fariam somente o que é perfeitamente justo e imparcial, a contrário senso do que ocorre com os Estados ordinários, nos quais não é atípico que instituições imparciais tomem, por vezes, decisões injustas e instituições parciais, às vezes, tomem decisões justas (DWORKIN, 2007. p. 215).

Nesse sentido, Marinho (2017, p. 03) assevera que

No Estado Utópico há o ideal de que as autoridades façam somente o que é perfeitamente justo e imparcial, fazendo com que a virtude esteja sempre presente. Já no Estado comum, ocorre exatamente o contrário, onde autoridades, por vezes, tomam decisões injustas.

A coerência moral da base legal e normativa do Estado, portanto, a integridade é a garantia e sustentáculo da existência do ver-

dadeiro Direito, tal como aspecto democrático, pelo que, evidentemente, não convoca os cidadãos residentes em utopias, no conceito de Estado natural de Rousseau, onde somente a virtude predomina, pois a coerência moral nesses abençoados locais é o atributo mais elementar de qualquer do povo e de todas as instituições, a contrário senso dos Estados ordinários (FERRI, 2013).

A integridade é uma terceira virtude política, junto da justiça e do devido processo legal, a qual se remete ao comprometimento de que o governo atue de maneira coerente e baseado em princípios com todos os seus cidadãos, com intuito de proporcionar a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade (DWORKIN, 2007, p. 202).

Com essa percepção de integridade, Dworkin busca atingir ao mesmo tempo dois objetivos: delinear o comportamento do intérprete de modo a excluir o recurso à discricionariedade e propor uma maneira de legitimar a decisão judicial ponderando devidamente os princípios legais, morais e políticos - na terminologia por ele empregada, princípios relativos à “justiça”, à “equidade” e ao “devido processo legal” (MARINHO, 2017, p. 06).

Como resultados do exercício da integridade, Dworkin sustenta o fato de que a integridade auxilia para a eficiência do direito, visto que quando as pessoas são governadas por princípios diminui a necessidade de regras explícitas, e o Direito pode se adaptar a essa realidade, expandindo e contraindo organicamente, na medida de suas necessidades (DWORKIN, 2007, p. 229).

Assim define Dworkin (2005, p. 09):

Os juízes devem impor apenas convicções políticas que acreditam, de boa-fé, poder figurar numa interpretação geral da cultura jurídica e política da comunidade. Naturalmente, os juristas podem, razoavelmente,

discordar sobre quando essa condição é satisfeita, e convicções muito diferentes, até mesmo contraditórias podem passar pelo teste. Mas algumas não. Um juiz que aceita esse limite e cujas convicções são marxistas ou anarquistas, ou tiradas de alguma convicção religiosa excêntrica, não pode impor essas convicções à comunidade com o título de Direito, por mais nobres ou iluminadas que acredite que sejam, pois elas não se podem prestar à interpretação geral coerente de que ele necessita.

Ante tais considerações, é possível compreender que para o princípio da integridade é incabível que uma comunidade personificada aplique direitos diferentes, não sendo definidos como um conjunto coerente com os princípios de “justiça”, “equidade” e “devido processo legal”.

No entanto, é natural ocorrerem lides inéditas, às quais o legislador nada havia previsto. Perante a falta da leis que abordem esses casos, ao julgante não restava critérios de decisão. Desnecessário dizer que o juiz não pode se escusar de julgar a lide simplesmente por não haver para aquela situação amparo legal, segundo dispõe o Princípio da Indeclinabilidade.³

Expressar que o Direito e a política não tem nenhuma correção, fazendo alusões de que são realidade completamente diferentes e independentes não é verdade. De igual maneira, não seria correto dizer que o Direito e a política são exatamente a mesma coisa e que os juízes que decidem os casos difíceis (*hard cases*)⁴ estão sim-

³ Conforme Edilson Mougenot Bonfim (2013, p. 65-66), o Princípio da Indeclinabilidade consiste na impossibilidade do magistrado afastar a jurisdição com o intuito de não julgar determinada lide. Tal princípio decorre do direito de ação concedido a cada jurisdicionado pela Constituição Federal. Nas palavras do autor, este princípio “impõe ao juiz o exercício do poder que lhe foi conferido, não podendo o magistrado subtrair-se ao exercício de seu mister. Liga-se ao princípio da vedação do non liquet: uma vez provocada a jurisdição, uma decisão deverá ser proferida.”

⁴ De acordo com Arnaud (1999, p. 86), caso difícil, também conhecido como *hard case*, é uma expressão utilizada por teóricos do direito para definir casos nos quais

plesmente expondo suas convicções políticas pessoais (MARINHO, 2017, p. 03).

Assim, perante lides inéditas e dos casos difíceis (*hard cases*), Dworkin desenvolveu algumas teorias para conter a discricionariedade, pois para ele o magistrado deveria agir conforme a moralidade política, buscando uma única solução correta ao caso, e essa decisão correta seria àquela que melhor garantisse a igualdade e coerência das decisões anteriores⁵.

A discricionariedade jurisdicional encontrada por Dworkin é a que autoriza os juízes a criar uma resposta para o caso concreto fundado apenas em suas convicções de justiça e sentimentos pessoais, acarretando muitas vezes em decisões arbitrárias, conduzindo o Direito para o mundo subjetivo de uma incerteza jurídica. O autor repudia a viabilidade de conceder esse tamanho poder aos magistrados.

Qualquer “interpretação construtiva” exitosa das práticas políticas deve admitir a integridade como um ideal político dis-

se verifica uma lacuna ou obscuridade na aplicação da lei ao caso concreto, e por isso, não existe um raciocínio lógico-dedutivo simples a partir de uma regra jurídica existente para a solução da controvérsia.

⁵ Na teoria dos direitos tratada e desenvolvida no livro *Levando os Direitos a Sério* (DWORKIN, 2011, p. 423), aplicada pelo juiz filósofo Hércules criado por Dworkin, como um “modelo” a ser seguido, existe um caminho para se chegar a uma resposta correta nos casos difíceis. Hércules é um juiz que aceita as leis, e acredita que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores. Hércules precisa descobrir a intenção da lei – ponte entre a justificação política da ideia geral de que as leis criam direitos e aqueles casos difíceis que interrogam sobre que direitos foram criados por uma lei específica. É preciso afirmar que Hércules não possui um método para os casos difíceis e outro para os casos fáceis. Seu método é aplicável a qualquer caso, todavia, nos casos fáceis, as respostas são evidentes, e por isso não se tem a certeza de estar-se aplicando um método para resolvê-los.

tinto. Assim, a integridade é a chave para a melhor interpretação construtiva de nossas práticas jurídicas distintas e, notadamente, da maneira como os juízes decidem os casos difíceis nos tribunais (DMITRUK, 2018).

Desse modo, Ronald Dworkin faz uso da Teoria da Integridade como ferramenta de análise de uma Teoria da Decisão Judicial retirando a discricionariedade e debatendo critérios coerentes a serem adotados pelo magistrado no momento da atividade judicante.

2 O direito como integridade

O princípio da integridade no Direito advém da técnica de julgar os casos difíceis de Hércules, personagem criado por Dworkin, em sua obra *Levando os Direitos a Sério*, que representa um juiz que aceita as exigências da integridade no direito e que não mede esforços para encontrar, através do exercício literário do romance em cadeia transposto para o direito, os princípios que legitimam suas decisões.

De acordo com Dworkin (2007, p. 271-272), para que tenha bons resultados a prática de interpretar o direito como integridade, os juízes devem, na medida do possível, identificar os direitos e deveres como se tivessem sido criados por um único sujeito, qual seja, a comunidade personificada. Tal condição se faz necessária uma vez que entende-se que as proposições jurídicas são válidas quando derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, proporcionando a melhor interpretação do direito.

Assim, da teoria de Dworkin é que aparece uma das precípuas críticas feitas ao seu método por Jürgen Habermas. A impos-

sibilidade de se contemplar o direito de uma comunidade feito por um só sujeito, e a solidão de Hércules que, ao decidir sozinho, são as principais fraquezas da teoria. O fato de Hércules estudar o direito na solitude de seu gabinete, nega ao mesmo um interlocutor qualificado e a possibilidade de aperfeiçoar seus argumentos, carecendo também pressupostos da teoria do discurso (HABERMAS, 1997, p. 276-277).

No entanto, a despeito da crítica feita por Habermas, tem de se ponderar o fato de que Hércules possui um padrão de qualidade, e possui como propósito sempre buscar a melhor resposta jurídica para o problema apresentado, não obstante o fato de ser desprovido um interlocutor que se esmere tanto quanto ele na construção do direito como integridade (DMITRUK, 2007, p. 152).

Para Dworkin (2007, p. 271):

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.

Ou seja, é possível constatar que Dworkin traz a Teoria do Direito como Integridade como uma forma de superar o convencionalismo e o pragmatismo judicial.

De acordo com o Convencionalismo, só há ocorrência de responsabilidade ou de um direito se nas decisões antecedentes hou-

ver explícito tais direitos, ou se puder ser demonstrado por meio de métodos ou técnicas convencionalmente aceitas pelos atuantes no direito. Por outro lado, de acordo com o Pragmatismo Judicial os juízes devem tomar as decisões que ensejam melhorias para o futuro da comunidade, ignorando qualquer relação com o passado (MARI-NHO, 2017, p. 05).

Em síntese, o Direito como integridade pode ser compreendido como a possibilidade do Direito ser interpretado a partir da sua reconstrução com base nas práticas dos indivíduos daquela sociedade (OLIVEIRA; FISCHER, 2017, p. 84).

A visão de Dworkin do direito como integridade apresenta as afirmações jurídicas como opiniões interpretativas, que tanto se voltam para o passado quanto para o futuro, e estão em constante evolução. Ele identifica a construção da prática jurídica como a elaboração de um “romance em cadeia” (DMITRUK, 2007, p. 152).

Ronald Dworkin defende uma interpretação do direito de forma construtiva⁶, ensejando a ocorrência de teoria hermenêutica crítica. A noção de integridade determina ao magistrado o dever de aplicar ao caso toda a construção normativa, ou seja, o conjunto de leis e o repertório de decisões judiciais, ou seja, seus precedentes. Para ilustrar essa abordagem o autor cria a metáfora do “romance em cadeia” na qual o juiz, na imagem de crítico e autor pressupõe a idéia de um grupo de romancistas que escreve um romance em série.

⁶ Dworkin (2005, p. 237-238) defende que toda interpretação do direito é uma interpretação construtivista, no sentido de permitir uma atuação “criativa dos juízes” para decidir os casos concretos como forma de atualização do próprio ordenamento, não poderá desconsiderar as regras o ordenamento em si e nem as interpretações que os outros juízes deram a casos semelhantes, sob pena de a “obra” apresentar-se fragmentada, ou seja, sem coerência: “Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário”.

Para uma maior percepção da Teoria da Integridade no Direito se faz necessária a compreensão de sua concepção através da metáfora do “romance em cadeia”. A tarefa do “romance em cadeia” pressupõe que cada romancista pretenda criar apenas um romance a partir do material que recebeu, ele deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, isso exige uma avaliação geral de sua parte, ou uma série de avaliações gerais à medida que ele escreve e reescreve (DWORKIN, 2007, p. 277).

Na metáfora “romance em cadeia”, o propósito é que cada autor crie o capítulo conforme a sua interpretação como se fosse o único autor da obra, conteúdo esse que posteriormente será acrescentado pelos demais e entregue ao romancista. A dificuldade enfrentada nesse encargo nos remete a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. O resultado esperado dessa dinâmica é que o romance seja escrito como um texto único, integrado, e não de forma independente e dispersa.

De modo a ilustrar o “romance em cadeia” como atividade jurisdicional, Dworkin traz um caso de direito consuetudinário, notadamente a análise do caso McLoughlin⁷, no qual, à luz do direito

⁷ Abordado no capítulo I do livro “O Império do Direito”, de Ronald Dworkin, o caso de McLoughlin, trata do pedido de indenização por danos morais movido pela Sra. McLoughlin em face do motorista que provocou o acidente de carro que ocasionou na morte de uma de suas filhas e deixou o seu marido e os seus outros três filhos gravemente feridos. A controvérsia existe pelo fato da Sra. McLoughlin não estar no local do acidente, mas quando chegou até lá teve um colapso nervoso. Nos dois graus de jurisdição o pedido da Sra. McLoughlin não foi acolhido na justiça inglesa, somente revisto na Câmara dos Lordes. O objeto principal da lide e a discussão em si se permeiam se o choque que a Sra. McLoughlin tomou seria ou não considerado dano moral e ela possuía legitimidade para propor tal ação, implicação conceituada pela doutrina moderna como dano moral ricochete.

como integridade, roga ao magistrado que se comporte como um romancista, já que ele sabe que outros juízes julgaram casos análogos que devem ser considerados para a decisão do presente (DWORKIN, 2007, p. 278). Ou seja, de acordo com o “romance em cadeia”, o magistrado, ao decidir, deveria levar em consideração os princípios e valores adotados pelos julgados posteriores semelhantes, procurando decidir de maneira harmônica com o sistema jurídico vigente e com a sua história:

Para Dworkin (2007, p. 278), o Direito segue o mesmo raciocínio ao dizer que na atividade legislativa e nos processos judiciais, o que se entende por Direito nada mais é do que um produto coletivo de uma determinada sociedade em permanente (re)construção. Nos ensinamentos do autor (DWORKIN, 2007, p. 283):

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registro de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturadas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção.

O Direito como Integridade parte do postulado de que a comunidade personificada, fiel guardiã da justiça e da equidade, é a

genuína autora dos direitos e deveres legais, fundados no sistema de princípios que foram justificadores de uma determinada decisão no tempo em que ocorreu. Posto isto, a história é relevante porque esse sistema de princípios deve justificar tanto o *status* quanto o conteúdo das decisões anteriores (MARINHO, 2017, p. 06).

Conforme Dworkin (2007, p. 274), “o direito como integridade começa no presente e só volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine”.

Bitencourt e Sobrinho (2011, p. 81), ao determinar as práticas do juiz Hércules, entendem que Dworkin defende que:

seria necessário mais do que analisar o conjunto normativo que envolve o caso, faz-se mister também o exame de todas as questões fáticas que serão de extrema relevância para que a decisão tomada pelo juiz esteja em consonância com a complexidade do caso, ou seja, seja coerente com os fatos, com ordenamento jurídico em si e com o melhor enlace possível dos fatos relevantes com o direito aplicável. Postula ser necessário examinar não só todas as normas pertinentes à questão, mas também todos os fatos relevantes, gerando uma decisão que seja coerente com o resto do ordenamento. Portanto, ao investigar todas as normas que serão adequadas à aplicação considerando as questões fáticas que envolvem aquele caso (o que implica justificar e argumentar o porquê da opção por determinadas normas), há que se considerar que outras normas deixaram de ser aplicadas por não manterem coerência com o ordenamento acerca das questões envolvidas, contudo, isso não afeta o campo de validade destas com relação ao ordenamento, mas tão somente significa que não serão aplicáveis justamente em face das condições fáticas a serem consideradas.

Como já mencionado, Hércules é apresentado por Dworkin como juiz, que incumbido da interpretação construtivista do direito, é norteado pelo princípio da integridade e da equidade, “cuja tradição e historicidade serão notas presentes para a decisão no direito vigente, na forma de um modelo hermenêutico, isto é, que reconstrói

e critica a forma da decisão judicial, retroalimentando-a, sem transformar o direito em aplicação de um método ou técnica” (BITENCOURT; SOBRINHO, 2011, p. 79).

Segundo Dworkin (2011, p. 78) a integridade não se confunde com a justiça e com a equidade, mas estão associadas na medida em que a integridade só faz sentido entre pessoas que querem também justiça e equidade.

Ainda, necessário ressaltar o significado de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo para Dworkin:

A justiça diz respeito ao resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos. A equidade é uma questão da estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas da maneira adequada. O devido processo legal adjetivo é uma questão dos procedimentos corretos para a aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu. A supremacia legislativa que obriga Hércules a aplicar as leis, mesmo quando produz uma incoerência substantiva, é uma questão de equidade porque protege o poder da maioria de fazer o direito que quer. As doutrinas rigorosas do precedente, as práticas da história legislativa e a prioridade local são em grande parte, embora de maneira distintas, questões de processo legal adjetivo, porque estimulam os cidadãos a confiar em suposições e pronunciamentos doutrinários que seria errado trair ao julgá-los depois do fato (DWORKIN, 2007, p. 483).

Assim, na concepção do direito como integridade, “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 2007, p. 272).

A integridade no direito, conforme abordado, propõe que no momento do jurisdicionado realizar a interpretação jurídica, que o mesmo faça a melhor interpretação possível em correspondência a

um dado conteúdo normativo e não em termos de verdade e falsidade, chegando-se na melhor interpretação possível.

3 Os princípios jurídicos e suas funções

Diversos são os conceitos doutrinários para princípio jurídico, mas nesse estudo voltamos para aquele que me condiz com as premissas da Teoria da Integridade. Princípios são orientações inferidas da cultura jurídica e política que informam toda a construção e aplicação do ordenamento jurídico. Nesse diapasão, Mauricio Godinho Delgado (2001, p. 16) define os princípios como “diretrizes gerais induzidas e, ao mesmo tempo, indutoras do direito”, em outras palavras, “são diretrizes que se inferem de um sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam, informando-o”.

Considerando esse caráter geral dos princípios jurídicos, Ronald Dworkin distingue regras e princípios. A distinção pode ser resumida em níveis diferentes de abstração, sendo os princípios, mais abstratos e as regras, mais concretas. Na verdade, não se trata apenas de maior abstração dos princípios, mas há uma diferença lógica; a natureza desses dois comandos é distinta.

O princípio pode ser compreendido como uma meta, uma orientação em determinada direção, enquanto a regra apresenta os requisitos que exigem determinadas consequências descritas em seu enunciado. Assim sendo, não faz sentido tratar da validade ou não de um princípio como se faz com as regras. Destarte, Dworkin (2011, p. 39) preleciona que:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada.

O autor elucida ainda que o enunciado completo de uma regra impõe a enumeração das suas exceções, ou seja, uma regra só será citada com exatidão se estiver acompanhada das exceções. Por sua vez, o princípio opera de forma diferente, eles não apontam consequências jurídicas que se seguem de maneira automática a partir das condições dadas. Desse modo, sempre se encontrará exemplos em que o princípio não se verifica. Ainda assim, a citação dos contraexemplos ao lado do princípio não torna o enunciado do princípio mais exato ou completo, pois não se pode apreender *a priori* todos os contraexemplos, não sendo possível tal enumeração (DWORKIN, 2011, p. 41).

Para Norma Sueli Padilha (2012, p. 159):

Os princípios estão providos, nos sistemas jurídicos, do mais alto peso, constituindo a norma de eficácia suprema. Assim, a norma jurídica fica elevada, conceitualmente, à categoria de gênero, do qual as espécies vêm a ser o princípio e a regra. Portanto, é preciso adotar-se diferentes formas de interpretação entre as diferentes espécies de normas jurídicas.

A aplicação da regra parece um trabalho simples de subsunção do fato à norma. Existem regras sobre as quais não há controvérsias, e por isso a tarefa de aplicação da regra se mostra realmente simples. Contudo, a aparente subsunção encobre uma longa tarefa intuitiva de interpretação. É preciso a análise do caso e a identificação das situações proeminentes para definir a regra a ser aplicada. Além disso, é suma importância a apreciação do ordenamento como

um todo, para averiguar a legalidade da regra, sua constitucionalidade, e a existência de exceções. Logo, a regra apenas será aplicada depois da determinação de um conjunto de dados, ou seja, refere-se acerca do trabalho de interpretação construtiva descrito.

Na interpretação do direito, as regras e os princípios se entrecruzam e a tal diferenciação tem sua importância reduzida. Uma regra pode ser aplicada, apesar de contrariar em alguma medida um princípio. E, por outro lado, pode ser aplicada esta ou aquela regra, a depender da importância dada a cada circunstância do fato, e nesse sentido, os princípios que norteiam um ramo do direito podem orientar a relevância a ser atribuída a cada circunstância do fato.

Nesse sentido, Padilha (2012, p. 160) ressalta que no sistema jurídico brasileiro (*civil law*), diversamente do norte americano (*common law*), não faz uso de critérios para amparar a ideia de princípios mais ou menos importantes. Assim, não há como advogar que quando “houver confronto envolvendo valores, como base deste ou daquele direito individual ou coletivo, deverá de prevalecer o de maior peso”.

Os princípios integram o direito da mesma forma que as regras. Eles não são estruturas além do direito os quais apenas o orientam, mas representam normas jurídicas obrigatórias. De outro modo, a utilização dos princípios pelo magistrado seria simples exercício de poder discricionário no sentido forte, ou seja, o juiz decidiria conforme sua livre escolha, sem limitação por qualquer parâmetro na decisão. Se não considerarmos os princípios como normas, podemos chegar ao absurdo de negar a existência de direito subjetivo nos casos em que cabe a aplicação de princípios (DWORKIN, 2011, p. 50-63).

Segundo De Castro (1949, p. 473, citado por Américo Plá Rodríguez, 2000, p. 17), os princípios do direito cumprem uma tríplice missão. Os princípios têm função informadora, sendo responsáveis por inspirar o legislador na inovação do ordenamento; apresentam função normativa, sendo fonte supletiva na ausência de lei que discipline os casos concretos; outrossim, identifica a função interpretativa, pois os princípios são utilizados como critérios na interpretação das leis pelo juiz ou pelo intérprete.

Mauricio Godinho Delgado (2001, p. 15), por sua vez, aceita a tríplice função apontada acima, mas completa indicando uma quarta função dos princípios, a qual chama de “função normativa própria”.

Ao lado das funções informadora, supletiva e interpretativa, existe uma outra que se apresenta na concorrência com regras jurídicas e advém de sua dimensão fundamentadora de toda ordem. Traduz no reconhecimento do caráter normativo dos princípios, integrando estes o ordenamento tal como as regras jurídicas. Nesse diapasão, os princípios possuem diversos papéis relativos à aplicação do direito ao caso concreto. Fundando-se neles, o aplicador pode estender ou restringir uma regra jurídica, podendo, inclusive, afastar sua aplicação. Por isso, Godinho (2001, p. 19) denomina essa função também de “função normativa concorrente” e explica:

Essa última função atua, de maneira geral, em concurso com a interpretativa da regra analisada. Nesta atuação, ora estende o comando desta, ora o restringe, ora até mesmo esteriliza-o, a partir de uma absorção de seu sentido no âmbito mais abrangente cimentado pelos princípios correlatos. Nesta linha, se uma regra legal realiza o comando genérico contido em certo princípio, mas entra em choque com outro, pode prevalecer, sem dúvida, em face do peso do princípio realizado. Contudo, isso não significa que o princípio preterido não tenha certa influência na compreensão da norma enfocada, atenuando, adequadamente, seus efeitos pensados na origem.

Ao reconhecer a força normativa do princípio e de sua função normativa própria significa uma ruptura com o paradigma positivista clássico. O sistema normativo não é constituído tão somente por regras, pois elas não contextualizam o fenômeno jurídico totalmente. Mesmo a aplicação no direito de regras simples, nos casos pacíficos, resta oculta uma enorme construção interpretativa, cuja apreciação se mostra crucial nos casos considerados difíceis, que são os casos controvertidos.

Os princípios não executam sua função apenas na falta da lei, mas proporcionam em cada atuação do direito o alcance da integridade. A integridade é o escopo de toda atividade jurídica. Cada intérprete busca demonstrar a racionalidade do sistema e sua coerência no momento em que aplica o direito.

Nessa perspectiva, Delgado (2001, p. 31) reconhece que “os princípios, na Ciência Jurídica, não somente preservam irrefutável validade, como se destacam pela qualidade de importantes contributos à compreensão global e integrada de qualquer universo normativo.”

De acordo com a função informadora, os princípios motivam toda a elaboração de leis pelo legislador. Assim, as regras jurídicas têm seu fundamento nos princípios. Por sua vez, a função interpretativa preconiza que os princípios orientam todo o entendimento sobre o sistema jurídico. Já a função normativa concorrente, assinalada por Mauricio Godinho Delgado (2001), apregoa que os princípios dão comandos obrigatórios que restringem, expandem e afastam a aplicação das regras.

Se os princípios podem até mesmo afastar a aplicação de uma regra que não esteja em consonância com o sistema, e que, as-

sim, impeça a integridade do direito, seu desempenho na ausência de regra é ainda mais evidente (função supletiva). À vista disso, não há de se falar em falta de lei, pois a esta é elaborada com inspiração nos princípios e deve ser interpretada pela orientação destes.

Assim sendo, pode-se afirmar que os princípios sempre poderão ser extraídos das leis positivadas e do costume e aplicados em casos concretos. Não se trata de um caso de lacuna de lei, pois os princípios estão explícitos ou implicitamente positivados, e participarão de qualquer aplicação do direito, existindo ou não regra específica e de pacífico entendimento.

Como se vê, diante da força normativa dos princípios, sua função normativa supletiva perde o sentido. Não porque o direito é um sistema perfeito e prevê todas as situações, mas não há lacuna no direito porque os princípios são normas jurídicas que compõe o ordenamento ao lado das regras, e em razão de sua abstração e generalidade, sua interpretação sempre conduzirá o aplicador a uma solução de integridade no direito, isto é, uma solução que seja inferida de regras jurídicas de temas próximos. O aplicador do direito deve procurar casos semelhantes, e a análise deve se irradiar a partir do caso em uma série de círculos concêntricos, analisando áreas cada vez mais distantes, gêneros do qual o caso é um exemplo.

Nessa senda, até mesmo a função interpretativa dos princípios é absorvida pela função normativa própria. Os princípios são incitadores de regras jurídicas e, simultaneamente, concorrem com elas. Assim, poderão ser deduzidos de uma regra jurídica e empregados para afastar a aplicação de outra regra ao caso concreto. Essa atividade pressupõe que toda aplicação do direito e, assim, também a interpretação, sejam orientadas pelos princípios. Desse modo, a

função informadora e a função normativa concorrente resumem o papel geral dos princípios no sistema jurídico.

Desse modo, pode-se reconhecer que os princípios são fontes do direito, ao oposto do que preleciona Plá Rodriguez⁸, pois, encontrando-se expressos ou não na lei, estes são normas jurídicas que gozam da mesma força que qualquer regra positivada.

4 O princípio de proteção do trabalhador e sua aplicação

Para a doutrina clássica, de todo o complexo principiológico do subsistema jurídico trabalhista, o princípio da proteção é considerado o mais relevante e amplo princípio, a partir do qual seguem os demais, como derivações. O amparo ao hipossuficiente, na relação empregatícia subordinada, consubstancia-se na causa e no fim da disciplina jurídica, como se verifica do seu próprio contexto histórico (SILVA, 1999, p. 26).

Tem-se ainda grande importância na orientação ao Direito do Trabalho, ao passo em que busca o equilíbrio dos polos antagônicos no plano do contrato, em uma equivalência entre os sujeitos da relação trabalhista. O trabalhador é subordinado de forma técnica, jurídica e economicamente ao empregador, ante ao poderio econômico deste, e o modo de compensação se dá por meio da superioridade jurídica, proporcionada pela legislação protetora e asseguradora.

⁸ Plá Rodriguez (2000, p. 18) afirma que princípios não podem ser considerados fontes do direito. Para o autor, “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.”

Conforme Plá Rodriguez (2000, p. 35)

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.

Nesse sentido, Silva (1999, p. 24-26) elenca cinco motivos para a proteção ao trabalhador subordinado:

- a) O contrato de trabalho caracteriza-se pela superioridade hierárquica de um dos sujeitos da relação trabalhista (o empregador), que se encontra revestido de autoridade e de supremacia – com os seus poderes diretivos de organização, fiscalização e disciplinar – frente ao outro sujeito (o empregado), em virtude da subordinação jurídica;
- b) O empregado está em dependência econômica ao empregador – detentor dos meios produtivos e do capital –, que, através da necessária prestação de serviços, tem-se o recebimento, como contraprestação, do salário próprio para a sua subsistência;
- c) A execução das atividades profissionais gira em torno do indispensável comprometimento do empregado. Em contrapartida, não há na mesma dimensão, por parte do empregador, a obrigação de segurança em proporcionar um ambiente de trabalho salubre e protegido, propício para a adequada condição da prestação das tarefas diárias e acarreta, pois, doenças e acidentes de trabalho, assédio moral e sexual, incolumidade física, dentre outros problemas;
- d) É grande o desconhecimento, pelo empregado, das condições de trabalho e dos seus direitos cabíveis, sobretudo nos países subdesen-

volvidos ou em desenvolvimento, onde a informação, por mais que se apresente dinâmica e ampla, é deficiente para as classes menos favorecidas (hipossuficientes), em virtude da sua fragilidade econômica;

e) O desequilíbrio no mercado de trabalho se apresenta com muito mais demanda e uma mínima oferta de vagas, próprio da sociedade capitalista globalizada.

Américo Plá Rodriguez (2000, p. 24) apresenta três formas distintas de aplicação do princípio da proteção, as quais estão consagradas na doutrina trabalhista, quais sejam: a) *in dubio, pro operario*; b) regra da aplicação da norma mais favorável; e c) regra da condição mais benéfica.

A dimensão do *in dubio pro operario* representa critério de interpretação para aplicação, em caso de dúvida, do sentido da norma que seja mais favorável ao trabalhador. A dimensão da norma mais favorável determina a aplicação do dispositivo mais benéfico ao trabalhador, quando mais de uma norma pode ser aplicada, independentemente dos critérios clássicos de hierarquia das normas. Além disso, quando da existência de única norma a ser aplicada, tal dimensão do princípio protetor aponta, dentre vários sentidos possíveis da mesma norma, qual deles deve ser aplicado. A dimensão da condição mais benéfica, de forma diversa, implica que nova norma não servirá para piorar as condições do trabalhador (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 106-139).

A adoção do novo paradigma de objetividade afasta a necessidade da certeza absoluta para a admissão de certa proposição ou certo conceito como verdade. A certeza das ciências sociais não exige mais os mesmos critérios que aquela das ciências exatas. O princípio, apesar de seu caráter abstrato e geral, apesar da dificuldade de sua definição, é reconhecido como norma jurídica.

As características de abstração e generalidade do princípio impedem que seu contorno seja definido *a priori*. Assim, seu alcance não pode ser determinado e a possibilidade de sua aplicação é estudada observando o caso concreto. Por conseguinte, a conjuntura do caso indicará a aplicação ou não do princípio, advertindo que cada decisão é resultado da interpretação do direito como um todo coerente.

Delgado (2001, p. 41), ao abordar das dimensões do princípio da proteção apresentadas por Plá Rodriguez, assevera que há outros meios de aplicação deste princípio:

Na verdade, a noção de tutela obreira e de retificação da reconhecida desigualdade socioeconômica e de poder entre os sujeitos da relação de emprego (ideia inerente ao princípio protetor) não se desdobra apenas nas três dimensões; abrange, essencialmente quase todos (senão todos) os princípios especiais do Direito Individual do Trabalho. Como excluir essa noção do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas? Ou do princípio da inalterabilidade contratual lesiva? Ou da proposição relativa à continuidade da relação de emprego? Ou da noção genérica de despersonalização da figura do empregador? (e suas inúmeras consequências protetivas ao obreiro)? Ou do princípio da irretroação das nulidades? E assim sucessivamente. Todos esses outros princípios especiais também criam, no âmbito de sua abrangência, uma proteção especial aos interesses contratuais obreiros, buscando retificar, juridicamente, uma diferença prática de poder e de potencial econômico-social apreendida entre os sujeitos da relação empregatícia.

O princípio da proteção do trabalhador poderá ser aplicado em qualquer situação, observando-se uma interpretação coerente do sistema jurídico brasileiro. Em cada situação fática, é preciso avaliar se a finalidade do princípio da proteção está sendo atendida. Deve-se também analisar os demais princípios do ordenamento jurídico e considerar a decisão a ser tomada como sequência de uma série de

decisões políticas tomadas pelo Estado brasileiro, buscando a integridade entre as decisões passadas, as regras e os princípios.

Ademais, em especial o princípio da proteção, este tem sua abrangência justificada por seu papel basilar no direito do trabalho. Como princípio mais importante desse ramo jurídico influencia decisivamente os demais princípios também característicos do Direito do Trabalho.

Tendo como ponto de partida a Teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, alcançamos à validação do princípio da proteção, e inferimos que seu uso é mais abrangente do que muitos doutrinadores ensinam. Ademais, Dworkin não define o direito como conjunto de regras e princípios, mas como conjunto de princípios⁹, acrescenta que o método interpretativo apresentado nos casos difíceis serve perfeitamente para os casos fáceis.

Além disso, há outros meios de aplicação do princípio protetor além das citadas, e inclusive inspira o legislador na elaboração de novas leis. Assim, é patente a característica de abstração desse princípio, sendo incoerente negar sua condição como tal.

⁹ Dworkin (2007, p. 109) esclarece que: “O direito é um conceito interpretativo como a cortesia em meu exemplo imaginário. Em geral, os juízes reconhecem o dever de continuar o desempenho da profissão à qual aderiram, em vez de descartá-la. Então desenvolvem, em resposta a suas próprias convicções e tendências, teorias operacionais sobre a melhor interpretação de suas responsabilidades nesse desempenho”. E adianta, detalha (p. 291): “O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, a tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios.

5 Uma análise da redação do item II da súmula 448 do TST

O termo “súmula” advém do latim *summa* e significa resumo. Juridicamente, trata-se do conjunto das decisões proferidas às questões de Direito pelos tribunais, ou seja, a interpretação reiterada da lei nos casos submetidos ao seu julgamento. A jurisprudência tem origem no sistema jurídico inglês da *common law* caracterizado pela regra do precedente aplicado ao caso concreto (*case law*). A palavra jurisprudência deriva do latim *jus* (justo) e *prudencia* (prudência), e significa o conjunto de decisões, aplicações e interpretações da lei feitas pelos tribunais a respeito de determinada matéria (OLIVEIRA, 2015, p. 08).

No julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 179.560/RJ (DJ 27/05/2005), sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal esclareceu a natureza jurídica dos enunciados das súmulas da jurisprudência de Tribunais e os efeitos delas emanados:

A Súmula - enquanto instrumento de formal enunciação da jurisprudência consolidada e predominante de uma Corte judiciária - constitui mera proposição jurídica, destituída de caráter prescritivo, que não vincula, por ausência de eficácia subordinante, a atuação jurisdicional dos magistrados e Tribunais inferiores. A Súmula, em consequência, não se identifica com atos estatais revestidos de densidade normativa, não se revelando apta, por isso mesmo, a gerar o denominado ‘*binding effect*’, ao contrário do que se registra, no sistema da ‘*Common Law*’, por efeito do princípio do ‘*stare decisis et non quieta movere*’, que confere força vinculante ao precedente judicial. - A Súmula, embora refletindo a consagração jurisprudencial de uma dada interpretação normativa, não constitui, ela própria, norma de decisão, mas, isso sim, decisão sobre normas, na medida em que exprime - no conteúdo de sua formulação - o resultado de pronunciamentos jurisdicionais reiterados sobre o sentido, o significado e a aplicabilidade das regras jurídicas editadas pelo Estado. - A formulação sumular, que não se qualifica como ‘pauta vinculante de julgamento’, há

de ser entendida, consideradas as múltiplas funções que lhe são inerentes - função de estabilidade do sistema, função de segurança jurídica, função de orientação jurisprudencial, função de simplificação da atividade processual e função de previsibilidade decisória, v.g. (RDA 78/453-459 - RDA 145/1-20) -, como resultado paradigmático a ser autonomamente observado, sem caráter impositivo, pelos magistrados e demais Tribunais judiciários, nas decisões que venham a proferir.

Francisco Antônio de Oliveira (2008, p. 20), ao analisar a função das súmulas, assim explica:

A Súmula tem natureza jurídica interpretativa e cristaliza a Jurisprudência dominante sobre determinado tema. É fruto de pressão que se desenvolve de baixo para cima, dos juízos inferiores para os superiores, através de um processo dialético. O vigor sumular não é vinculativo das jurisdições inferiores.

Deste modo, para não haver divergências nos julgados, com o intuito de pacificar o pensamento jurídico no seu âmbito de sua competência, observando-se o Regimento Interno de cada Tribunal, o presidente da comissão de Jurisprudências propõe aos Desembargadores – se estiver no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho – ou aos Ministros – se estiver no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho – que votem acerca de determinados temas que se repetem constantemente. Após tais temas serem votados, por meio de Resoluções, os tribunais trabalhistas anunciam suas diretrizes, alterando, cancelando ou adicionando novos rumos ao pensar jurídico especializado por meio de suas súmulas.

No presente trabalho, o objeto em estudo é a alteração da Súmula 448, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que trata da caracterização da atividade insalubre para fins da incidência do respectivo adicional, nos termos da Resolução nº 194, de 19 de maio de 2014.

A Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos do TST, em cumprimento ao Regimento Interno daquele órgão, propôs a conversão da Orientação Jurisprudencial (OJ) nº 4, da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-I) em Súmula.

Referida Orientação Jurisprudencial dispunha que:

4. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. LIXO URBANO (cancelada em decorrência da sua conversão na Súmula Nº 448) – Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014

I - Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho.

II - A limpeza em residências e escritórios e a respectiva coleta de lixo não podem ser consideradas atividades insalubres, ainda que constatadas por laudo pericial, porque não se encontram dentre as classificadas como lixo urbano na Portaria do Ministério do Trabalho. (ex-OJ nº 170 da SDI-1 - inserida em 08.11.2000)

Dentre seus fundamentos, a Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos remete-se a reiterada aplicação de sua diretriz no âmbito daquele Tribunal, bem como na necessária sistematização e consolidação da jurisprudência relativa ao pagamento do adicional de insalubridade aos empregados que exerçam a atividade de higienização de banheiros de uso público ou coletivo.

O artigo 189 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) define como insalubres as atividades ou operações “que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos” (BRASIL, 1943).

Dispõe o artigo 190, da CLT, que é atribuição do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) a aprovação de quadro das atividades e operações insalubres, bem como a regulamentação dos “critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes” (BRASIL, 1943).

Ademais, acrescenta o artigo 200, da CLT, que compete ao referido ministério estabelecer disposições complementares às normas que tratam de segurança e medicina do trabalho, o que ensejou a edição da Portaria nº 3.214/78, em que se encontram relacionadas as Normas Regulamentadoras (NR).

As atividades e operações insalubres estão disciplinadas na NR nº 15, da Portaria nº 3.214/78, a qual, em seu Anexo 14, atribui caráter de insalubridade máxima ao labor que envolva contato permanente com lixo urbano, por meio de coleta ou industrialização.

Em 25 de novembro de 1996, o TST editou a OJ nº 4, da SBDI-I, consagrando a tese da obrigatoriedade de classificação da atividade como insalubre, nos termos do aludido Anexo 14, para fim de percepção do adicional de insalubridade. Desse modo, interpretou o artigo 190, da CLT, no sentido de não reconhecer o laudo pericial como única forma de comprovação do trabalho em condições insalubres, sendo necessário provar a extrapolação do nível de tolerância referido na NR nº 15.

No que tange à limpeza de residências e escritórios e a respectiva coleta de lixo, em 8 de novembro de 2000, foi editada a OJ nº 170, da SBDI-I, consolidando o entendimento de que a referida atividade não pode ser considerada manipulação de lixo urbano, ainda que constatada a insalubridade mediante laudo pericial, sendo descabido o pagamento de adicional de insalubridade.

A conexão entre os dois temas culminou na atual redação da OJ nº 4, a qual incorporou o texto da OJ nº 170, em razão da sua conversão no item II. Assim, assentou-se que o adicional de insalubridade somente será devido se, a par da constatação da insalubridade mediante laudo pericial, a atividade profissional seja definida como tal mediante ato normativo do MTE, o que exclui a limpeza e recolhimento de lixo em residências e escritórios, por não poder ser equiparada à coleta e industrialização de lixo urbano, nos termos do Anexo 14 da NR nº 15.

Com efeito, o lixo urbano, em sua acepção comum, refere-se aos dejetos coletados em vias públicas, sujeitos a toda gama de contaminação por agentes biológicos, o que põe em risco a saúde dos profissionais responsáveis por sua coleta, razão pela qual é classificado como atividade insalubre.

Nesse sentido, a Lei 11.445/07, que estabelece diretrizes para o saneamento básico, estabelece que:

Art. 6 - O lixo originário de atividades comerciais, industriais e de serviços cuja responsabilidade pelo manejo não seja atribuída ao gerador pode, por decisão do poder público, ser considerado resíduo sólido urbano. (grifos nossos)

Contudo, mesmo após a edição do referido verbete, permaneceu controverso o pagamento do adicional de insalubridade a empregados que trabalham com higienização de sanitários em locais de ampla utilização, tais como universidades, delegacias, hotéis e clubes.

Quanto à questão, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais havia consolidado o entendimento de que o contato com agentes biológicos, na higienização de sanitários com muitos usuários,

enquadra-se na hipótese de coleta de lixo urbano. Assim, nesses casos, restava afastada a incidência da Orientação Jurisprudencial nº 4, deferindo-se ao empregado o pagamento do adicional de insalubridade.

Para a Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos esse entendimento decorre do fato de a coleta de lixo e a limpeza de banheiros de fluxo intenso, com muitos e indeterminados usuários, propicia o contato do empregado com agentes biológicos patogênicos, ainda que se trate de instalação sanitária situada em local privativo. Trata-se, em última análise, do enquadramento da referida atividade na situação descrita no Anexo 14 da Norma Regulamentadora nº 15, da Portaria nº 3.214/78 como “coleta e industrialização de lixo urbano”.

Assim, Súmula 448 passou a ter a seguinte redação:

ATIVIDADE INSALUBRE. CARACTERIZAÇÃO. PREVISÃO NA NORMA REGULAMENTADORA Nº 15 DA PORTARIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO Nº 3.214/78. INSTALAÇÕES SANITÁRIAS. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 4 da SBDI-1 com nova redação do item II) – Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014.

I - Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho.

II – A higienização de instalações sanitárias de uso público ou coletivo de grande circulação, e a respectiva coleta de lixo, por não se equiparar à limpeza em residências e escritórios, enseja o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, incidindo o disposto no Anexo 14 da NR-15 da Portaria do MTE nº 3.214/78 quanto à coleta e industrialização de lixo urbano. (grifos nossos)

No entanto a interpretação feita pelo TST, o tema gera muita discussão. Nesse sentido, Branco (2009, p. 58) discorre que

a agressão do TST contra a Carta Constitucional é demonstrada pela sua intenção legiferante, pela finalidade de usurpar competências do Poder Legislativo [...], e ainda por buscar inovar e modificar a Ordem Jurídica por meio do texto sumulado [...], em nada compatível com as propostas do neoconstitucionalismo, no sentido de concretizar os direitos humanos fundamentais socio trabalhistas, caracterizando-se, assim, como o típico ativismo judiciário negativo.

Há quem defenda que a nova redação da Súmula 448 estabeleceu distinção não estabelecida pelo Anexo 14, da NR nº 15, uma vez que passou a considerar a higienização de instalações sanitárias e a respectiva coleta de lixo de hotéis, de bares, de restaurantes, de escolas, de grandes empresas, por exemplo, como atividade insalubre no grau máximo, pois que não estariam enquadradas no conceito de lixo urbano. Para eles, o Tribunal Superior do Trabalho adentrou na esfera de outro poder (legislativo), ao conceder um direito sem amparo legal.

Em que pede posicionamentos contrários, imperioso lembrar que enunciados de súmula, como bem dito anteriormente, refletem a uniformização jurisprudencial dos tribunais, não possuindo caráter vinculante, tampouco se confunde com atos estatais revestidos de densidade normativa (legislação). Ainda, o sistema jurídico adotado no Brasil é o *civil law* que, diferentemente do *commom law*, não confere força vinculante ao precedente judicial.

A Teoria da Integridade de Ronald Dworkin é tida como uma solução para a discricionariedade. Essa teoria possibilita frear às arbitrariedades dos magistrados e indicar critérios racionais a serem seguidos no momento decisório. Em outras palavras, a doutrina de Dworkin implica que os juízes não deveriam tomar decisões que, embora pareçam corretas em isolado, não podem ser justificadas no conjunto de princípios encontrados na sociedade.

A argumentação, seguindo o método de compreensão do direito proposto por Dworkin, consiste na conjugação de princípios do direito do trabalho na busca pela resposta correta ao caso concreto.

Assim, a interpretação dada pelo Tribunal Superior do Trabalho ao item II, da Súmula 448 levou em consideração as previsões legais da Consolidação das Leis do Trabalho, não deixando de lado a relação das atividades que envolvem agentes biológicos, cuja insalubridade é caracterizada pela avaliação, aprovadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego (Anexo 14 da Norma Regulamentadora nº 15 da Portaria nº 3.214/78), bem como sopesou o princípio protetor do empregado, em consonância com os ditames da Teoria da Integridade.

Considerações finais

No presente trabalho analisamos o princípio protetor e sua aplicação. Apurou-se que este versa acerca do tratamento privilegiado do trabalhador, conferindo-lhe vantagens e, em contrapartida, impõe obrigações ao empregador. Contudo, isso não significa que o Direito do Trabalho outorga direitos tão somente ao empregado, pelo contrário, este ramo do direito parte da admissão da subordinação jurídica do empregado em relação ao empregador, ou seja, parte do reconhecimento do poder diretivo deste. A relação de emprego é uma relação de poder, em que o empregador detém o poder de dar ordens, comandar e dirigir toda a execução do trabalho executado pelo trabalhador. A superioridade jurídica do trabalhador visa compensar sua natural inferioridade na relação.

Apesar de Plá Rodriguez apresentar apenas três formas de aplicação do princípio da proteção, quais sejam: a) *in dubio, pro ope-*

rario; b) regra da aplicação da norma mais favorável; e c) regra da condição mais benéfica. No entanto, Maurício Godinho Delgado defende que o princípio da proteção do trabalhador poderá ser aplicado em qualquer situação, observando-se uma interpretação coerente do sistema jurídico brasileiro. Em cada situação fática, é preciso avaliar se a finalidade do princípio da proteção está sendo atendida.

Ademais, os princípios são incitadores de regras jurídicas e, simultaneamente, concorrem com elas. Assim, poderão ser deduzidos de uma regra jurídica e empregados para afastar a aplicação de outra regra ao caso concreto. Essa atividade pressupõe que toda aplicação do direito e, assim, também a interpretação, sejam orientadas pelos princípios. Desse modo, a função informadora e a função normativa concorrente resumem o papel geral dos princípios no sistema jurídico, podendo afirmar que eles são fontes do direito.

A doutrina de Dworkin explica que os juízes não deveriam tomar decisões que, embora pareçam corretas em isolado. Deve-se também analisar os demais princípios do ordenamento jurídico e considerar a decisão a ser tomada como sequência de uma série de decisões políticas tomadas pelo Estado brasileiro, buscando a integridade entre as decisões passadas, as regras e os princípios.

A argumentação, seguindo o método de compreensão do direito proposto por Dworkin, consiste na conjugação de princípios do direito do trabalho na busca pela resposta correta ao caso concreto. Assim, a interpretação da legislação trabalhista deve ser conjugada com o princípio da proteção ao empregado de modo a considerar o ordenamento jurídico como um todo.

Deste modo, em que pede posicionamentos contrários, imperioso relembrar que enunciados de súmula refletem a uniformização

jurisprudencial dos tribunais, não possuindo caráter vinculante, tampouco se confunde com atos estatais revestidos de densidade normativa (legislação). Assim, completamente descabida a alegação de que o Tribunal Superior do Trabalho estaria legislando. Por sua vez, a interpretação conferida ao item II da Súmula 448 se deu em estrita observância com as previsões legais, não deixando de lado a relação das atividades que envolvem agentes biológicos, cuja insalubridade é caracterizada pela avaliação, aprovadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego (Anexo 14 da Norma Regulamentadora nº 15 da Portaria nº 3.214/78), bem como deu a devida valoração ao princípio protetor do empregado, aplicando ao caso concreto, em consonância com os ditames da Teoria da Integridade.

Referências

ARNAUD, André-Jean (org.). **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BITENCOURT, Caroline Muller; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. **Decisão judicial no Constitucionalismo Contemporâneo: um olhar crítico sobre o modelo do Juiz Hércules**. Revista Justiça do Direito, v.1, n.2, jul/dez, 2011 – Ed. Especial – p.78-95.

BONFIM, Edilson Mougeout. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. **O ativismo judiciário negativo investigado em Súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho**. In: MELO FILHO, Hugo Cavalcanti *et al* (coord.). O mundo do trabalho, volume 1: Leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2009;

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil: secção 1, Rio de Janeiro, DF, ano 82, n. 184, p. 11937-11984, 9 ago. 1943.

BRASIL. **Lei nº. 11.445, de 05 de janeiro de 2007.** Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução n. 194, de 19 de maio de 2014.** Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho: caderno judiciário do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, DF, n. 1479, p. 1-16, 23 maio 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias Interpretativas, Capacidades Institucionais e Crítica. *In Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 19, n. 19, p. 131-168, jan./jun. 2016.

DE CASTRO, Federico. **Derecho Civil de España.** 2. Ed. Madrid. 1949.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho.** São Paulo: LTr, 2001.

DMITRUK, Erika Juliana. O princípio da integridade como modelo de interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin. *In: Revista Jurídica da UniFil*, [S.l.], v. 4, n. 4, p. 144-158, out. 2018. ISSN 2674-7251.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio** (Tradução de Luís Carlos Borges). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. (Tradução de Jefferson Ruiz Camargo). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. (Trad. de Nelson Boeira). 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FERRI, Caroline Feliz Sarraf. **Teoria da integridade: Uma abordagem da sistematização de Ronald Dworkin**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 111, abril 2013. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/teoria-da-integridade-uma-abordagem-da-sistematizacao-de-ronald-dworkin/> >. Acesso em 28 de março de 2018.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e a falidade**. v. 1. (Trad.) FLávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p 276-277.

MARINHO, Jefferson Luiz Alves. **Teoria da integridade de Ronald Dworkin: um olhar matemático para a tese da resposta correta**. *Prisma Jurídico*, 2017.

OLIVEIRA, Francisco Antonio. **Comentários às súmulas do TST**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Walter. **O Judiciário legisla? O uso da jurisprudência como lei: o caso da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho**. 2015. 183 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

OLIVEIRA, Natalia Altieri Santos de Oliveira, FISCHER, Luly Rodrigues da Cunha. **A desigualdade no acesso a terra sob a ótica do princípio da igualdade de Ronald Dworkin** Rev. De Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica | e-ISSN: 2525-9644 | Brasília | v. 3 | n. 1 | p. 74 – 90 | Jan/Jun. 2017.

PADILHA, Norma Sueli. **A leitura principiológica do Direito do Trabalho na nova hermenêutica constitucional**: uma análise de colisão de valores frente a Súmula n. 331 do TST. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 21, p. 153-181, 2012.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 3^a ed. São Paulo: LTr, 2000.

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