

PRINCÍPIOS QUE SE SOBREPÕEM ÀS NORMAS E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO: UM ESTUDO DE JULGADOS NOS TRIBUNAIS

Maa-Rara Ralliane Andrade Gurgel¹

Marcelo de Barros Dantas²

RESUMO

A discussão acerca dos conflitos existentes entre norma e princípio é antiga. Principalmente no que tange à sua utilização como fonte ou não. Entretanto, o tema foi esquecido por muito tempo. No atual mundo do direito vem se discutido cada vez mais a questão da principiologia, assim como sua forma de aplicação em nossos tribunais. Por isso essa pesquisa será abordada a partir do estudo doutrinário e jurisprudencial. Por ser um trabalho de cunho acadêmico terá base no estudo de caráter teórico, qualitativo, nível exploratório e pesquisa documental. É importante entender o princípio e a norma, para então abordar o conflito, devendo preponderar à ideia de sobrepor princípio para com a norma. Dessa forma se faz interessante expor como isso afeta o Direito à luz das normas. Com essa noção iremos analisar como vem sendo aplicado em nosso ordenamento, bem como seus benefícios, afastando os conflitos de normas e a ideia do tudo-ou-nada de Dworkin. Conclui-se, portanto, que em nossa jurisprudência vem insurgido os princípios como norma (sem qualquer distinção), ou até mesmo se sobrepondo a esta. Dessa maneira retira-se a forma de aplicação como fonte e surge uma aplicação do princípio como norma. É relevante enfatizar que a discussão será desenvolvida mais especificamente na área do direito do trabalho, tendo como resolução uma melhor definição dos institutos.

Palavras-chave: Princípios. Normas. Conflitos. Doutrina. Jurisprudência

PRINCIPIOS QUE SE SOBREPONEN A LAS NORMAS Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO DEL TRABAJO: UN ESTUDIO DE JUZGADO EN LOS TRIBUNALES.

RESUMEN

La discusión acerca de los conflictos existentes entre norma y principio es antigua. Principalmente en lo que se refiere a la utilización como fuente, o no. La temática fue dejada de lado por mucho tiempo. En el actual mundo del derecho viene se discutiendo cada vez más la cuestión de la principiología, así como su forma de aplicación en nuestros tribunales. Por esa razón, esa encuesta será abordada a partir de un estudio doctrinario y jurisprudencial. Por tratarse de un trabajo académico tendrá base en el estudio de carácter teórico, calitativo,

¹ Discente do curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN E-mail: maa_rara@hotmail.com

² Docente do curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN E-mail: marcelobdantas@yahoo.com.br

nível exploratório y búsqueda documental. Es importante entender el principio y la norma, para sólo después abordar el conflicto, debiendo preponderar la idea de sobreponer el principio para con la norma. De esa manera se hace imprescindible exponer como eso afecta el Derecho a la luz de las normas. Con esa noción analizaremos como viene siendo aplicado en nuestro ordenamiento, bien como sus beneficios, alejando los conflictos de la norma y la idea de todo o nada de Dworkin. Concluíse, por lo tanto, que en nuestra jurisprudencia viene insurgiendo los principios como norma (sin cualquier distinción), o hasta mismo se sobreponiendo a esta. De esa forma se subtrae la forma de aplicación como fuente y surge una aplicación de principio como norma. Es relevante enfatizar que la discusión será desarrollada más específicamente en el área del derecho del trabajo, teniendo como resolución una mejor definición de los institutos.

PALABRAS CLAVE: Principios. Normas. Conflictos. Jurisprudencia

1. INTRODUÇÃO

Em nosso ordenamento jurídico podemos avaliar que os princípios têm um relevante papel. Os doutrinadores os analisam sob várias perspectivas, não existindo um conceito certo que defina os princípios. Todavia podemos dizer que eles existem e são aplicados. Eles devem ser traçados como um estado ideal de como deveria ser a norma.

De forma sintética e geral, os doutrinadores colocam o princípio como uma disposição aberta que apesar de ser eminentemente reguladora de condutas, não o faz de forma discricionária, mas apenas e exclusivamente traça o âmbito do mais admissível. Essa discricionariedade fica vinculada aos intérpretes da lei (em especial os magistrados).

O objetivo do presente estudo é realizar uma análise do caso concreto, jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, para exame da forma em que se utilizam “princípios” e polemizar a questão de seus limites, com o intuito de refletir criticamente acerca da maneira de aplicação desses princípios. Avaliando o imenso mundo da principiologia que vem se sobrepondo as normas no direito do trabalho.

O trabalho está inserido no âmbito acadêmico, baseado em um estudo de caráter teórico, qualitativo, exploratório, desenvolvendo-se através de um profundo levantamento bibliográfico, bem como por meio de estudos de jurisprudência. Sua abrangência dá-se em termo nacional, tendo em vista a análise do estudo de caso da jurisprudência pátria e demais legislações nacionais atinentes ao tema, utilizando-se para tanto do método dialético.

Nessa linha de raciocínio, em nosso sistema jurídico, amplamente, temos vasta jurisprudência que coloca o princípio como norma jurídica, se sobrepondo às “normas regras”.

A pesquisa pretende mostrar como os doutos julgadores vêm aplicando e desenvolvendo “princípios” em nosso ordenamento jurídico. Particularmente sobre questões trabalhistas.

Em face de tal critério, a presente pesquisa encontra-se dividida em capítulos. No primeiro capítulo traçaremos ideias basilares como conceituação, natureza jurídica, função, bem como uma breve síntese, acerca das concepções existentes sobre os princípios, qual seja, o jusnaturalismo, o positivismo e o pós-positivismo. Tratando ainda dos conflitos normativos entre normas e princípios.

Iniciando o segundo capítulo traremos à baila, alguns julgados do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que priorizam os princípios em face da norma jurídica. Dessa maneira poderemos avaliar a aplicação daquele instituto no âmbito trabalhista, bem como os limites de sua aplicação como forma de subsumir ao caso concreto.

O último ponto trará a conclusão, a qual se norteará no entorno da proposição das demarcações jurídicas do princípio aplicados nos julgados, de acordo com as técnicas de solução dos conflitos entre normas e princípios. Nesse momento, já estarão fixadas aqueles conceitos explicados nas argumentações que são considerados de relevante importância, comportando uma apurada finalização tendo como pilar tudo que será exposto.

2 DA IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS PARA O MUNDO DO DIREITO

2.1. CONCEITO E RELEVANTES FUNDAMENTOS

Durante anos a ciência normativa difunde as noções de direito, justiça, interpretação do direito e estrutura jurídica. Ao longo desse período houve uma grande evolução do jusnaturalismo e do positivismo que ajudou no desenvolvimento de discussões para a interpretação e função social dos princípios, com isso ocorreu uma revitalização dos valores dos princípios como fonte do direito, influenciando diretamente na interpretação das normas jurídicas.

Segundo Barros (2010, p. 173), na visão de Celso Ribeiro:

Os princípios gerais do Direito são as ideias fundamentais sobre a organização jurídica de uma comunidade, emanados da consciência social, que cumprem funções fundamentadoras, interpretativas e supletivas, a respeito de seu total ordenamento jurídico. São princípios gerais de Direito os da justiça, da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana. (BARROS, 2010, p. 173)

Finaliza ainda, o citado autor que os princípios são verdadeiros valores, pois se concebem como causa, gênero, origem. Na ótica de Delgado (2010) a ideia de princípio, seria mais ampla:

Assim, princípio traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade. (DELGADO, 2010, p.171)

Na mesma linha de raciocínio o citado autor conclui.

Em conclusão, para a Ciência do Direito os princípios conceituam-se como proposições fundamentais que informam a compreensão do fenômeno jurídico. São diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e que, após inferidas, a eles se reportam, informando-o. (DELGADO, 2010, p. 173)

Garcia (2010) mostra que a “visão de Jorge Luiz Souto Maior: Os princípios jurídicos trabalhistas são, por isso, a realização da justiça social, a irrenunciabilidade dos direitos e a continuidade da relação de emprego.” (MAIOR, 2005, p. 321).

Alguns doutrinadores como Martinez (2011), preconizam que os princípios prescrevem diretrizes e geram uma “otimização” da norma. Por serem dotados de uma estrutura valorativa, os princípios reclamam uma conduta racional e criativa do intérprete para a sua aplicação. Outros doutrinadores como Melo (2001, p. 771), diz:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. (MELLO, 2001, p.771-772)

Por algumas décadas foram desprezados como fonte de direito por conter razões valorativas, pela escola positivista, para estes as diretrizes da lei é fonte essencial. No caso, o magistrado, portanto, faria uma leitura interpretativa do texto da lei alcançando assim uma decisão a ser oferecido no caso concreto.

Segundo o professor Humberto Avila, pondera que segundo:

Alexy, partindo das considerações de Dworkin, precisou ainda mais o conceito de princípios. Para ele os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. (ÁVILA, 2005, p.31)

Para tanto, no art. 4º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, que apenas “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito” (BRASIL, 2011), assim consolida-se a ideia de que os princípios devem ser aplicados subsidiariamente. Já no Direito do Trabalho em decorrência do art.8ª da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), entende-se que os princípios gerais de direito devem ser aplicados no âmbito do direito do trabalho, ou seja, tem força de fonte.

É relevante acentuar que os princípios de acordo com a própria lei devem ser utilizados como fonte subsidiária do direito, só tendo empregabilidade em posterior a lei. Entretanto, doutrinadores como o administrativista Mello (2000), concordando com tal assertiva, dispõe que:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição que irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. [...] Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, 2000, p. 537-538)

É importante acentuar que para alguns pensadores como Cassar e Monteiro (2011), os princípios são fontes formais que possuem força normativa, ou seja, autônoma. Rodriguez e

Pinto (2002) definem como força normativa supletiva e, não, a autônoma. Existe também quem entenda que os princípios não possuem força normativa, no caso, Nascimento (2010), que expõe:

Os princípios não podem ser identificados como diretrizes da jurisprudência porque há jurisprudência técnica que não contém princípios. Por outro lado, os princípios não devem ser equiparados a meras afirmações dos doutrinadores. Todavia, as construções da doutrina podem cumprir uma função integrativa ao lado da analogia e da equidade e, mais ainda, uma função corretiva mais ampla retificadora dos desvios do direito positivo, caso em que se sobrepõem às leis na medida em que a doutrina explica o sentido de uma lei. (NASCIMENTO, 2010, p.445)

Deve-se esclarecer que jurisprudência não é princípio, como bem expõe o aludido jurista acima, mas sim um conjunto de decisões do Poder Judiciário em determinado sentido de modo a fixar uma diretriz. Outro ponto exposto pelo autor, é que a analogia e equidade também não são princípios. Nascimento (2010) ainda aduz:

Logo, não podem ser equiparados, como fez a CLT, a outros princípios e normas gerais do direito do trabalho. Para outro lado, ao nivelar os princípios do direito do trabalho com as técnicas de integração do direito na falta de disposição legais ou contratuais, deu aos princípios uma finalidade que é importante, mas não a única, ao lado da analogia e equidade, cobrir os vazios do espaço normativo, mas não lhes atribuiu função retificadora das injustiças da lei.

2.2 CARACTERÍSTICAS E FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS

Para a professora Cassar (2011), os princípios são considerados como fontes formais, dessa maneira tem um caráter geral, pois são feitos para todos e não apenas para uma só pessoa; abstrato, não prevê uma condição concreta, mas uma hipótese; impessoal, pois leva em conta a coletividade; e imperativo, pois todos são obrigados a cumprir, tem caráter coercitivo.

Já Nascimento (2010), diz que:

Para a sua aplicação no caso concreto é necessário dar-lhe força normativa, sem a qual no caso concreto é necessário dar-lhes força normativa, sem a qual não terão como ser aplicadas. Logo, o estudo dos princípios deve ser feito em conjunto com o das normas. A CLT (artigo 8º) atribui ao princípio e

as lacunas da lei ao dispor que as decisões das autoridades, à falta de lei, devem ser fundadas nos princípios, com o que não lhes deu função retificadora dos efeitos indesejáveis da aplicação de algumas normas. (NASCIMENTO, 2010, p.442)

Sendo assim, sua natureza jurídica é motivo de disputa entre os doutrinadores, por não saberem se trata de uma norma ou não. Todavia para Kelsen, o princípio tem seu caráter eminentemente axiológico, não existia efeito jurídico, nem tão pouco de aplicabilidade imediata. Destarte para Dworkin, existem normas regras e normas princípios que se compõem harmonicamente. Bobbio mostra a relevante importância dos princípios por destacar o seu caráter de integralizar o ordenamento jurídico e evidenciar seu caráter normativo.

Para os jusnaturalismo, segundo Nascimento (2010), trata-se de direito natural, suscitada uma visão metafísica e abstrata, e nesse âmbito encontra-se sua produção e existência. Já no positivismo a concepção, baseando-se no mesmo autor, prescreve que não estão fora do direito positivo, mas decorre da coerência interna do sistema de direito positivo. Por fim, a terceira, que na visão de Alves, com as novas Constituições do século XX, acentuou-se a ideia dos princípios colocados como prioridades para a construção jurídica das novas leis.

Entretanto Barros (2010) pondera “os princípios gerais do direito como os princípios peculiares ao Direito do Trabalho atuam como processo de heterointegração diante da lacuna da lei.” Para a autora os princípios têm um caráter normativo autônomo e outro supletivo. Sendo essas características apenas para as normas constitucionais. Para tanto, Sarmento explica:

Os princípios constitucionais apresentam, ainda, função supletiva, regulando imediatamente o comportamento dos seus destinatários, diante da inexistência de regras constitucionais específicas sobre determinadas matérias. Sob este ângulo, pode-se afirmar, na esteira da lição de Canotilho, que os princípios podem revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito.

No que se refere à função trazemos a proposta de integração do nosso ordenamento jurídico. Para doutrinadores como Barros (2010), no processo de integração, devem ser utilizados os princípios gerais de direito, os constitucionais e os que são peculiares ao Direito do Trabalho, para só assim preencher a vaguidade das normas. Há pensadores, como Nascimento (2010), que entende que não só existe a função de integração, pois o princípio

também modela e limita a lei, sob forma de orientação para a interpretação e aplicação das normas já existentes.

Contudo, de acordo com Garcia (2010), o princípio exerce três funções no sistema jurídico. No caso, a primeira função é a integração do ordenamento jurídico. Assim observa-se que na ausência de disposição específica para regular do caso concreto, pode-se recorrer aos princípios gerais de direito. A segunda função é a interpretação, na qual o juiz e o aplicador das normas se orientam para conseguir o real sentido. E por fim, exerce função inspiradora que o legislador em sua atividade de elaboração se utiliza para criar novas disposições normativas.

Para os processualistas trabalhistas:

Levam em consideração como as seguintes funções: a) informadora, na qual elabora as normas; b) construtora, indicando e formulando uma filosofia dominante no ordenamento jurídico; c) normatividade, quando inseridos expressamente em norma positiva, tornando-se, aí, de aplicação obrigatória; d) interpretativa, colaborando no entendimento de norma jurídica com forma e conteúdo polêmicos; e) integrativa, como instrumentos de integração do ordenamento jurídico, substituindo direta ou indiretamente as omissões do legislador. (ALMEIDA, 2002 p. 32)

3 O DEBATE SOBRE A FUNÇÃO NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

Segundo, Cassar (2011) existe uma posição majoritária dos tribunais e doutrinadores, em que a Constituição de 1988 elevou os princípios à categoria de norma. Destarte os conceitos elencados no tópico anterior pode-se reiterar que mostram com excessivo apego as normas, ou seja, uma visão positivista. Diante desta ideia não se pode renunciar ao texto legal, pois estabelece as bases da sociedade, nem se deve colocar como fonte secundária os princípios, pois são cláusulas abertas permitindo a solução de maiores números de casos.

Podemos expor que os princípios têm o domínio de transportar uma versão capaz de repelir uma estrutura lógica da norma, na qual diz que em uma hipótese fática há uma consequência jurídica, assim deve existir a utilização vertical do tudo-ou-nada (*all or nothing*). Nessa linha de raciocínio, caso exista um conflito entre princípios e regras, o intérprete deve utilizar-se das antigas técnicas da hermenêutica originárias das antigas normas romanas, as quais expõem que uma norma superior revoga norma inferior; norma especial

revoga norma geral; norma posterior revoga norma anterior. Intercorre que tais métodos hermenêuticos são incipientes muitas vezes para resolução do conflito.

Para Nascimento (2010, p.444):

De modo geral, a sua função é interpretativa da qual são um elemento de apoio; todavia, saber qual é sua exata função em nosso ordenamento é tema controvertido diante do disposto no art.8 da CLT, que equipara a um meio de integração das lacunas da lei, o que diverge o entendimento que dá aos princípios a função retificadora da lei.

Ainda nessa linha de raciocínio no que tange os conflitos:

Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam determinada direção a seguir. Ocorre que, em ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não é só possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá predominantemente, mediante ponderação. (BARBOSA, 2003, p. 329)

Em um caso prático a regra mostra que o julgador deve decidir de acordo com as limitações do pedido das partes. Podemos ver que unindo as leituras dos artigos 841, §1º da CLT, que expõe sobre a importância de que estejam presentes na peça inicial trabalhista os fatos e o pedido, de acordo com o artigo 282, IV do CPC, entende-se que a petição inicial deveria compreender em sua extensão o pedido com suas particularidades. Entretanto, em algumas oportunidades o magistrado se depara com pedidos sucintos, o que não significa ser o real objeto da procura do provimento jurisdicional.

Para alguns especialistas se faz necessário entender que existem algumas distinções entre norma, regra e princípio. Para Gomes (2011), as normas são expressas pelo Direito e elas se exprimem por meio de regras ou princípios, o citado autor é mais contundente ao afirmar:

As *regras* disciplinam uma determinada situação; quando ocorre essa situação, a norma tem incidência; quando não ocorre, não tem incidência. Para as regras vale a lógica do tudo ou nada (Dworkin). Quando duas regras colidem, fala-se em "conflito"; ao caso concreto uma só será aplicável (uma

afasta a aplicação da outra). O conflito entre regras deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação: a lei especial derroga a lei geral, a lei posterior afasta a anterior etc.. *Princípios* são as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico (ou de parte dele). Seu espectro de incidência é muito mais amplo que o das regras. Entre eles pode haver "colisão", não conflito. Quando colidem, não se excluem. Como "mandados de otimização" que são (Alexy), sempre podem ter incidência em casos concretos (às vezes, concomitantemente dois ou mais deles) (GOMES, 2011)

Nesse caso é válido mostrar que o jurista acima entende que não existem conflitos, mas uma colisão de preceitos. Dessa forma, não haveria a exclusão de princípios, normas ou regras, mas sim, um “mandado de otimização” que incidiria sobre o caso concreto.

Dessa forma, poderíamos expor dúvidas quanto à normatividade do princípio. Esse questionamento sobre o cunho normativo dos princípios advinda da ideia do positivismo jurídico, com a qual tem forte ligação. Kelsen, em sua teoria pura, entendia que a ideia de norma viria de um juízo disjuntivo, no qual, dado o fato jurídico deve ser a prestação; dado a não-prestação (ato ilícito), deve ser a sanção. Com esse preceito seria difícil encaixar os princípios como norma, dado o fato de, em regra, não serem satisfatórios como normas de comportamento, com conteúdos prescritivos, e por terem uma tendência à abstração.

Ainda na linha de Kelsen, a norma dirime a conduta, imperiosamente. Analogamente, existia uma forte aproximação entre a norma e o direito, e o afastamento dos questionamentos quanto aos valores. Sabendo-se que o princípio está fortemente ligado a essência da ideia dos valores, com isso inviabilizava a sua compreensão como uma norma jurídica.

Entretanto com a nova aproximação dos jusfilósofos pós-positivistas com a ética e os valores, e a consequente reestruturação teórica do conceito de Direito, comportou a incorporação dos princípios dentro da classe das normas.

Entretanto, não queriam os jusfilósofos pós-positivistas, segundo Barroso, “o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos e metafísicos de uma razão subjetiva” (BARROSO, 2004, p. 326). Alguns doutrinadores vêem que os princípios vieram concretizar os pressupostos de valores da sociedade, tendo sido muitos deles asilados explícita ou implicitamente em nossa Constituição. A percepção de normatividade dos princípios solidificou a construção teórica de Dworkin em seu livro “Levando os direitos a sério”, destacando o direito como um sistema composto de normas harmonicamente vinculadas, existindo normas regras e normas princípios.

4. APLICAÇÕES NOS TRIBUNAIS

Para obter um melhor entendimento, acerca dos princípios que se sobrepõem as normas, passaremos a debater de maneira prática algumas jurisprudências. Tal método será feita com base em alguns estudos doutrinários. Dessa forma se analisará como ocorre a aplicação dos princípios.

4.1. COMPETÊNCIA TERRITORIAL E OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

Tendo como base a regra insertada no artigo 651, da CLT, vê-se que a competência das Varas do Trabalho é determinada pela localidade em que o Empregado presta serviço ao Empregador. Assim poderá o Empregado, nos casos em que a realização de atividades se der fora do lugar onde fora contratado, apresentar Reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços. Leite (2009), em seu livro de Curso de Direito de Processo do Trabalho, afirma:

A intenção do legislador foi ampliar ao máximo o acesso do trabalhador ao Judiciário, facilitando a produção de prova, geralmente testemunhal, sendo certo que o critério escolhido foi o do local onde o contrato esteja sendo de fato executado, pouco importando o local de sua celebração. (LEITE, 2009, p. 246)

Entretanto, no que tange ao princípio da territorialidade, podemos analisar que o processo de delimitação que impõe o artigo 651, da CLT, não é por todo absoluto. Para tanto, há julgados que preconizam pensamento de que pode flexibilizar a própria lei.

No caso podemos verificar algumas jurisprudências dos nossos tribunais, como se comprova no fragmento abaixo:

Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. COMPETÊNCIA EM RAZÃO DO LUGAR. PRORROGAÇÃO. FACILITAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA. Em razão do princípio da facilitação do acesso à Justiça, a competência da Justiça do Trabalho em razão do lugar deve ser prorrogada, podendo o empregado instalar reclamatória no local onde reside e que informa ter sido contratado, mesmo que verbalmente, sobretudo quando não oposta a tempo e modo a exceção de incompetência. (TRT 3ª Região – 4ª Turma. 00303-2008-097-03-00-1-RO. Data da publicação: 21/02/2009. Relatório da Excelentíssima Adriana Goulart de Sena) (grifo nosso).

Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. CONFLITO DE COMPETÊNCIA – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM LOCAL DIVERSO DAQUELE EM QUE FOI CELEBRADO O CONTRATO DE TRABALHO – Da normatização inserta no artigo 651, § 3º, da CLT infere-se que a competência para o dissídio individual trabalhista será a da localidade na qual o empregado tenha celebrado o contrato de trabalho ou prestado os serviços respectivos, sendo uma faculdade do empregado ajuizar a ação em uma ou outra localidade. Dessa forma, não há qualquer razoabilidade na exigência de o Reclamante retornar ao local onde prestou serviços, quando ele já está de volta a seu domicílio, o qual coincide com o lugar em que foi celebrado o contrato de trabalho. Esse entendimento prestigia os princípios que norteiam o direito trabalhista, em especial, o da proteção ao hipossuficiente e leva em consideração a dinâmica do Processo do Trabalho. Conflito de competência julgado procedente. (TST – CC119.959/2004-000-00-00.6 – SBDI 2 – Rel. Min. Emmanoel Pereira – DJU10.12.2004) (grifos propositais)

MANDADO DE SEGURANÇA. DESCABIMENTO. DECISÃO QUE REJEITA A EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL ARGÜIDA PELA IMPETRANTE E DEFERE, LIMINARMENTE, A TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SENTENÇA SUPERVENIENTE. PERDA DE OBJETO. Na hipótese, o ato impugnado na ação mandamental é a decisão interlocutória que deferiu tutela antecipada em ação civil pública e rejeitou a exceção de incompetência em razão do lugar oposta pela reclamada, não ordenando o envio dos autos a foro diverso (Itapetinga/BA) daquele no qual foi ajuizada a ação (Salvador/BA). É certo que contra o ato não cabia de imediato o recurso ordinário previsto no art. 799, § 2º, da CLT e nas Súmulas nºs 214 e 414, II, do TST, porque as Varas do Trabalho envolvidas estão sujeitas à jurisdição do mesmo TRT (o da 5ª Região) e diante do disposto no art. 893, § 1º, da CLT. E como foi a impetrante quem ofereceu a exceção de incompetência, também não poderia ter combatido o ato coator mediante a suscitação de conflito de competência perante a Corte Regional, a teor dos arts. 116 e 117 do CPC e 805, c, e 808, a, da CLT. Daí caber mandado de segurança na espécie, ante à inexistência de recurso (lato sensu) próprio. Todavia, o fato superveniente de já haver sido proferida sentença de mérito substitutiva do ato coator nos autos originários faz perder o objeto do mandado de segurança, pois ela poderá ser impugnada pelo adequado recurso ordinário. Constatando-se que no feito principal já sobreveio provimento jurisdicional definitivo, a extinção do presente processo, no qual ajuizada a ação mandamental ainda em curso e atualmente em grau de recurso ordinário, sem julgamento do mérito, é medida que se impõe, ante à falta de interesse processual da impetrante a tutelar (CPC, art. 267, inciso VI). (Processo: 75400-55.2003.5.05.0000; Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, SBDI-II; Data de Publicação: 12/05/2006)

Conforme supramencionado, é de bom tom, enfatizar que as jurisprudências mostram o entendimento dos tribunais no que se refere à aplicação dos princípios que se sobrepõem as normas. Acima se observa as jurisprudências que exemplificam como o tema do princípio da inafastabilidade da jurisdição é aplicado em nosso ordenamento jurídico.

4.2. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E A COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA

Antes de conceituar o princípio da proteção, devemos inserir a ideia dos princípios da irrenunciabilidade e indisponibilidade. Assim, a irrenunciabilidade, na visão de Garcia, “significa que não se admite, em tese, que o empregado renuncie, ou seja, abra mão dos direitos assegurados pelo sistema jurídico trabalhista, cujas normas são, em sua grande maioria, de ordem pública.” Já o princípio da indisponibilidade, revela um cunho imperativo das normas trabalhistas, como também a sua forma social, que contem um teor protetivo de relevante interesse público coletivo, demarcando estreitamente a possibilidade de disponibilidade das partes, evidentemente que colocando a salvo direitos do trabalhador, forma pela qual se diminui as desigualdades jurídicas que se mostram entre as partes na relação de trabalho.

Na ótica de Barros (2010) o princípio da proteção é unido na norma e na condição mais favorável. Esclarece ainda que tenha o propósito de (tentar) corrigir desigualdades, produzindo uma superioridade jurídica em favor do empregado, diante da sua condição de hipossuficiente.

A Comissão de Conciliação Prévia (CCP), para Nascimento (2010), “foi instituída no âmbito do sindicato. Terá sua constituição e normas de funcionamento definidas em convenção ou acordo coletivo.” No artigo 625-A, da CLT, pontua que as empresas criariam comissões, nas quais haveria representação dos seus empregados e empregadores, com o objetivo de dirimir os conflitos existentes.

Entretanto o Tribunal Superior do Trabalho segue entendimento diverso, como se comprova na jurisprudência abaixo:

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA - EXISTÊNCIA DE RESSALVAS - SÚMULA Nº126 DO TST.

1. Consoante a diretriz do art. 625-A da CLT, as empresas e os sindicatos podem instituir comissões de conciliação prévia, de composição paritária, com representante dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho.
2. Por sua vez, o parágrafo único do art. 625-E da CLT determina que o termo de conciliação é título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas.
3. Na hipótese vertente, embora o Re-gional tenha consignado que a Reclamante poderia postular as verbas que não compuseram o acordo realizado em sede de Comissão de Conciliação Prévia, na medida em que a Justiça do Trabalho é norteada pelo princípio da proteção ao trabalhador, não havendo que se falar em eficácia liberatória, por certo que não consignou se

no termo de conciliação foram, ou não, ressalvadas parcelas, nem mesmo que a Obreira teria declarado que nada mais havia a reclamar a qualquer título, consoante sustenta o Recorrente.

4. Nesse contexto, emerge como obstáculo à revisão pretendida a orientação fixada na Súmula nº 126 do TST, pois somente pelo reexame do conjunto fático-probatório é que se poderia eventualmente modificar a decisão recorrida, não havendo como divisar conflito 4. Nesse contexto, emerge como obstáculo à revisão pretendida a orientação fixada na Súmula nº 126 do TST, pois somente pelo reexame do conjunto fático-probatório é que se poderia eventualmente modificar a decisão recorrida, não havendo como divisar conflito de teses nem violação de dispositivo de lei em torno da questão de prova. Recurso de revista não conhecido. (Processo: RR 489002720045040005 48900-27.2004.5.04.0005, Relator(a): Ives Gandra Martins Filho, Julgamento: 07/02/2007, Órgão Julgador: 4ª Turma, Publicação: DJ 09/03/2007.) (grifo nosso)

Assim podemos contemplar como ocorre a aplicação do princípio em nosso tribunal. No caso instituíram leis que são cada vez mais flexíveis. Isso se dá pela criação de novos princípios. O exemplo acima apresenta de forma cristalina que o modelo de aplicação do citado instituto, poderá vir a criar, novos entendimentos que irão sobrepor às normas jurídicas no direito do trabalho.

4.3. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO OPERARIO E AS NORMAS TRABALHISTAS

Segundo Delgado (2010), trata-se de um princípio com antigas referências doutrinárias no ramo trabalhista. Para o autor, o empregador constitui-se como um devedor na relação de emprego, no caso adaptou-se o princípio à diretriz *in dubio pro operário*.

Para tanto Cassar (2011), apresenta um instrumento da legislação que deve ser analisada, no caso, o artigo 477, §6º, CLT, que fala sobre os prazos para pagamentos de parcelas da rescisão. Aplica-se a todas as hipóteses de extinção do pacto, independente da emissão, pelo empregador, ao termo de recibo de quitação.

Esses artigos mostram que existem, são válidos e eficazes, entretanto não se aplicam, pois o princípio do *in dubio pro operario* mostra-se mais benéfica. Rodriguez (2002) mostra que:

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 dados ou obter certas informações ou documentos. (RODRIGUEZ, 2002,pg.115)

Em nossa jurisprudência podemos ver o seguinte entendimento:

RECURSO DE REVISTA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

A teor da Orientação Jurisprudencial nº. 115 da SDI-1 desta Corte, - o conhecimento do recurso de revista ou de embargos, quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, supõe indicação de violação do art. 832 da CLT, do art. 458 do CPCou do art. 93, IX, da CF/1988-. Revista não conhecida. NORMA COLETIVA. INTERPRETAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA SALARIAL DA PARCELA -COMPENSAÇÃO ORGÂNICA-. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO. REGRA HERMENÊUTICA - IN DUBIO PRO OPERARIO-. Há fundada dúvida a respeito do alcance da norma coletiva. Nesse caso, tem aplicação o princípio do in dubio pro operario, corolário do princípio da proteção. Assim, comportando a norma examinada mais de uma interpretação, há de se adotar aquela mais benéfica ao trabalhador, do que exsurge a natureza salarial que se reconhece à parcela -compensação orgânica-. Recurso de revista conhecido e provido, no tema.(Processo: RR 1289002420035040013 128900-24.2003.5.04.0013, Relator(a): Rosa Maria Weber Candioti da Rosa, Julgamento: 17/09/2008, Órgão Julgador: 3ª Turma, Publicação: DJ 28/11/2008.)

ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO BÁSICO DO SERVIDOR. ARTIGO 129 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL TRANSITÓRIA Nº 60 DA SBDI-1 DESTA CORTE.

Nos termos da Orientação Jurisprudencial Transitória nº 60 da SBDI-1 desta Corte, “o adicional por tempo de serviço – quinquênio -, previsto no art. 129 da Constituição do Estado de São Paulo, tem como base de cálculo o vencimento básico do servidor público estadual, ante o disposto no art. 11 da Lei Complementar do Estado de São Paulo nº 713, de 12.04.1993”. Recurso de revista conhecido e provido. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (Reclamação nº 6.830 MC/PR - Paraná, publicada no DJE nº 217, em 21/10/2008), até que sobrevenha lei que disponha sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade e não havendo previsão normativa nesse sentido, essa parcela deve ser calculada com base no salário mínimo nacional. Trata-se de dar aplicação à Súmula Vinculante nº 4 da Corte Suprema nacional na interpretação que lhe foi dada na citada Reclamação, levando-se ainda em conta que a Súmula nº 17 desta Corte foi cancelada pela Resolução nº 148/2008 deste Tribunal Superior exatamente em função desses pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal. Recurso de revista conhecido e provido. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. INCORPORAÇÃO DA PARCELA PAGA PELA FAEPA. Conforme o acórdão regional, a Fundação de Apoio ao Ensino, Pesquisa e Assistência – FAEPA, apesar de não ser a real empregadora da reclamante, pagava-lhe parte do benefício do auxílio-alimentação a título de incentivo, razão pela qual se encontra incontroverso que a verba em comento possui natureza salarial, visto que constitui contraprestação pelo serviço prestado, o que gera a incidência da Súmula nº 241 do TST, com o seguinte teor: “o vale para refeição, fornecido por força do contrato de trabalho, tem caráter salarial,

integrando a remuneração do empregado, para todos os efeitos legais.” A circunstância fática, expressamente noticiada na decisão regional, de que aquela Fundação era ligada ao réu empregador da reclamante, autoriza concluir que o pagamento de verba flagrantemente de natureza salarial por meio daquela interposta objetivava exatamente descaracterizar, artificialmente, aquela natureza, assim atraindo o disposto no artigo 9º da CLT, que fulmina de realidade atos praticados a fim de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos trabalhistas. Recurso de revista não conhecido. (Processo: RR - 54000-50.2006.5.15.0113 Data de Julgamento: 09/11/2011, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/11/2011.)

Ainda seguindo o pensamento de Cassar (2011), temos que para a aplicação de tal princípio é necessário verificar dois requisitos que devem ser preenchidos simultaneamente. Seriam eles: que somente haveria aplicação quando houvesse dúvida razoável sobre o alcance legal da norma; e quando esteja em desacordo com a vontade expressa do legislador. Assim, existiria certa limitação quanto à forma de aplicação do citado princípio.

Alguns doutrinadores, como Cassar, endentem que poderia se aplicar tal princípio para o exame de provas e fatos no campo processual, pois na dúvida em relação ao empregador, não se pode decidir preliminarmente a favor do empregado.

Cassar (2011) traz um exemplo para tal caso:

O empregado faz prova testemunhal de que laborava uma hora extra por dia. Por outro lado, a testemunha do empregador, também compromissada a dizer a verdade, afirma que o autor não trabalhava em jornada suplementar. Logo, há um impasse quanto à veracidade dos fatos ocorridos, já que opostos os depoimentos. Os defensores da vertente em estudo se inclinariam a acolher o depoimento da testemunha do autor, porque na “dúvida o juiz deve valorar a prova a favor do empregado para protegê-lo. Para os adeptos das outras duas correntes acima, o juiz deve ser isento, em face do princípio constitucional da imparcialidade e, por isso, tem o dever de aplicar a lei processual seja quanto ao ônus da prova (art.333 do CPC), seja superando o depoimento de uma das testemunhas ouvidas porque menos coerente, contraditória, contrária aos fatos confessados pelas partes etc., aplicando o princípio da persuasão racional ou convencimento motivado. (CASSAR, 2011,p.199)

4.4. VÍNCULO EMPREGATÍCIO E O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE DOS FATOS

Barros (2010) explica que a primazia da realidade dos fatos se traduz nas relações jurídicas-trabalhistas se estabelece pela situação de fato, isto é, pela modo como realizou a prestação de serviço, pouco importando o nome que lhes foi atribuído pelas partes. Expõe ainda que tal princípio se desdobra em todos os momentos da relação de empregado.

Para os juristas como Cassar (2011), no Direito do Trabalho prevalecem os fatos reais sobre as formas, no caso o que importa é o que realmente aconteceu e não o que está escrito. Nosso ordenamento jurídico estabelece no artigo 3º da CLT, sobre a forma de vínculo empregatício, qual seja a subordinação, a não eventualidade, a prestação mediante pecúnia. Pois se houver prova desses requisitos, existe a possibilidade da lei não ser aplicada.

Em nossa jurisprudência dominante existe a aplicação do princípio da primazia da realidade dos fatos. Se faz mister entender o princípio da primazia da realidade dos fatos. Para tanto, Süsskind (2011) ensina: “que a relação objetiva evidenciada pelos fatos define a verdadeira relação jurídica estipulada pelos contratantes, ainda que sob capa simulada, não corresponda à realidade.” Em suma, o princípio é destinado à proteção do trabalhador, tendo em vista que o empregador poderia, em tese, obrigá-lo a assinar documentos em contrário.

Apesar de encontrar seus limites na lei, o citado princípio poderá ser interpretado quando violar lei. Logo, não é permitido o exercício ilegal da profissão.

Assim, podemos colocar que o princípio está sendo aplicado mesmo quando arranha a lei, como se pode normalmente constar do exemplo jurisprudencial abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO PREVISTO NO ARTIGO 129 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. BASE DE CÁLCULO. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL TRANSITÓRIA Nº 60 DA SBDI-1. Diante de uma possível contrariedade à OJ Transitória 60 da SBDI-1 do TST e consequente violação do inciso XIV do art. 37 da CF, dá-se provimento ao agravo de instrumento para processar o recurso de revista. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO PREVISTO NO ARTIGO 129 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. BASE DE CÁLCULO. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL TRANSITÓRIA Nº 60 DA SBDI-1. Esta C. Corte pacificou entendimento, por meio da OJ Transitória 60 SBDI-1 do TST, de que o adicional por tempo de serviço previsto na Constituição do Estado de São Paulo deve ser calculado sobre o vencimento básico do reclamante. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RECURSO DE REVISTA: RR 1266003120095150124 126600-31.2009.5.15.0124, Relator(a): Horácio Raymundo de Senna Pires, Julgamento: 03/08/2011, Órgão Julgador: 3ª Turma, Publicação: DEJT 12/08/2011)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. 1. NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Deixando a parte de indicar os pontos omitidos pelo

Regional, impossível o acolhimento da preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional. 2. ENQUADRAMENTO. PRESCRIÇÃO. ATIVIDADE AGROINDUSTRIAL. Ausentes as violações constitucionais e legais apontadas e com apresentação de arestos inespecíficos (Súmula 296/TST), não prospera o apelo. 3. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. O recurso de revista se concentra na avaliação do direito posto em discussão. Assim, em tal via, já não são revolidos fatos e provas, campo em que remanesce soberana a instância regional. Diante de tal peculiaridade, o deslinde do apelo considerará, apenas, a realidade que o acórdão atacado revelar. Esta é a inteligência da Súmula 126 do TST. 4. DIFERENÇAS SALARIAIS. IRREDUTIBILIDADE. Não evidenciadas as violações constitucionais e legal indicadas e com a apresentação de arestos inespecíficos (Súmula 296 do TST), não merece processamento o recurso de revista. 5. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. A reavaliação das provas que conduziram à não caracterização de dano moral não é possível em via extraordinária, incidindo o óbice da Súmula 126/TST. 6. INTERVALO INTRAJORNADA. REFLEXOS. Deixando a parte de impugnar o fundamento da decisão recorrida, não merece conhecimento o apelo. Súmula 422 do TST. 7. HORAS “IN ITINERE”. Os fundamentos de fato e de direito que suportam o julgado não permitem vislumbrar má aplicação das regras de distribuição do ônus da prova, não se fazendo potencial a indicada ofensa ao art. 333, I e II, do CPC, ou, tampouco, contrariedade à Súmula 90, I, desta Corte. 8. ADICIONAL NOTURNO. Ausente a violação legal indicada, não prospera o apelo. 9. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO-MÍNIMO. Na dicção da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o salário-mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial. Combatida a Súmula 228 desta Casa, a Corte Maior decidiu continuar sendo calculado com base no salário-mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou de convenção coletiva (Medida Cautelar em Reclamação Constitucional nº 6.266/DF, Ministro Gilmar Mendes). Não há outra senda possível ao trânsito, sendo esta a solução que o caso evoca. 10. REFLEXOS DE REPOUSOS SEMANAIS REMUNERADOS, INTEGRADOS POR HORAS EXTRAS. Nos termos da OJ nº 394 da SBDI-1/TST, a majoração do valor do repouso semanal remunerado, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sob pena de caracterização de “bis in idem”. 11. DESCONTOS FISCAIS. A teor da OJ nº 363 da SBDI-1 do TST, “a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições social e fiscal, resultante de condenação judicial referente a verbas remuneratórias, é do empregador e incide sobre o total da condenação. Contudo, a culpa do empregador pelo inadimplemento das verbas remuneratórias não exime a responsabilidade do empregado pelos pagamentos do imposto de renda devido e da contribuição previdenciária que recaia sobre sua quota-parte”. 12. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Estando a decisão em conformidade com as Súmulas 219 e 329 e com a OJ 305 da SBDI-1, todas desta Corte, não prospera o recurso de revista, nos termos do art. 896, § 4º, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA: AIRR 1741000720075150046 174100-07.2007.5.15.0046, Relator(a): Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Julgamento: 22/06/2011, Órgão Julgador: 3ª Turma, Publicação: DEJT 01/07/2011)

Assim de acordo com os entendimentos jurisprudencial podemos considerar a forma em que se é aplicado o princípio em questão. Por empregar o instituto de forma a beneficiar o empregado, não existiria assim a imparcialidade do magistrado e sequer necessitaria a aplicação das normas, pois bastaria ter os princípios.

Cassar, entretanto, avalia que pode tal princípio ser utilizado de forma contraria ao trabalhador. Apesar de que, muitos defendem que tal princípio por ser espécie do gênero “princípio da proteção ao trabalhador”, não poderá ser plicado em detrimento do empregado. Um bom exemplo, ainda na ideia da citada autora, mostra:

Empregada doméstica que executa trabalhos exclusivamente domésticos em casa de família, mas tem sua CTPS assinada pela pessoa jurídica da qual o patrão é sócio majoritário. A Lei nº5859/72 determina que o empregador doméstico seja uma pessoa física. Pelo princípio da norma mais favorável, deveria ser aplicada a CLT para reger todo o contrato. Por outro lado, como de fato a empregada executava serviços domésticos e o patrão de fato era pessoa física, que não se valia da mão de obra doméstica para fins lucrativos, poderia ser aplicado o princípio da primazia da realidade, mesmo em prejuízo ao trabalhador. Entendemos que deveria prevalecer a lei do doméstico e não a CLT para reger aquele contrato, cabendo ao empregador ou ao Judiciário retificar a CTPS para passar a constar o real empregador (pessoa física), apesar da CLT conter mais benesse que a lei do domestico. (CASSAR, 2011,p.206)

5 DISPOSIÇÕES FINAIS

Durante toda a pesquisa foram reveladas várias concepções acerca dos princípios. Analisamos que alguns estudiosos entendem que princípios são normas decorrentes da leitura das demais normas jurídicas ou dos valores, que tem a finalidade de obter uma conjuntura ideal, sem, contudo, conjecturar a via para a realização deste fim. Dessa forma, com uma enraizada estrutura, pois é considerada fonte integradora do direito, sendo estimada a proporção e a extensão de sua aplicação no caso concreto. Outro ponto visto e analisado foi que princípio tem poder, nos casos em que há conflito com regras, conduzir a uma ordem capaz de afastar a inclinação geral da imediata aplicação do tudo-ou-nada (*all or nothing*) das normas.

Segundo o estudo apresentado os princípios são normas que instituem algo a ser executado na melhor medida possível. Assim, em consonância com o estudado acima poderia

ser colocados como mandados de otimização. No caso, eles podem obedecer em qualquer proporção, de acordo com as eventualidades dos fatos e normas existentes.

Analizando o fluxo de seu teor jurídico e o não conhecimento por alguns magistrados as técnicas de hermenêutica de resolução dos conflitos entre norma e princípios são muitas vezes utilizadas equivocadamente, por subsumirem o princípio ao caso concreto e não a lei ao fato ocorrido. Todavia por muitas vezes, os princípios são utilizados como forma de evitar a arbitrariedades e mitigações excessivas cometidas pelos magistrados.

A forma de utilizar tais princípios deve resultar através da aplicação ponderada das normas e entre princípios essenciais como devido processo legal, ampla defesa e outros. Para tanto não se pode, em favor do acesso à justiça, não certificar que há uma forte e importante aplicação legal, permitindo-se que não haja uma insegurança jurídica e que no processo não se desenvolva ao livre critério dos magistrados ou das partes.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) e tribunais em sua jurisprudência evidenciam que com base nos princípios, vem concebendo julgados que podem ser aplicados para afastar a norma e ajudando a completar, muitas vezes, a frieza da lei. No entendimento majoritário deste tribunal, esse tipo de aplicação esta cada vez mais comum e auxiliando ao judiciária a reformar muitas leis e interpretar de maneira mais equânime.

Contudo, apesar de afastar a lei, e analisando a própria Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), os princípios devem ser utilizados para fecharem as possíveis lacunas e para sobrepor as normas jurídicas, na medida das desigualdades em que a própria norma cria. Assim, a aplicação que venha justapor a lei trará em nossos ordenamentos possíveis abertura que implicará em confrontos salutareos em nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ísis de. **Manual de direito processual do trabalho**. 10. Ed.. São Paulo: LTr, 2002.

ALVES, Ricardo Luiz. Os princípios constitucionais do Direito do Trabalho e os direitos trabalhistas constitucionais: uma breve reflexão crítica. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 9, n. 490, 9 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5915>>. Acesso em: 13 nov. 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) Saraiva e Constituição Federal**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Decreto - Lei Nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 17 nov. 2011.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5 ed. Niterói: Imperus, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FONSECA, Vicente José Malheiros da. Comissões de conciliação prévia. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 5, n. 39, 1 fev. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1236>>. Acesso em: 17 nov. 2011.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Normas, regras e princípios: conceitos e distinções. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7527>>. Acesso em: 12 nov. 2011.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 7. ed.. São Paulo: LTr, 2009.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A jurisprudência como fonte do direito e seu efeito paradoxal de negação do próprio direito. In: PINTO, Roberto Parahyba de Arruda (Coord.) **O direito e o processo do trabalho na sociedade contemporânea**: homenagem a Francisco Ary Montenegro Castelo. São Paulo: LTr, 2005.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do Trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Direito Administrativo**. 28. ed.. São Paulo: Malheiros, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed.. São Paulo: LTr, 2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 2 ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.