

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Fábio Fernandes Scandolieri

Presidente Prudente/SP

2003

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Fábio Fernandes Scandolieri

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Maurício Kenji Yonemoto.

Presidente Prudente/SP

2003

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito.

MAURÍCIO KENJI YONEMOTO
ORIENTADOR

JUSSARA APARECIDA CABIANCA
EXAMINADORA

REINALDO VIOTO FERRAZ
EXAMINADOR

Presidente Prudente, 27 de novembro de 2003.

Da finalidade visada pela busca do fundamento, nasce a ilusão do fundamento absoluto, ou seja, a ilusão de que – de tanto acumular e elaborar razões e argumentos – terminaremos por encontrar a razão e o argumento irresistível, ao qual ninguém poderá recusar a própria adesão.

Norberto Bobbio

AGRADECIMENTOS

A Deus, meus pais, irmã e minha família por sempre terem me auxiliado e incentivado a seguir em frente, dando-me esperança e força de vontade, confiando e acreditando em mim.

Ao professor, Dr. Maurício, por ter aceitado orientar a elaboração deste trabalho, pela atenção, conselhos, disposição e tempo dedicado.

Aos examinadores, Dra. Jussara e Dr. Reinaldo, pela consideração e pelo tempo dispensado para o exame desta pesquisa.

A todos meus amigos que de alguma forma colaboram para a elaboração deste trabalho, e me acompanharam durante todo curso de graduação.

A todos minha imensa gratidão.

RESUMO

O presente trabalho analisa a incidência do Princípio da Proteção na relação contratual existente entre o empregado e o empregador, estudando, para tanto, seus precedentes históricos, sua evolução e sua atual aplicação.

Na elaboração desta análise, foi empregada, sobretudo, a pesquisa bibliográfica.

A pesquisa buscou demonstrar a relevância do Princípio da Proteção, principalmente devido às precárias e abusivas condições de trabalho, as quais os trabalhadores foram sujeitados no período da revolução industrial, sem deixar de mencionar a necessidade de mitigação deste princípio em tempos atuais, uma vez que a tendência contemporânea do direito não é proteger exclusivamente uma das partes em detrimento de outra, mas, na realidade, equilibrar as relações contratuais, alcançando a isonomia.

O trabalho analisa, também, as características do Princípio da Proteção sob seus aspectos técnicos, bem como os outros três princípios em que se subdivide: *In dubio, pro operario*; Princípio da norma mais favorável; e Princípio da condição mais benéfica. Além disso, aponta sua incidência no direito brasileiro, realizando críticas necessárias ao mencionado Princípio.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho; Princípio da Proteção; Princípio Tutelar; *In dubio, pro operario*; Princípio da norma mais favorável; Princípio da condição mais benéfica; Hipossuficiência; Contrato de Trabalho; Isonomia; Equilíbrio.

ABSTRACT

The present researches analysis the incidence of Protection's Principle in contractual relationship existent between the employee and employer, studying, for so much, its historical precedents, its evolution and its actual application.

In elaboration of this analysis, was used, above all, the bibliographical researches.

The research looking for to demonstrate the relevance of Protection's Principle, mainly due the precarious and abusive work condition, the one which the workers were subjected in period de industrial revolution, without leaving of to mention the need of mitigation of this principle actual time, once that the contemporary tendency of law, isn't protect exclusively one of the parts in detriment of the other, but, in really, to balance the relationship contractual, reaching the equality.

The research too analysis, the Protection's Principle characterizes under your technical aspects, as well was the other three principles in that it subdivide: *in dubio pro operario*; Principle of the most favorable norm, and Principle of the most benefic condition. Besides, appoint your incidence in Brazilian law, realizing necessaries critical to the mention Principle.

KEYWORDS: Law of the work; Protection's Principle; Tutelage's Principle, *in dubio pro operario*; Principle of the most favorable norm; Principle of the most benefic condition; person economically weak; work contract; equality; balance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 ORIGEM HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO	11
1.1 O Trabalho e a Revolução Industrial	12
1.2 Criação de leis trabalhistas – O início da Proteção	20
1.3 As primeiras leis de proteção aos trabalhadores no Brasil.....	24
2 O DIREITO DO TRABALHO E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO	29
2.1 Definição de Direito do Trabalho	29
2.1.1 Definição subjetiva	29
2.1.2 Definição objetiva	30
2.1.3 Definição mista	31
2.2 Princípios do Direito do Trabalho	32
3 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO	34
3.1 A proteção jurídica nas relações contratuais	34
3.2 Fundamentos	36
3.3 Aplicação do Princípio da Proteção	38
3.3.1 Alcance e riscos de sua aplicação	39
3.3.2 Aplicação nas diversas fases de evolução do direito	39
3.3.3 Disposição no Direito Positivo	40
3.3.4 Incorporação pelo Direito Positivo	41
3.3.5 O Princípio da Proteção no Direito Do Trabalho Brasileiro	41
3.4 Subdivisão do Princípio da Proteção	43
3.4.1 O Sub-princípio <i>in dubio, pro operario</i>	43
3.4.1.1 Fundamentos	44
3.4.1.2 Alcance e aplicação	44
3.4.2 O Sub-princípio da norma mais favorável	48
3.4.2.1 Alcance e aplicação	49
3.4.2.2 Sistema de comparação para se eleger a norma mais favorável.....	52
3.4.3 O Sub-princípio da condição mais benéfica	53
3.4.3.1 Alcance e Aplicação	53

4 CRÍTICAS AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO	56
4.1 Algumas opiniões divergentes quanto ao Princípio da Proteção	57
4.2 Críticas ao Princípio da Proteção	60
4.2.1 O exemplo de Proteção do Código de Defesa do Consumidor	61
4.2.2 Exemplos de casos que embasam a mitigação ao Princípio	65
4.2.3 O Princípio da Proteção, a Microempresa e a Empresa de Pequeno Porte	68
4.2.4 O rigor das leis protecionistas em face da geração de empregos	72
4.2.5 Crítica Final	74
5 CONCLUSÕES	77
BIBLIOGRAFIA	83
ANEXOS	86

INTRODUÇÃO

O trabalho nasceu com o próprio homem, pois sem o trabalho ele não teria seu sustento, nem poderia se manter. Na história da humanidade, a primeira manifestação do trabalho nos moldes da relação conhecida contemporaneamente ocorreu com a Revolução Industrial, quando operários eram contratados para trabalharem para as indústrias, recebendo salário como contraprestação.

Contudo, essa relação de trabalho existente entre o empregado e o empregador não foi algo harmonioso. O operário estava em condição de sujeição em relação ao patrão, pois dependia do salário que lhe era pago. Em razão disso, foi obrigado a suportar condições insalubres de trabalho, salários miseráveis por jornadas de trabalhos quase ininterruptas e serviços desgastantes. Havia um desrespeito não só ao trabalhador, mas ao próprio ser humano.

Diante desse desrespeito que muito feria a dignidade da humanidade, os operários começaram a se manifestar, opondo-se àquela injusta situação. Começaram a surgir legislações trabalhistas que protegiam o trabalhador, mudando a situação contratual que antes era estabelecida conforme preceitos civis, considerando a autonomia da vontade, impulsionado pelos ideais de liberdade da Revolução Francesa. Surgiu, então, com essas novas normas, a proteção ao trabalhador, que fez nascer o Princípio da Proteção. Graças a este princípio, o Trabalhador pôde, então, ter seus direitos resguardados e, então, deixar de sofrer os abusos antes conhecidos.

O Princípio da Proteção tem origem histórica e é, ainda hoje, de suma importância, pois as relações trabalhistas jamais poderiam voltar a ser pactuadas conforme as leis civis, pois, se não, haveria uma segunda situação de degradação do empregado. Por isso ainda é tão relevante.

Todavia, esse princípio surgiu para nivelar a situação contratual e não para colocar o trabalhador em superioridade em relação ao empregador. Haveria, portanto, uma inversão, um revide por tanto sofrimento outrora sofrido. Isto também não seria correto. O direito serve para harmonizar as relações, não para cambiar os pólos da inferioridade.

Com o intuito de afastar prováveis injustiças, este trabalho, tendo em vista a possibilidade do Princípio da Proteção ocasionar uma nova desigualdade de condições, concedendo direitos a uma das partes em detrimento da outra ao invés de tornar a relação entre empregado e empregador isonômica, analisa o Princípio da Proteção, seu fundamento, sua aplicação, sua incidência no Direito Positivo e estuda os princípios em que se subdivide, quais sejam: o Princípio *in dubio, pro operario*; O princípio da norma mais favorável; e o Princípio da condição mais benéfica.

Logo após, verifica-se as críticas existentes em relação ao princípio e estudam-se situações em que poderia incidir de forma mitigada a fim de preservar o equilíbrio na relação trabalhista, até porque o Princípio da Proteção ao Trabalhador não veio para criar um novo opressor. Longe disso, o Princípio da Proteção está ligado ao Princípio da Isonomia e por ele deve se pautar.

O trabalhador não deve estar em situação de inferioridade nem de superioridade em relação ao empregador, mas sim em condições de igualdade. Isto é o que se pretende demonstrar com o estudo elaborado neste trabalho.

1 ORIGEM HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

“A palavra trabalho vem do latim *tripalium*, que era uma espécie de instrumento de tortura ou uma canga que pesava sobre os animais...” (Falcão, 2003, p. 1).¹ O termo trabalho etimologicamente tem sentido de tortura, de sofrimento, demonstrando que era considerado como algo árduo e cansativo. Neste sentido se insurge a maioria dos estudos sobre a origem da palavra.

O relato mais antigo que se encontra de trabalho está na Bíblia Sagrada no Livro Gêneses, capítulo 3, versículo 19. Assim como o significado etimológico da palavra, trabalho é considerado algo pesado, penoso, uma vez que foi conferido a Adão como castigo por ter cometido o pecado que o fez ser expulso do jardim do Éden: “Do suor do teu rosto comerás o teu pão, até que tornes à terra, porque dela foste tomado; porquanto és pó, e ao pó retornarás”

Já a primeira forma de trabalho subordinado se deu com a escravidão. Em tempos antigos, os prisioneiros feitos em conquistas de territórios eram transformados em escravos. O escravo não era considerado sujeito de direito. Era tido como uma “mercadoria”, uma vez que poderia ser vendido, comprado ou até alugado. Era sempre de propriedade de outrem.

Alguns deles, posteriormente vieram a conquistar a liberdade. Ainda ocorria que seus senhores por vezes libertavam-lhes por gratidão, tendo em vistas os serviços prestados, ou, por testamento, libertavam aqueles por quem tinham predileção. Os escravos, então libertos, alugavam os seus serviços a outras pessoas, caracterizando, pela primeira vez, o trabalho assalariado.

No período do feudalismo surgiram os servos. Estes tinham mais direitos que os escravos, mas também não se pode afirmar que eram livres. Tinham o direito de criar animais, à propriedade de objetos de uso pessoal e ao uso da terra de seu senhor, para que dela pudesse retirar o sustento de sua família. Porém,

¹O termo Trabalho advém de *tripalium* (ou *trepalium*), palavra de origem, latina, que dá nome a um instrumento romano de tortura constituído de três estacas fixadas no chão. Mais especificamente, *tri* significa três, e *palus* significa paus: três paus.

tinham a obrigação de prestar serviços nas terras do senhor feudal e lhe dar parte da produção como pagamento pelo uso da terra e da proteção que dele recebiam.

Posteriormente, surgem as corporações de ofício que, por sua vez, eram compostas pelos aprendizes, companheiros e mestres. Os aprendizes eram jovens que recebiam dos mestres os ensinamentos da profissão. Os companheiros eram trabalhadores que auxiliavam os mestres na produção mediante remuneração. Os mestres eram os proprietários das oficinas e quem detinha os conhecimentos da profissão (eram ferreiros, marceneiros, carpinteiros, entre outros) (Falcão, 2003, p. 3).

As corporações de ofício se extinguíram. Um dos principais motivos, conjuntamente com a Revolução Industrial, foi o surgimento da Revolução Francesa que pregava a liberdade do homem e que por sua vez era incompatível com o sistema de trabalho existente nas corporações. A Revolução Francesa logo deu origem ao Liberalismo.

“O liberalismo do século XVIII pregava um Estado alheio à área econômica que quando muito seria arbítrio nas disputas sociais” (Falcão, 2003, p. 4). O liberalismo, que também influenciou nos contratos de trabalho, contribuiu para ocasionar a situação de degradação humana durante a revolução industrial, pois dava ampla liberdade para a contratação de pessoas para o trabalho nas fábricas.

1.1 O Trabalho e a Revolução Industrial

Não há melhor forma de compreender as razões do Princípio da Proteção no Direito do Trabalho do que analisar sua origem histórica, remetendo o estudo à Revolução Industrial, momento histórico em que verificamos a origem da relação entre empregado e empregador tal qual se conhece contemporaneamente.

Antes do advento da criação da máquina a vapor, não se verifica na história humana relação empregatícia como hodiernamente se compreende.

A máquina veio substituir o trabalho do artesão, modificando sua vida e a de todos os outros trabalhadores a partir de então. O artesão era dono de seu

próprio tempo, de seu próprio serviço, não tinha chefe, nem imposições. Combinando seu trabalho artesanal com a agricultura, extraía seu próprio sustento e o de sua família.

Bastava-lhe três ou quatro dias de labor por semana, o restante do tempo era gasto com seu descanso ou com bebedeiras.

Com a Revolução Industrial, ocorrida no final do século XVIII, o trabalho se altera radicalmente. De agora, pouco valeria a habilidade do artesão se a máquina pode fazer o mesmo trabalho em menos tempo.

Guest (apud ARRUDA, 1994, p. 72) relata muito bem o que ocorreu com a mudança trazida pela máquina a vapor:

Um excelente artesão manual de aproximadamente 25 ou 30 anos poderia tecer duas peças semanais de tecidos para camisas e, no mesmo tempo, um tecelão de 15 anos será capaz de produzir, com um tear a vapor, sete peças similares. Uma fábrica provida de 20 teares a vapor, com a ajuda de 100 pessoas, de menos de 20 anos e de 25 homens, tecerá 700 peças por semana, de cumprimento e qualidade que foi descrito antes. Para fabricar 100 peças similares por semana à mão, seria necessário empregar pelo menos 125 teares... Se temos um homem de idade madura, que seja um excelente tecelão, para fabricar duas dessas peças por semana é preciso ainda deixar uma margem para enfermidades e outros acidentes. Assim, se necessitariam 875 teares manuais para produzir 700 peças por semana; e se calcula que os tecelões com seus filhos, os velhos e os incapacitados que dependem deles, representam uma média de duas pessoas e meia por tear; se pode afirmar que se o trabalho realizado em uma fábrica provida de duzentos teares a vapor fosse realizado por tecelões manuais, o mesmo proporcionaria ocupação e sustento para mais de 2000 pessoas.

Todavia, apesar de tamanho avanço quanto à produção, o mesmo progresso não alcançou as condições sociais.

Com a Revolução Industrial foi possível que as máquinas se instalassem nas cidades. Desde então, os trabalhadores, denominados de proletários, começaram a instalar-se ao redor das fábricas. Instalações estas, extremamente precárias, sem nenhum conforto ou higiene. Contudo, isto não foi empecilho para o crescimento das cidades inglesas, que por sua vez cresciam impulsionadas pelo ritmo da produção industrial.

Dentro das fábricas, a situação também era desfavorável ao bem estar do operário. Os trabalhadores exerciam suas atividades sob condições insalubres,

uma vez que não havia a mínima preocupação com higiene e estética do ambiente de trabalho. Os tetos eram muito baixos, para que houvesse maior aproveitamento de espaço. As janelas eram pequenas e, além disso, na maioria do tempo, permaneciam fechadas. A produção de fios de algodão resultava na formação de uma nuvem de resíduos (uma borra pulverizada) que, conseqüentemente, era absorvida pelos empregados através de suas vias respiratórias, causando-lhes graves distúrbios. Já nas fiações de linho o processo se dava com a utilização de água, o que umedecia o ambiente, molhando as roupas dos trabalhadores. Essas condições desfavoráveis causaram várias doenças. Além disso, a aglomeração em ambientes fechados facilitava a propagação de doenças, o que resultavam em várias mortes. (RISSATO e SABAGE, 2003)

A jornada de trabalho era demasiada, não respeitava o mínimo de horas necessárias para o repouso noturno. A jornada chegava a 15 ou até 18 horas diárias, com um curto intervalo para almoço, isto quando este ainda era concedido. Diante da indiferença pelo ser humano, não se duvide de empregados que varavam a noite trabalhando.

No auge da Revolução, houve procura por mão-de-obra, oferecendo-se razoável remuneração. Entretanto, quando a oferta de empregos diminuiu, a remuneração também foi reduzida, chegando a patamares vis, resultando em condição de miserabilidade do proletariado.

Diante de um salário irrisório, não se demorou muito para que mulheres e crianças fossem levadas a laborar nas indústrias para complementar a renda familiar. Houve período na história em que a situação em que se encontravam as famílias dos proletários, de um modo geral, era tão precária, que buscavam ter o maior número de filhos possível, com o intuito de aumentar a renda familiar, valendo-se do dinheiro proveniente do trabalho de suas crianças. Daí concebe-se o motivo de se denominar os filhos de “prole”.

A máquina a vapor propiciou a entrada da criança no trabalho industrial, uma vez que não era necessária nenhuma habilidade em especial, nem mesmo força muscular. O trabalho infantil bem retrata o desrespeito e os maus tratos sofridos naquela época.

Os empregadores tinham preferência pelo trabalho infantil. As mãos delicadas das crianças se adaptavam com facilidade às máquinas. Além disso, uma criança recebe e executa ordens com mais facilidade do que um adulto. É muito mais fácil impor-lhe regras. O empregador as submete a uma maior subordinação. Também haviam outras vantagens, sobretudo a possibilidade de pagar salários menores do que aqueles pagos a um adulto. Muitas vezes os patrões pagavam o trabalho dos menores apenas com alimentação e alojamento, que por sua vez, eram bastante precários. (RISSATO e SABAGE, 2003)

Na medida em que a mecanização nivela por baixo a habilidade necessária dos trabalhadores, tornava-se possível incorporar, com facilidade, trabalho feminino e infantil. Isto significava também baixar o custo de remuneração do trabalho. A tecelagem exigia pouca força muscular e os dedos finos das crianças adaptavam-se, perfeitamente, à tarefa de atar os fios que se quebravam em meio à trama. Sua debilidade física era garantia de docilidade, recebendo apenas entre 1/3 e 1/6 do pagamento dispensado a um homem adulto, muitas vezes, recebiam apenas alojamento e alimentação (ARRUDA, 1994, p. 69) .

No início, os trabalhadores infantis eram contratados em paróquias. As paróquias, na tentativa de livrar-se de gastos com o sustento dos menores, os ludibriavam para que, por sua própria vontade, fossem trabalhar nas indústrias. Diziam-lhes que lá receberiam salários, teriam riqueza, boa moradia, boa comida e outras mordomias. Porém tudo isso ficava apenas na promessa.

As paróquias negociavam com as fábricas entre 50 (cinquenta) a 100 (cem) crianças de uma só vez. Essas “vendas” em grandes quantidades facilitavam as vidas dos patrões. Os contratos firmados entre os Patrões e os menores eram, geralmente, de sete anos.

Os contratos que prendiam os pequenos trabalhadores à fábrica eram de sete anos, a mesma duração da antiga aprendizagem. Os patrões comprometiam-se a dar-lhes formação profissional, educação religiosa e moral. A maior parte destes infelizes era contratada nas paróquias, junto aos responsáveis pelas casas assistenciais, que livravam-se, por este meio das despesas de sustento, diminuindo os encargos que pesavam sobre a comunidade local... (ARRUDA, 1994, p. 69).

Aceitando o trabalho, as crianças encontravam situação bem diferente do que aquela prometida. O compromisso assumido pelo empregador de prestar serviço de educação religiosa e moral aos menores, bem como lhes dar educação profissional não era cumprido. Tudo servia apenas para que os menores aceitassem iniciar o trabalho nas fábricas, uma vez que era necessário que houvesse consentimento por parte das crianças. Muitos pais, ao saber o que realmente as esperavam, retiravam seus filhos das paróquias para que depois elas não fossem levadas a trabalhar sob condições próximas da escravidão. Contudo, devido à situação financeira precária em que se encontravam as famílias, esse tipo de resistência foi, aos poucos, deixado de lado por não haver outra opção.²

Havia também crianças que eram indigentes. Elas eram levadas às fábricas sob o pretexto de lá terem uma educação correta. Falso pretexto. Estes órfãos eram forçados a trabalhar num regime próximo ao da escravidão. Ficavam sempre trancadas nas fábricas, onde ninguém podia vê-los, nem muito menos defendê-los de qualquer injustiça. A jornada de trabalho era muito sacrificante, só acabava quando as forças da criança também se esgotavam.

Em 1816, perante o Parlamento, um ex-capataz, de cerca de 150 aprendizes numa tecelagem de algodão em Backbarrow, chamado John Moss, disse que todos os aprendizes eram órfãos com idades entre 7 e 15 anos, sendo aprendizes até os 21 anos. A jornada de Trabalho começava às 5 da manhã e se estendia até às 8 da noite, totalizando, no mínimo, 15 horas diárias de trabalho. Quando havia algum problema com as máquinas ou qualquer outro incidente, as crianças eram obrigadas a repor as horas perdidas de trabalho. (RISSATO e SABAGE, 2003)

Os maus tratos, obviamente, não ocorriam somente com órfãos, mas com todas as crianças e adolescentes. Muitas não aproveitavam os intervalos para refeições de cerca de 40 minutos que lhes eram concedidos, pois tinham que ficar

² Observe-se que as contratações das crianças realizada nas casas paroquiais eram revestidas de cunho religioso e moral. Prometia-se educação moral e profissional, mas tudo não passava de mera aparência. As paróquias funcionavam, na verdade, como uma bolsa de trabalhadores infantis, as contratações auxiliadas por elas muitas vezes eram mais comparadas com uma espécie de venda de trabalhadores. Apesar do paradoxo, as paróquias estavam mais preocupadas com a sua questão financeira do que com as condições de vida, moralidade e religiosidade das crianças.

limpando as máquinas e este intervalo não era novamente concedido a elas. Ficavam sem refeição.

Se isso não fosse o bastante, o cansaço físico também as atingia. Eram horas e horas de trabalho, muitas vezes sem o repouso noturno. Algumas se aprontavam às 3 horas da manhã e só retornavam às 22 horas para atender uma jornada que ia das 5 às 21 horas, o que resulta em praticamente 19 horas de trabalho. Outros varavam a noite trabalhando. Havia máquinas que nunca paravam.

Há relatos de jovens que passavam a toda à noite trabalhando, pois só assim teriam algum dinheiro para gastar, uma vez que recebiam por produção.

Desta forma compreende-se o porquê de tantos acidentes ocorridos nesta época. Assim como em um país destroçado pela guerra, nesta época na Inglaterra, era quase comum ver pessoas e crianças com membros amputados. Incontáveis foram os dedos perdidos pelos menores trabalhando nas máquinas e os membros esmagados.

Os acidentes de trabalho mais comuns ocorriam com os menores que, durante as horas intermináveis que ficavam sobre as máquinas, muitas vezes sustentados por uma perna-de-pau, pois não que seu pequeno tamanho não lhes permitia atingir o cimo dos altos teares, as crianças adormeciam e tinham seus dedos estraçalhados pelas engrenagens dos teares. O número de acidentes ocorridos não tem paralelo na história da maquinaria. Num único estabelecimento industrial, de estomentar o linho, entre 1852 e 1856, houve seis casos de morte e 60 mutilações graves. Não havia qualquer indenização pelos membros amputados, muito menos para os dias de paralisação das atividades (ARRUDA, 1994, p. 70 e 71).

O desgaste físico dessas crianças e adolescentes era imenso e, como se isso não bastasse, há conhecimento de que muitos dos capatazes das indústrias, para que elas permanecessem acordadas e trabalhando, tratavam-lhes a socos e pontapés, ou até mesmo com chicotes. Às vezes como castigo, chegavam a limar-lhes os dentes ou colocá-la trabalhando nuas durante o inverno.

A agressão e o sofrimento não se restringiam a isso. Caso as crianças tentassem fugir, eram colocados ferros em seus pés. Enquanto estavam nos dormitórios (aquelas que não optavam por dormir na própria fábrica, devido à

quantidade de serviço), muitas eram abusadas sexualmente pelos contramestres. Diante de tudo isso, muitas tentavam se suicidar.

As crianças de 4 anos (ou menos), trabalhavam até a cabeça pender de sono e os olhos ardessem e ficassem avermelhados. As de maior idade apanhavam, outras choravam de tanto trabalhar, dormiam em pé, tinham as mãos sangrando pelo atrito com os fios. Quando estavam junto de seus pais nas fábricas, estes davam palmadas para mantê-las acordadas, evitando que outros as agredissem. Os contramestres rondavam-nas com correias. Muitas não recebiam nada, às vezes perdiam os horários de lanche. (RISSATO e SABAGE, 2003)

O trabalho inserido desde cedo na vida desses jovens comprometia sua saúde e seu desenvolvimento. Ficavam franzinos e frágeis. As meninas, por exemplo, não desenvolviam o quadril, o que lhes impedia futuramente de ter filhos, devido ao estreitamento da ossatura pélvica que não permitia a passagem do feto. Além disso, os alimentos oferecidos pelas fábricas eram insuficiente e de péssima qualidade.

A Revolução Industrial não afetou apenas o corpo dessas pessoas, mas atingiu suas vidas como um todo. A promessa de tornarem-se aprendizes nas fábricas não passava de um ludíbrio. Dessa forma, depois, quando se tornavam adultos e seus contratos acabavam nada mais tinham aprendido além dos trabalhos das fábricas. Saíam de lá corrompidos e ignorantes, sem saber fazer outra coisa. O resultado disso é que suas vidas ficavam presas ao trabalho industrial. Sem ele não saberiam, nem poderiam sobreviver já que as fábricas não haviam lhes dado nenhum tipo de instrução.

Como se percebe, não é por acaso que as fábricas eram vistas com repúdio pela população. Eram comparadas a prisões.

Em grande parte, observa-se que esta situação é conseqüência da inexistência de uma intervenção por parte do Estado, que venha a garantir direitos mínimos aos trabalhadores. O contrato de trabalho, nesta época, era influenciado pela Revolução Francesa, principalmente pelos ideais de liberdade, o que levava a exaltação do princípio da autonomia da vontade empregada nos contratos (daí a necessidade de convencer as crianças a concordarem a sair das paróquias para trabalharem na indústria). Diante desses ideais, o contrato se assemelha mais ao

que conhecemos hoje como locação de serviço do que como um contrato de trabalho propriamente dito, que contém garantias mínimas aos empregados.

Destruidas as corporações de ofício, para que empregados e empregadores pudessem pactuar diretamente os seus termos trabalhistas e fixar as condições de trabalho sem qualquer interferência exterior, surgiu a locação de serviços. Foi a primeira forma jurídica de relação trabalhista. Consistia no respeito total à liberdade volitiva do trabalhador e do empregador que se obrigavam, um a prestar serviços e o outro a pagar salários, porém sem outras implicações maiores quanto às circunstâncias em que isso se dava. O estado não interferia. Havia, portanto, plena autonomia da locação de serviços na ordem econômica, jurídica e social. Como num corpo solto no espaço, sujeito às suas próprias determinações (...).

Coube à Revolução Francesa colocar a relação jurídica entre empregado e empregador na categoria de locação de serviços, com o princípio da liberdade contratual e a supressão das corporações de ofício (NASCIMENTO, 1976, p 275).

Por não haver nenhuma intervenção estatal na relação contratual, que viesse a determinar garantias básicas aos operários, como melhores condições de trabalho, indenização por danos sofridos em decorrência do serviço, entre outros direitos, o empregado ficava sujeito a abusos por parte do patrão, pois dependia do emprego. Se não trabalhasse, não receberia salário algum e poderia, então, encontrar-se em situação mais miserável do que aquela pela qual já passava.

Diante dessa condição de superioridade dos patrões, eles nada garantiam aos funcionários. Raros foram os empregadores que realmente cumpriram as promessas feitas aos aprendizes das paróquias, fornecendo-lhes educação profissional, moral, e religiosa. Existiram, mas foram poucos. O que muito se observava era que o contrato servia apenas para fixar o compromisso do operário em prestar serviço ao patrão.

Não se oferecia vantagem ou qualquer garantia ao empregado, além do direito de receberem pelo trabalho prestado. Caso houvesse promessa de concessão de direitos maiores aos trabalhadores, raramente essa promessa era cumprida, pois a dependência do operário era tanta, que ninguém seria capaz de obrigar o empregador a cumprir o compromisso ou recusar-se a trabalhar e deixar de perceber seu salário que era essencialmente necessário para sua

sobrevivência. Como os salários eram baixos e os empregados recebiam por produção, muito se trabalhava para que pudessem se manter e manter sua família, sujeitando-se a situações degradantes, muitas vezes incoerentes com a dignidade humana.

Dada a desigualdade existente no próprio contrato, evidente era a necessidade de proteção do trabalhador, uma vez que o contrato, na realidade, pedia para o lado mais forte, que, neste caso, era o lado do empregador.

1.2 Criação de leis trabalhistas – O início da proteção

Aos poucos, os trabalhadores indignados e revoltados com a situação em que viviam, uniram-se e formaram movimentos para lutar por seus direitos. Por várias vezes os trabalhadores expressaram seu descontentamento quebrando as máquinas das fábricas. Isto ocorreu com tanta frequência que na houve uma lei na Inglaterra que punia a quebra das máquinas com pena de morte, porém tal medida não foi bastante para intimidar os trabalhadores. A destruição das máquinas mesmo assim continuou. A crise social era tão grande que os próprios inventores ao destruíam suas novas invenções para não agravar o caos.

No início, a máquina economizava mão-de-obra e gerava desemprego. Os trabalhadores insurgiram-se contra sua utilização e partiram para sua destruição. A gravidade foi de tal ordem que em 1769 se estabeleceu, por lei, a pena de morte para os culpados pela destruição das máquinas (IANNONE, 1992, p. 66).

Os trabalhadores também se organizaram e promoveram uma greve geral protestando por melhores condições de trabalho.

Os primeiros sindicatos surgiram por volta de 1825 e, em 1843, Robert Owen (...) contribuiu para a organização do Grand National Consolidated Trade's Union, uma espécie de confederação nacional dos trabalhadores (...), que reuniu cerca de 500 mil trabalhadores de várias categorias para organizar uma greve geral cuja a reivindicação principal foi um a jornada de oito horas diárias de trabalho. Embora o movimento tenha fracassado,

seu grande mérito foi o de ter sido o embrião de muitos outros que se surgiram por toda a Grã-Bretanha (IANNONE, 1992, p. 66).

Aos poucos a situação foi se alterando. Surgiram leis que visavam acabar com tantos maus tratos, não favorecendo apenas jovens, crianças e mulheres, mas todos os trabalhadores.

Neste período surge o que muitos estudiosos do direito chamam de “Segunda geração de direitos”, a geração que prezava a igualdade, a isonomia. O Estado começou a intervir na vida da sociedade com o fim de diminuir a desigualdade entre as pessoas.

São elaboradas leis para proteger o trabalhador. Uma das primeiras é a *Lei de Peel*, criada em 1802 na Inglaterra. Esta lei contribuiu para a melhora da situação dos trabalhadores da época. Limitou a jornada de trabalho 12 horas diárias. Proibiu o trabalho de menores de durante o período noturno e contribuiu para a melhoria do ambiente do trabalho.

A lei que considerada mais eficaz na proteção do trabalhador foi o *Factoring Act*, de 1833. Proibiu o trabalho noturno de menores de 18 anos, diminuiu a jornada de trabalho e determinou a existência de escolas nas fábricas, sendo que estas deveriam ser freqüentadas por todas as crianças e adolescentes menores de 13 anos.

Em 1837, surgiram leis que visavam a proteção do trabalhador. Em 1839 a Alemanha também elaborou normas de proteção, assim como a França em 1841, e a Espanha em 1873.

Neste momento da história, ainda não havia ainda uma definição de Direito do Trabalho. Este era confundido com Política Social. Inclusive a igreja passou a preocupar-se com o problema, traçando regras para a intervenção do Estado na relação empregatícia. No final do século XIX, em maio de 1891, o Papa Leão XIII cria a Encíclica *Rerum Novarum*, que prega a justiça social e a necessidade da eficácia das leis contra empregadores que tratem seus empregados sem a devida dignidade, deixando-os em situação indignas e degradantes.

Muitos estudos na área médica ocorreram nesta época, preocupados com a saúde do trabalhador no ambiente do trabalho e suas conseqüências malélicas ao organismo.

Em 1897, foi realizada uma conferência internacional em Bruxelas com o intuito de discutir a melhoria nas condições de trabalho, que, em 1900, resultou na criação da Associação Internacional para a Proteção Legal dos Trabalhadores. Este órgão, por sua vez, foi o precursor da OIT (Organização Internacional do Trabalho), prevista em 1919 pelo Tratado de Versalhes. A OIT desde então, assumiu a preocupação de proteger o trabalhador, estabelecendo convenções internacionais e recomendações neste sentido.

No início, a OIT tinha a missão de traduzir e publicar a legislação social de diferentes países. Com a evolução da OIT, em 1906 foram celebrados dois convênios em Berna, para reduzir a utilização de fósforo branco na manufatura de fósforos e proibir o trabalho noturno das mulheres. Com a declaração da Primeira Guerra Mundial, ficam interrompidos os esforços da associação, que retomou as atividades no pós-guerra. Na Conferência de Paz, em 1919, foi criada, por solicitação de vários sindicatos, uma Comissão sobre Legislação Internacional do Trabalho. (...)

A primeira Conferência Internacional do Trabalho da OIT foi celebrada em Washington, em outubro de 1919. Durante o período entre as duas guerras mundiais, a OIT funcionou como entidade autônoma (...)

Atualmente, funciona como uma organização tripartite, na qual participam representantes dos governos, dos empregados e dos empregadores, que contam com 156 membros e tem sede em Genebra, na Suíça.

A OIT, apesar de desempenhar uma atividade normativa, tem voltado muita atenção às atividades práticas e educativas, com atividades de cooperação técnica. Vários programas foram lançados pela entidade nos últimos anos, onde se destacam o Programa Mundial de Emprego (1969) e o Programa Internacional do Melhoramento das Condições e do meio Ambiente do Trabalho (1976) (CORTES FERNANDES, 2000, p. 27 e 28).

Outro marco fundamental e de grande relevância que não pode ser esquecido é a inclusão de normas de proteção dos trabalhadores nas constituições mexicana, em 1917, e na Alemã, em 1919 (também chamada de Constituição de Weimer). Normas protecionistas ganharam estados de norma constitucional.

A partir do término da Primeira Guerra Mundial surge o que se pode chamar de Constitucionalismo Social, que é a inclusão nas Constituições de preceitos relativos à defesa social da pessoa, de normas de interesse social e de garantia de certos direitos fundamentais, incluindo o Direito do Trabalho.

A primeira Constituição que tratou do tema foi a do México de 1917 e depois a Constituição de Weimar, 1919 (Falcão, 2003, p. 5).

Na Itália é criada a *Carta del Lavoro* em 1927. Esta lei baseava-se num sistema corporativista-fascista. (que por sua vez inspirou o sistema brasileiro). No Corporativismo tudo girava em torno do Estado que poderia interferir em tudo visando à proteção do trabalhador.

O corporativismo visava organizar a economia em torno do Estado. O Estado interfere em tudo, regula tudo, diz o que é melhor ou pior para cada um.

As diretrizes básicas do corporativismo eram:

- a) nacionalismo;
- b) necessidade de organização;
- c) pacificação social;
- d) harmonia entre o capital e o trabalho (Falcão, 2003, p. 5).

Outro marco fundamental para o Direito do Trabalho ocorre em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas. A declaração assegurava direitos dos trabalhadores tais como a limitação da jornada de trabalho para um período razoável, férias remuneradas e periódicas, repouso, entre outros. Além disso, dispõe, claramente, no artigo XXIII que “todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem traz direitos e garantias fundamentais do ser humano, sendo de grande relevância para o Direito do Trabalho, uma vez que também dispõe sobre proteção do trabalhador.

Assim ocorreu a evolução do Direito do Trabalho no planeta. Depois dos abusos dos patrões durante a Revolução Industrial, em desrespeito aos trabalhadores, foram elaboradas várias normas ao redor do mundo que

protegessem os empregados, haja vista que eles eram a parte mais frágil da relação, como se denota. Desta forma surgiu o Princípio da Proteção, devido à posição de inferioridade dos trabalhadores em relação aos patrões da época. Essa tendência protetiva espalhou-se pela maioria dos países, chegando, inclusive, ao Brasil.

1.3 As primeiras leis de proteção aos trabalhadores no Brasil

Após a Abolição da escravidão (que ocorreu com a assinatura da Lei Áurea pela Princesa Isabel em 1888) e a Proclamação da república (em 1889), deu-se início a um período liberal do Direito do Trabalho brasileiro, propiciando o surgimento de relações empregatícias, procedida pela criação de leis que as regulassem.

A elaboração de leis trabalhistas ocorrida em outros países, principalmente países europeus, influenciou o Brasil na criação de leis que regulassem a relação de trabalho. Outro fator externo importante foi o ingresso do Brasil na OIT, comprometendo-se, desde então, a observar normas trabalhistas.

Já no âmbito interno, dentre os principais fatores, o Direito do Trabalho foi influenciado pelas greves realizadas no final do século XIX e início do século XX, nas quais a maioria dos participantes eram imigrantes europeus, que por sua vez tinham ideais anarquistas. Nestas greves os trabalhadores reivindicavam, na maioria das vezes, redução da jornada de trabalho, aumento de salário e melhorias nas condições de trabalho, sobretudo para os trabalhadores menores de idade.

Conforme relata Nascimento (2001, p. 45), o surto industrial também foi um dos fatores de influência na formação do Direito do Trabalho pátrio, devido à elevação do número de fábricas, que, em 1919, eram cerca de 12.000 e de operários, que, na mesma data, chegaram ao número de 300.000. Outro fator que não pode ser olvidado é a política trabalhista praticada por Getúlio Vargas.

As primeiras leis trabalhistas no Brasil foram esparsas e surgiram no final de 1800 e início de 1900. A primeira constituição brasileira a dispor sobre Direito

do Trabalho foi a de 1934, a partir de então, nenhuma outra deixou de tratar desta matéria.³

Em ordem cronológica, podemos elencar as principais normas que versavam sobre Direito do Trabalho:

- 1891 - decreto que regulava o trabalho dos menores. Proibiu o trabalho de menores de 12 anos, proibiu o trabalho noturno de menores de 15 anos, limitou a jornada de trabalho a 7 horas diárias, podendo prorrogá-las até 9 horas e instituiu uma fiscalização mais rigorosa para o cumprimento desta regulamentação;
- 1903 - decreto que dispunha sobre organização de sindicatos rurais;
- 1907 - decreto que dispunha sobre organização de sindicatos urbanos;
- 1916 - Código Civil brasileiro. O Código de 1916, apesar de versar sobre matéria civil, também tratou, sob o nome de locação de serviço, de relações de trabalho, trazendo inclusive, normas que resguardavam garantias mínimas aos trabalhadores. No artigo 1.220 havia uma limitação ao tempo de duração do contrato, preservando a liberdade do locador, impedindo que ele ficasse preso de forma eterna ao contrato. Analisando o artigo 1.221 e seu parágrafo único, verifica-se uma espécie de aviso prévio, pois determinava o período de antecedência com que o locador ou o locatário deveria pedir a rescisão do contrato. O Código Civil já previa a possibilidade de rescisão do contrato por justa causa, como se denota nos artigos 1.226 (justa causa para o locador dar como findo o contrato) e 1.229 (justa causa para o locatário dar por findo o contrato). Observa-se, também, que havia multa por rescisão do contrato como dispõe o artigo 1.228. Percebe-se, portanto, que o Código Civil trouxe normas de proteção ao trabalhador que, posteriormente, com a criação da CLT, seriam aperfeiçoadas;
- 1919 - norma jurídica que dispunha sobre acidente de trabalho;

³ Apesar da primeira constituição brasileira a versar sobre direito do trabalho, tal como hoje se compreende, ser a de 1934, não se pode olvidar que, mesmo durante o Império, na constituição de 1824, havia disposição abolindo as corporações de ofício (o que demonstra que estas também existiram no Brasil e não só na Europa), e garantindo a liberdade profissional.

- 1923 - lei que criou uma caixa de aposentadoria, pensões e estabilidade para ferroviários após completarem 10 anos de emprego (denominada como Lei Elói Chaves);
- 1923 - decreto que instituiu o Conselho Nacional do Trabalho (“órgão consultivo dos poderes públicos em assuntos referentes à organização do trabalho e da previdência social” (art. 1º do Decreto-Lei nº 16.023 de 30 de Abril de 1923));
- 1925 - lei que tratava do direito de férias dos trabalhadores;
- 1927 - decreto que instituiu o Código de menores. Este código proibiu, em todo o país: o trabalho dos menores de 12 anos de idade; o trabalho dos menores de 14 anos que ainda não tivesse completado a instrução primária; o trabalho dos menores de 14 anos em atividades que pudessem acarretar danos à saúde, à vida, à moralidade, ou atividades excessivamente fatigantes; a jornada de trabalho dos aprendizes superior a 6 horas em determinados estabelecimentos; o trabalho noturno dos menores, entre outras proibições. Determinou, também, a criação da carteira de trabalho de menores;
- 1930 - decreto que instituiu o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio;
- 1930 - vários decretos foram criados regulando as relações de trabalho de cada profissão;
- 1931 - decreto que dispunha sobre nova estrutura sindical;
- 1932 - norma jurídica que versava sobre o trabalho das mulheres;
- 1932 - norma jurídica que criou as Juntas de Conciliação e Julgamento;
- 1932 - norma jurídica que relacionada a convenções coletivas de trabalho;
- 1934 - a constituição de 1934 foi a primeira a dispor sobre Direito do Trabalho. Permitia a criação de mais de um sindicato na mesma base territorial;

- 1935 - norma jurídica que regulava a indenização por dispensa injusta do trabalhador;
- 1936 - norma jurídica que criou o salário mínimo;
- 1937 - a constituição de 1937 impôs limitações ao movimento sindical, restringindo a existência dos sindicatos a apenas um de cada categoria por base territorial e proibiu a realização de greves (essa Carta Magna baseava-se na concepção política do *Estado Novo*);
- 1939 - norma jurídica que instituiu a Justiça do Trabalho;
- 1943 - CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas). Foi a primeira lei geral, que regulava a relação de trabalho de diversas profissões, sendo aplicada a todos os empregados. A CLT consiste na "sistematização das leis esparsas existentes na época, acrescidas de novos institutos criados pelos juristas que a elaboraram" (Nascimento, 2001, p.47);
- 1946 - a constituição de 1946 adotou uma política mais liberal, restabeleceu o direito de greve, mas, de uma forma geral, adotou as mesmas diretrizes da constituição anterior;
- 1949 - lei que instituiu o repouso semanal remunerado;
- 1962 - lei que criou o décimo terceiro salário (também conhecido como gratificação natalina);
- 1964 - lei que regulava o direito à greve;
- 1966 - lei que instituiu o direito ao FGTS (Fundo de Garantia sobre Tempo de Serviço)
- 1967 - A constituição de 1967 teve influência dos regimes militares e incorporou ao seu texto disposição sobre o FGTS, criado por lei ordinária.
- 1988 - A atual constituição manteve o sistema de apenas um sindicato por categoria em cada base territorial, mas proibiu a interferência do poder público na organização sindical, valorizando o *direito coletivo*.

Obviamente, muitas leis, decretos, entre outras normas jurídicas surgiram e, em muitas vezes, ampliando os direitos dos trabalhadores. Muitas das normas acima citadas já foram revogadas, contudo outras ainda continuam em vigor, assim como a CLT, que ainda é a principal diretriz do Direito do Trabalho brasileiro, apesar de haver intenção de modificá-la para ajustá-la ao período atual. O Direito do Trabalho pátrio, assim como os outros ramos do direito, não é estático, uma vez que persegue a evolução e a modificação da sociedade.

2 O DIREITO DO TRABALHO E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Antes tratar propriamente do Princípio da Proteção, convém conceituar o que vem a ser o Direito do Trabalho, ainda que de forma sucinta, e, posteriormente, o que se entende por princípios.

2.1 Definição de Direito do Trabalho

Não existe apenas uma definição de Direito do Trabalho, mas várias. Conforme ensina Nascimento (2001, p. 56), elas se dividem em definições subjetivas, objetivas e mistas:

2.1.1 Definição subjetiva

Esta definição se vincula aos sujeitos da relação de trabalho. Desta forma, dependendo do entendimento do intérprete pode resultar em definições divergentes. Há quem defina o direito do trabalho como o conjunto, de leis que regulam as relações entre empregadores e trabalhadores. Para alguns, a definição de Direito do Trabalho está diretamente ligada ao tipo de trabalhador a que se aplicam as normas trabalhistas, outros afirmam que apenas podem ser abrangidos por esse ramo do direito os trabalhadores intitulados de *empregados*, para outros, ainda, num entendimento mais amplo, alegam que todos os trabalhadores devem ser abrangidos pelo Direito do Trabalho (inclusive o trabalhador autônomo).

Como se observa, a definição subjetiva dá margens a diversas definições, sem que haja uma uniformidade.

Dentre os autores que definem o Direito do Trabalho de forma subjetiva, podemos elencar:

Kaskel-Derch (apud NASCIMENTO, 2001, p. 151 e 152), para quem o Direito do Trabalho é o:

...conjunto de todas as normas jurídicas, de índole estatal ou autônomas, que regulam a situação jurídica das pessoas diretamente interessadas na relação de trabalho dependente, seja como trabalhadores, empregadores ou de qualquer outro modo, e das pessoas assimiladas pela Lei parcialmente aos trabalhadores;

Miglioranzi (apud NASCIMENTO, 2001, p. 152), para quem o Direito do Trabalho:

...é o complexo de normas que disciplinam o estado profissional do trabalhador disciplinar as relações pacíficas ou conflitantes entre os empregadores e trabalhadores que prestem sua atividade por conta alheia as das associações profissionais entre si e as destas e aquelas com o Estado, com um fim de tutela e colaboração;

E Orlando Gomes e Élon Gottschalh (apud NASCIMENTO, 2001, p. 152) que definem o Direito do trabalho como:

o conjunto de princípios e regras jurídicas aplicáveis às relações individuais e coletivas que nascem entre os empregadores privados – ou equiparados – e os que trabalham sob sua direção e de ambos com o Estado, por ocasião do trabalho ou eventualmente fora dele.

2.1.2 Definição objetiva

Nesta definição não se dá enfoque ao sujeito da relação de trabalho, mas, sim, ao objeto das normas trabalhistas, a matéria regulada. Apesar de versar sobre o âmbito material do Direito do Trabalho, estas definições também não escapam de divergências. Para muitos, o objeto do Direito do Trabalho é o

trabalho subordinado. Para outra parcela dos doutrinadores, o objeto inclui também o trabalho autônomo, entre outras discussões.

Incluem-se dentre os que se valem da definição objetiva: Asquini (apud NASCIMENTO, 2001, p. 153), que afirma que o Direito do Trabalho “é o complexo de normas que regulam o trabalho prestado em virtude de um contrato na dependência de uma empresa privada”; La Loggia (apud NASCIMENTO, 2001, p. 153), que ensina que o Direito do Trabalho “é a parte do direito que tem por objeto as relações de trabalho subordinado”; e, por fim, Messias Pereira Donato (apud NASCIMENTO, 2001, p. 153), que classifica o direito do trabalho como o “... corpo de princípios e de normas jurídicas que ordenam a prestação do trabalho subordinado ou a este equivalente, bem como as relações e os riscos que dela se originam”.

2.1.3 Definição mista

Esta definição funde as duas definições supra mencionadas. Numa tentativa de melhor explicar o que é o Direito do Trabalho, abrangem as pessoas e o objeto do deste ramo do direito.

Dentre os autores que definem o Direito do Trabalho de forma mista estão: Evaristo Moraes Filho, Gullermo Cabanellas, Hector Hugo Barbagelata, Amauri Mascaro do Nascimento, etc.

Para Evaristo Moraes Filho (apud NASCIMENTO, 2001, p. 154) o Direito do Trabalho é:

O conjunto de princípios e de normas que regulam as relações jurídicas oriundas da prestação de serviço subordinado e outros aspectos deste último, como consequência da situação econômica das pessoas que o exercem;

Gullermo Cabanellas (apud NASCIMENTO, 2001, p. 154) define de forma mista o Direito do Trabalho alegando que:

Direito do trabalho ou direito laboral é aquele que tem por conteúdo principal a disciplina das relações jurídicas entre empresários e trabalhadores e de uns e outros com o estado, no que se refere ao trabalho subordinado e no que diz respeito às profissões e à forma da prestação de serviços, e também no que se relaciona com as conseqüências jurídicas mediatas ou imediatas da atividade laboral dependente;

Para Hugo Barbagelata (apud NASCIMENTO, 2001, p. 154), Direito do Trabalho é:

Aquele que compreende o conjunto de disposições legais e regulamentares que tratam ou regulam a situação daqueles que trabalham sob subordinação de um terceiro, e por extensão, de certos trabalhadores independentes;

Finalmente, Amauri Mascaro do Nascimento (2001, p. 155) ensina que:

Direito do trabalho é o ramo da ciência do direito que tem por objeto as normas jurídicas que disciplinam as relações de trabalho subordinado, determinam os seus sujeitos e as organizações destinadas à proteção desse trabalho, em sua estrutura e atividade.

2.2 Princípios do Direito do Trabalho

O Direito do Trabalho não é constituído tão somente por leis e normas. Essencialmente, este ramo do direito, assim como qualquer outro, é constituído, também, por princípios que o regulam. Dentre os princípios mais relevantes, está o Princípio da Proteção, que, sem receios, pode-se afirmar que é o princípio base de todo o Direito do Trabalho.

Todavia, mister se faz conceituar o que é princípio para a ciência jurídica.

Toda ciência, assim como a filosofia, tem princípios que a regem. No direito não é diferente. Nesta ciência humana, a existência dos princípios é relevante tanto para a elaboração das normas, quanto para sua própria aplicação.

Alguns princípios no direito têm aplicações em todos os seus ramos, como o Princípio da isonomia, por exemplo. Outros são específicos do Direito Penal, do Direito Civil, do Direito Comercial, do Direito do Trabalho, entre outros ramos.

Mas, afinal, o que são os princípios?

No entender de Miguel Reale (1991, p. 300), "... princípios são certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber".

Segundo Celso Bandeira de Mello (apud AMARAL, 2003):

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica 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.

Princípios são normas gerais, positivadas ou não, que norteiam a criação e a aplicação do direito, formando suas bases e diretrizes.

Rodriguez (2000, p.36) conceitua os princípios como:

Linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos.

Desta forma, conclui-se que princípios do Direito do Trabalho são estas linhas diretrizes que informam normas em sua criação e aplicação no âmbito do Direito do Trabalho.

3 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Dentre os vários princípios do Direito do Trabalho, vislumbra-se o Princípio da Proteção como, senão o mais importante, um dos mais relevantes princípios do Direito Trabalhista.

Muitos consideram que o Princípio da Proteção é um princípio maior dentro do Direito do Trabalho, diante de sua finalidade de proteger o trabalhador, que é visto com inferioridade diante do empregador. Vislumbra-se a necessidade da existência desse princípio na história, quando do advento da Revolução Industrial. Neste momento da história, quando surgiram as primeiras máquinas, não havia normas que protegessem os trabalhadores, por esse motivo, o que se viu foi o vilipêndio e o abuso do ser humano, que sem direitos mínimos, submetiam-se a trabalhos desgastantes e prejudiciais à saúde para que pudesse ter alguma fonte de renda que os permitissem sobreviver, apenas.

Tendo em vista essa dependência do empregado em relação ao empregador, o Direito do Trabalho se formou com o Princípio da Proteção, privilegiando o trabalhador para equilibrar a relação de trabalho.

Desta forma, entende-se que, conferindo maior gama de direitos ao empregado, este teria sua deficiência suprimida, o que traria condição mais isonômica e equilibrada entre os sujeitos do contrato de trabalho.

3.1 A proteção jurídica nas relações contratuais

Para que se verifique a aplicação da autonomia da vontade, é necessário que haja igualdade entre os contratantes, de forma que uma parte não se submeta à vontade da outra.

Ocorre que, nem sempre, na relação contratual, as partes estão em condições de igualdade, sendo necessária, portanto, a criação de um sistema que impedisse que a parte mais fraca fosse explorada pela parte mais forte,

assegurando o predomínio dos interesses sociais sobre o interesse individual. (BESSONE, 1997, p. 35). Assim, atendendo principalmente às necessidades gerais da sociedade, ao invés da livre vontade das partes, o Estado passou a “dirigir” o contrato nesse tipo de relação (daí se origina o termo “dirigismo contratual”, que significa a proteção conferida pelo Estado ao dispor regras mínimas em determinadas espécies de contrato, buscando a equidade).

A proteção conferida pelo direito, no campo jurídico, àquele considerado mais fraco numa relação contratual, iniciou sua expansão depois de meados do Século XIX. Desde então, essa tutela vem alcançando um número cada vez maior de pessoas, assim como locatários, consumidores, trabalhadores entre outros.

A razão dessa proteção advém da possibilidade de um dos contratantes, por ser a parte mais forte da relação, fazer valer a sua vontade em detrimento da vontade do outro contratante, impondo cláusulas que o mais debilitado não poderá discutir, podendo apenas aceitar ou recusar o contrato por inteiro. Seriam, assim, uma espécie de contratos de adesão.

Gerard Couturier (apud SILVA, 1999, p. 22 e 23), leciona que existem três espécies de inferioridade que ensejam a proteção jurídica: a inferioridade-constrangimento, a inferioridade-ignorância e a inferioridade-vulnerabilidade. É possível verificar estas três hipóteses de inferioridade na relação contratual existente entre o empregado e o empregador.

A primeira espécie de inferioridade (inferioridade-constrangimento), atinge a liberdade do contratante mais fraco, uma vez que afeta seu consentimento. Como alude Silva (1999, p. 22), referindo-se ao mais debilitado na relação contratual:

Não pode ele negociar da melhor maneira para os seus interesses porque não é realmente livre de aceitar ou recusar. A aceitação tem somente um valor limitado quando emana de alguém que não tinha meio de recusar.

É o que, na grande maioria das vezes, ocorre com o contrato de trabalho. O candidato ao emprego não negocia as normas do contrato, pois é parte mais fraca. Se ele não aceitar trabalhar naquelas condições outro consentirá e ocupará

a vaga de trabalho. Tal situação não é incomum, sobretudo atualmente, quando se verifica uma grande porcentagem de pessoas economicamente ativas desempregadas.

A inferioridade-ignorância se percebe quando um dos contratantes é especialista sobre o objeto do contrato, ou seja, quando é profissional, e o outro é leigo.

...este último carece dos conhecimentos técnicos, não dispondo das informações jurídicas e outras, que lhe permitam uma representação exata da operação de que resulta a conclusão do contrato (SILVA, 1999, p. 23).

Muitas vezes os empregados trabalham sem ter a real noção ou as informações necessárias sobre as condições de admissão, bem como as características do emprego. Correto seria que o empregado, ao assinar o contrato de trabalho tivesse conhecimento amplo das condições do serviço e do acordo então avençado.

A inferioridade-vulnerabilidade diz respeito a própria integridade física e à saúde do trabalhador. É evidente que a atividade física despendida pelo trabalhador durante seu labor pode afetar seu corpo. O empregado está sujeito a acidentes em decorrência do trabalho exercido, bem como de doenças, como é o caso da lesão por esforço repetitivo, que posteriormente vem afastar muitos deles de realizar as atividades de sua profissão.

3.2 Fundamentos

Os fundamentos da existência do Princípio da Proteção não são apenas históricos.

É evidente que aquela condição precária sofrida pelos trabalhadores na época da Revolução Industrial é, em grande parte, resultado de uma relação

contratual livre, sem intervenção alguma do Estado que viesse proteger a parte mais fraca da relação, ou seja, o empregado. Utópico seria acreditar que o trabalhador estava em condições de igualdade em vista do empregador. Desta forma, para trazer equilíbrio a esta relação, conferiu-se mais direitos à parte tida como inferior. Tratando os desiguais de desigualmente busca-se a isonomia entre os sujeitos.

Assim explica Radbruch (apud RODRIGUEZ, 2000, p.86): “idéia central em que o direito social se inspira não é a da igualdade entre as pessoas, mas a do nivelamento das desigualdades que entre elas existem”. Chega-se, desta forma, à idéia que se deve favorecer a quem se pretende proteger, devendo-se proteger sempre o mais economicamente fraco, interpretando as normas sempre a seu favor. (RODRIGUEZ, 2000, p.86).

Muitos entendem que essa desigualdade existente entre trabalhador e empregador ocorre em virtude: 1) da dependência econômica do empregado, uma vez que, em regra (e não sempre), o trabalhador depende economicamente daquele que lhe fornece o emprego, para que então possa receber seu salário, que por sua vez é essencial para sua subsistência; e 2) da subordinação, pois o empregado não tem autonomia de trabalho, ele estará sempre cumprindo ordens e obrigações. O empregado tem que se sujeitar aos mandamentos dos empregadores durante o trabalho. Situação essa, que não se verifica de forma inversa, ou seja, o patrão não se sujeita a ordens do empregado.

Silva (1999, p. 25) enuncia mais dois fundamentos da proteção ao trabalhador: O perigo ao qual o trabalhador se expõe, podendo ter sua incolumidade moral e física prejudicada, pois estão sujeitos a acidentes, doenças, entre outros malefícios; e a falta de conhecimento dos empregados de seus direitos, haja vista que, principalmente no Brasil, não existe a uma conscientização dos direitos do empregado, sem olvidar, ainda, que nosso país conta com uma alta porcentagem de analfabetismo.

Isso enseja o Princípio da Proteção ao trabalhador, conforme ensina Nascimento (2001, p. 304):

Sustentam que no direito do trabalho existe um princípio maior, o *protetor*, diante de sua finalidade de origem, que é a proteção jurídica do trabalhador, compensadora da inferioridade em que se encontra no contrato de trabalho, pela sua posição econômica de dependência ao empregador e de subordinação às suas ordens de serviço. O direito do trabalho, sob essa perspectiva, é um direito conferido ao trabalhador como meio de dar equilíbrio entre os sujeitos do contrato de trabalho, diante da natural desigualdade que os separa e favorece uma das partes do vínculo jurídico, a patronal.

Assim, em consonância com esse espírito protecionista da legislação trabalhista, no intuito de estabelecer uma condição mais justa, ou, ao menos, nivelada, “o interprete deve sempre atuar em consonância com a intenção do legislador” (RODRIGUEZ, 2000, p.86).

Por isso diz *Caldera* que este Princípio “se explica não só sob o ponto de vista social, mas também sob o especificamente jurídico: porque a intenção do legislador nesta matéria foi a de favorecer aos trabalhadores e, portanto, é correto aceitar como critério de orientação tal intenção genérica” (CALDERA apud RODRIGUEZ, 2000, p. 87)

Barassi fundamenta o princípio da interpretação favorável ao trabalhador em duas ordens de razões. Por um lado, a grandiosidade das leis protetoras e asseguradoras, destinadas a tutelar e assistir ao contratante mais débil, o trabalhador, ainda que abstratamente o enquadramento sindical não tolere seja ele como um indivíduo em atitude de combate frente a cada empresário. Por outro lado, a unidade fundamental do Direito do Trabalho, que reúne todas as normas de um sistema próprio (BARASSI apud RODRIGUEZ, 2000, p. 87)

Desta forma, observa-se a relevância deste princípio para o Direito do Trabalho, não sendo possível negar sua existência, haja vista que este é o princípio primordial deste ramo do direito.

3.3 Aplicação do Princípio da Proteção

Após terem sido expostos a noção do Princípio da Proteção e seus fundamentos, mister se faz relatar sua aplicação.

3.3.1 Alcance e riscos de sua aplicação

Este Princípio não é mera forma de interpretação ou apenas está relacionado à hermenêutica das normas jurídicas trabalhistas, ele, na verdade, inspira todo o ramo do Direito do Trabalho, desde sua elaboração até sua aplicação. Já que as leis foram criadas com o intuito de proteger o trabalhador, assim devem ser interpretadas, conforme ensina Rodriguez (2000, p. 100).

Observe-se, todavia, que o princípio em tela serve como fundamento para a criação de leis e, por conseqüência, como diretriz para a interpretação do direito. Não pode o juiz valer-se deste para agir de forma discricionária, sobretudo devido à hodierna existência de uma grande quantidade de leis que tutelam o empregado. A proteção do trabalhador deve co-existir com a segurança jurídica.

O Princípio da Proteção deve ser aplicado com bom senso. Baseado nele não se pode fazer qualquer ato a favor do trabalhador, nem mesmo substituir o legislador, ou contrariar normas de direito.

O Princípio da Proteção “tem um campo de aplicação limitado e, mantendo-se dentro dele, não conspira contra a segurança, porém assegura a eficaz e adequada aplicação das normas” (RODRIGUEZ, 2000, p. 101).

3.3.2 Aplicação nas diversas fases de evolução do direito

Há quem afirme que o Princípio da Proteção teve incidência apenas no início, na criação do Direito do Trabalho, quando os empregados sofriam pela dependência e desigualdade em face de seus patrões. Chegam a alegar, inclusive, que este é um princípio decadente, ou melhor, em crise.

Mas há posicionamentos divergentes. Nem todos assim entendem. Refutam estas explicações aduzindo que o Princípio da Proteção não se fez necessário apenas para a criação das primeiras normas ou para o preenchimento de lacunas quando as normas ainda eram escassas. Para eles, o este princípio

em favor do trabalhador está contido no espírito das leis e neste sentido deve ser utilizado para interpreta-las, seguindo o seu critério fundamental.

Divergem também, afirmando que o princípio não está em crise, pois o direito está sempre em evolução, e devido a essa constante, sempre será necessária a criação de novas normas e melhores regulamentações, sobretudo, abordando aspectos mais complexos. Nisto, segundo afirmam, deverá estar presente o princípio mencionado.

Conforme expressa acertadamente *Pérez Leñero*, “a tutela, como baseada na justiça e em uma forma especial dela, a equidade, não pode ser transitória. A tutela sempre terá sua razão de ser no desnível econômico, que se manifesta no contrato de maneira substancial. Nesse sentido, não se pode falar em transitoriedade. Somente em uma acepção meramente política, metajurídica, portanto, poder-se-ia talvez falar em transitoriedade, mais no terreno legislativo e administrativo do que no jurisprudencial, onde, dado o seu caráter apolítico, jamais caberia aquele excesso político de circunstâncias de captação ou de medo” (RODRIGUEZ, 2000, p. 103).

3.3.3 Disposição no Direito Positivo

Pode-se afirmar que este princípio não precisa estar diretamente positivado. Ele faz parte do ordenamento jurídico como um todo, uma vez que o inspira. Vislumbra-se nas leis e normas trabalhistas a presença do espírito protetor ao empregado.

Conforme o entendimento de Fernández Gianotti (apud RODRIGUEZ 2000, p. 100):

“... a própria natureza do princípio o situa acima do direito positivo. Por outro lado, ele resulta da orientação de todo o conjunto de normas, do propósito que as inspira, da idéia central que opera com razão de ser essencial”.

Apenas ressalte-se que, para que seja possível aplicar este princípio, não é possível que haja no ordenamento jurídico dispositivo que o exclua ou que lhe

seja contrário. Conforme afirma Rodriguez (2000, p. 104), referindo-se á aplicação do Princípio Protetor em face de lei que o confronte: “Poderá aplicar-se sem ela, mas não contra ela”.

3.3.4 Incorporação pelo Direito Positivo

A incorporação deste princípio pode se dar de duas maneiras, conforme explica Rodriguez (2000, p. 104):

- De forma substantiva: consiste em incorporar à carta magna do país ou á uma lei pragmática, princípio genérico de proteção ao trabalhador ou que princípio que faça com que o trabalho se ponha sob proteção do Estado.
- De forma instrumental: significa adicionar leis protetoras que disponham sobre interpretação das normas trabalhistas.

3.3.5 O Princípio da Proteção no Direito do Trabalho Brasileiro

O Princípio da Proteção tem forte presença no Direito do Trabalho pátrio, uma vez que, toda norma trabalhista tem um cunho protetor.

Essa proteção verifica-se a partir da Constituição brasileira, nos artigos 6º a 8º.

Na CLT, vislumbra-se tal Princípio em abundância. “A CLT é quase puramente composta de leis de proteção ao trabalhador” (LIMA, 1997, p. 31). Exemplificativamente, Lima (1997, p. 31) menciona alguns artigos nos quais se verifica a presença do princípio:

Assim, encontramos logo no art. 5º: “A todo trabalhador de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo”. E no art. 9º: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. Este art. 9º é invocado a todo instante, quando o empregador vem defender-se exibindo o contrato de trabalho assinado pelo empregado, com cláusulas leoninas; não raro o patrão exhibe quitações gerais com dizeres “declaro que recebi todos os meus direitos trabalhistas e nada tenho a reclamar, no presente ou no futuro” (LIMA, p. 31, 1997).

A proteção do Trabalhador contida na CLT não se concentra apenas nos primeiros artigos, está, na verdade, inserida em toda Consolidação. Apenas como exemplo, encontra-se, em outros dispositivos, normas que regulam a duração da jornada de trabalho, salário mínimo, férias, segurança do trabalho e anotações na CTPS, como se vislumbra do disposto do Título II do citado dispositivo legal. No Título III, existem normas específicas para profissões determinadas, protegendo a mulher e o trabalho do menor. No Título IV, há disposições legais sobre o Contrato individual de trabalho.

A CLT, além de conter dispositivos processuais trabalhistas, é a norma mais abrangente sobre Direito do Trabalho no Brasil, sendo, por consequência, a que detém um maior conteúdo de normas protecionistas. Porém, não é a única que versa sobre essa proteção. Existem outras leis esparsas que tratam da matéria, assim como o Estatuto do Menor e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990), que contém um capítulo tratando da profissionalização e da proteção do trabalho do menor. Outro exemplo é a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, que regula a tutela conferida ao deficiente.

Um relevante aspecto existente no Direito do trabalho brasileiro diz respeito ao fato dos direitos do trabalhador não serem afetados por irregularidades de sua contratação. Assim, um menor de 11 anos, por exemplo, apesar da irregularidade de sua atividade, uma vez que proibida devido a sua idade, não deixará de ter direito a salário, gratificação natalina, entre outros direitos.

Revela-se (...) no Direito Brasileiro, como corolário do princípio tutelar, a irretroatividade das nulidades contratuais, desde que lícito o objeto de prestação de serviço, surtindo a anulação os mesmos efeitos de uma dispensa imotivada, em face do caráter realidade da relação de trabalho, que não cede à pactuação contratual (LIMA, 1997, p. 32).

3.4 Subdivisão do Princípio da Proteção

Na doutrina, assim como existe o cediço reconhecimento da existência do Princípio da Proteção, a mesma convergência não existe quando se refere ao modo como este princípio se exterioriza. As opiniões a respeito da forma como ele se concretiza são diversas.

Alguns autores, como o professor carioca Airon Sayão Romita (apud RODRIGUEZ, 2000, p.96), subdivide o Princípio em questão em dois sub-princípios: o princípio de favor (que seria o mesmo que o princípio da norma mais favorável), e o princípio *in dubio, pro operario* (que, por sua vez, seria semelhante ao princípio da condição mais favorável).

Outros, como é o caso de Amauri Mascaro do Nascimento, Américo Plá Rodriguez e Alfredo J. Ruprecht, sub dividem o Princípio da Proteção em outros três: *in dubio, pro operario*; o da Norma mais favorável; e o da Condição mais benéfica.

Passaremos a estudar cada um deles de forma pormenorizada.

3.4.1 O Sub-princípio *in dubio, pro operario*

Por este sub-princípio deve se entender que, quando houver uma norma cuja interpretação possa levar a aplicações diversas do direito, deve-se entendê-la de forma mais benéfica ao trabalhador.

Nas palavras de Alfredo J. Ruprecht (1992, p. 19), “*este principio significa que cuando una misma norma es susceptible de diversas interpretaciones, corresponde aplicar la que sea más benéfica al trabajador*”.⁴

⁴ “este princípio significa que quando uma mesma norma é suscetível de diversas interpretações, corresponde aplicar a que seja mais benéfica ao trabalhador”.

Como afirma Nascimento (2001, p. 304), “... diante de um texto jurídico que possa oferecer dúvidas a respeito do seu verdadeiro sentido e alcance, o intérprete deverá pender (...) para a mais benéfica para o trabalhador”.

3.4.1.1 Fundamentos

Assim como no direito privado existe a regra *in dubio, pro reo*, no direito do trabalho existe a regra do *in dubio, pro operario*.

No direito privado, em caso de dúvida, interpreta-se as normas de forma que se beneficie o réu (o devedor), em deficiência do autor (credor). Já no Direito do Trabalho ocorre o inverso: em caso de dúvida, interpreta-se a norma de forma mais favorável ao credor, que é o trabalhador. Isto se percebe, pois o Direito do Trabalho é ramo autônomo do direito e, desta forma, não precisa seguir regras do direito comum.

É, novamente, a busca do direito em beneficiar aquele que se entende como o mais fraco da relação, para que não se cometa injustiças, deixando o menos beneficiado em desamparo. Este princípio surge com fins sociais, e assemelha-se muito, em seus objetivos, ao princípio *in dubio, pro reo* do direito penal.

3.4.1.2 Alcance e aplicação

Seguindo os ensinamentos de Deveali (apud RODRIGUEZ, 2000, p. 110), alguns autores pregam que o princípio em tela somente pode ser aplicado caso haja dois requisitos: 1º) que realmente exista dúvida sobre o alcance da norma legal; 2º) sempre que a interpretação a favor do empregado não resultar em confronto com a vontade do legislador.

Deste modo, cumprindo a primeira exigência, é preciso que, sobre a norma que enseja a dúvida, possa haver interpretação de forma diversa e que não exista outra que trate do assunto. Em atendimento à segunda, deve se atentar para a *ratione legis*, uma vez que as leis têm, inseridas em seu bojo, a proteção do interesse social do trabalho, assim, não é possível que por razão de uma dúvida se penda a aplicar a norma de forma mais favorável ao trabalhador se isto acarretar afronta a outras leis, ou, de uma forma mais abrangente, com a própria vontade do legislador.

Interpretar uma regra *in dubio, pro operario* não significa corrigi-la ou complementa-la. Também não significa que, quando não houver uma norma que trate de uma determinada situação, possa-se valer deste princípio para inovar, ou melhor, para substituir uma lei, ou até mesmo o próprio legislador. Ainda, não é possível que se interprete uma norma trabalhista em desconformidade com o que ela prescreve, dando-lhe significado oposto ao que determina. Estar-se-ia, assim, desvirtuando o princípio em tela. Deve-se, na verdade, decidir-se *in dubio, pro operario* quando esta interpretação levar ao verdadeiro sentido da norma, que, tão somente, não estava descrito com a devida clareza.

A norma *in dubio, pro operario*, pode tanto restringir um prejuízo como também ampliar um benefício em favor do empregado, mas não serve para que o magistrado supra a tarefa do legislador. O direito não pode prescindir de segurança jurídica.

A interpretação deve preferir aquela que advém do próprio espírito das leis. “Isso obriga a levar em conta, muitas vezes, que a lei tencionou não apenas contemplar os interesses dos trabalhadores, mas também harmonizar os interesses obreiro-patronais com os da coletividade”. (DEVEALI apud RODRIGUEZ, 2000. p. 112).

Como postula Alfredo J. Ruprecht (1992, p. 21):

... no se debe contrariar la voluntad del legislador. Cuando éste establece una norma que tienda a conciliar los intereses de los

trabajadores, los empleadores y la colectividad, no se puede romper el equilibrio a favor de una de las partes, en este caso, los trabajadores.⁵

A doutrina prevê algumas limitações à aplicação desta regra, apesar de não serem reconhecidas de forma unânime e incondicionada por todos. Uma diz respeito a dúvidas quanto à forma de administrar, de gerir uma empresa, a qual, neste caso, deveria pender em favor do empregador; a outra, versa sobre a inaplicabilidade deste princípio no que concerne às normas de Direito Previdenciário, haja vista que é um ramo do direito distinto do Direito do Trabalho.

Outra limitação suscitada que não pode ser olvidada, dada a sua relevância, é a possibilidade de aplicar a norma em tela quanto a provas de fatos. Desde logo, esclareça-se que esta possibilidade é rechaçada por muitos autores, afirmando-se que não é possível utilizar essa norma para valoração de provas. Ela serve, somente, para a interpretação de normas e não de material instrutivo do processo.

Neste sentido aduz Benedito Pérez (apud Ruprecht, 1992, p. 21) que “una cosa es la interpretación de la norma para valorar su alcance y otra muy distinta en la apreciación de una medida de prueba para decidir la litis”.⁶

Contudo, existe posicionamento diverso, uma vez que aquele não é unânime. É o caso de Santiago Rubinstein (apud RODRIGUEZ, 2000. p. 114), que entende que as provas também devem ser interpretadas com a utilização do princípio *in dubio, pro operario*, pois, segundo ele, a dúvida também pode recair sobre provas.

Apesar de parecer que este princípio está mais diretamente relacionado com a apreciação de provas, ele, essencialmente, deve ser utilizado em caso de dúvida que recaia sobre a aplicação da norma. Este posicionamento ocupa maior aceitação da doutrina e deve ser assim posto em prática, como no seguinte caso concreto, relatado por Silva (1999, p. 44):

⁵ ... não se deve contrariar a vontade do legislador. Quando este estabelece uma norma que tenda a conciliar os interesses dos trabalhadores, dos empregadores e da coletividade, não se pode romper o equilíbrio a favor de uma das partes, neste caso, dos trabalhadores.

⁶ uma coisa é a interpretação da norma para valorar seu alcance e outra muito distinta é a apreciação de uma medida de prova para decidir a *litis*.

... em outro feito de que também fomos relator, afirmamos em nosso voto que, no processo trabalhista, o art. 620 do CPC é de total impertinência, ao contrário do que se vem entendendo por desatenção aos princípios fundamentais do Direito do Trabalho. Com efeito, funda-se aquele artigo no princípio do *favor debitoris*, sendo seu intuito proteger a parte mais fraca, normalmente o devedor (...). Ora, esse princípio do processo civil não pode ser aplicado no processo do trabalho porque se atrita com os seus princípios fundamentais, e com a própria razão de ser e finalidade do respectivo direito que, como a do Direito Material do Trabalho, é a proteção ao trabalhador. Este, parte economicamente fraca da relação de emprego, é, em quase todos os casos, credor e não devedor, inverte-se a regra que prevalece no direito civil material e processual comum, do *favor devitors*, regendo, ao contrário, a do favor pelo credor. Daí ressalta a inaplicabilidade do art. 620 do CPC no domínio do processo do trabalho. Neste, a execução pode ser feita da forma mais gravosa ao devedor se necessário. Assim decidiu o TRT da 5ª Região (Ac. Tribunal Pleno n. 131, no Mandado de Segurança 21/84)

Todavia, acreditar que a regra do *in dubio, pro operario* se aplica apenas a questões de interpretações normativas em caso de conflito existente não parece coerente, pois se estaria restringindo e comprometendo a aplicação desta regra.

Contudo, existem problemas quanto a se aceitar a aplicação da regra no campo probatório, pois se estaria inserindo um princípio de direito material no campo processual, no que concerne à instrução.

Silva (1999, p. 55), posicionando-se pela possibilidade de aplicar o princípio em tela no que tange à questão probatória, afirma que a inferioridade do trabalhador persiste ainda no processo do trabalho, assim como no direito material, o que poderia dificultar potencialmente o acesso do empregado a uma boa defesa. Ressalta, ainda, que a instrumentalidade do processo está relacionada à pretensão do trabalhador, buscando tornar viável o resguardo de seu direito. “O processo não é um fim em si mesmo, mas o instrumento de composição de lides, que garante a efetividade do direito material”.(GIUFFRÉ apud SILVA, 1999, p. 55).

Existem, inclusive, decisões no direito brasileiro que contemplam a utilização do princípio em caso de dúvida que recaia sobre provas: “O tribunal Superior do Trabalho julgou, (...) que, dividida a prova, se decide em favor do empregado, por aplicação do princípio *in dubio pro misero* no campo da prova” (SILVA, 1999, p. 61). No mesmo sentido entende o Tribunal regional do Trabalho da 5ª Região: “O princípio *in dubio, pro operario* é aplicável em matéria de prova’

(2ª Turma, Ac. N. 1897/84)” (SILVA, 1999, p. 61). Acompanha esse entendimento o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

Todavia, deve-se ressaltar que, este princípio não serve para afastar o pressuposto do ônus da prova. A regra do *in dubio, pro operario* deve ser adotada sempre que houver dúvida quanto a provas contrapostas. Dúvida objetiva. Obstada a hipótese de conceber à regra uma função integrativa do Direito do Trabalho.

... cabe aplicar a “regra” *pro operario* quando se trate de matéria de fato “em casos de autêntica dúvida para valorar o significado ou o alcance de uma prova. Não para suprir omissões; mas para apreciar adequadamente o conjunto dos elementos probatórios tendo em conta as diversas circunstâncias do caso, uma consideração especial. Não só pela desigualdade básica das partes, não só pelo estado de subordinação em que se acha muitas vezes o trabalhador, mas também pela natural disponibilidade de meios de prova que tem o empregador e que contrasta com a dificuldade do trabalhador neste aspecto. (PLÁ RODRIGUEZ apud SILVA, 1999, p. 59).

3.4.2 O Sub-princípio da norma mais favorável

Ocorrem situações em que, para uma mesma situação, cabe mais de uma norma jurídica, acarretando dúvida sobre qual delas se deve aplicar.

Se levarmos em consideração que o próprio direito tem regras para resolver este problema, como por exemplo, que a norma posterior revoga a norma anterior que dispunha sobre o mesmo assunto, ou que a norma que contenha disposições especiais prefere àquela que contenha disposições gerais, entre outras regras, poderia se considerar que caso ocorresse um conflito de normas, assim ele seria resolvido.

Ocorre, todavia, que em se tratando de Direito do Trabalho as soluções para o problema são diferentes, pois diversa é a relação que regula. Não trata de mero contrato civil, mas, na verdade, de um contrato de trabalho, cujo trabalhador é visto como parte mais fraca da relação, devido a sua dependência econômica e hierárquica. Sob esses fundamentos, em caso de normas diferentes que versem

sobre uma mesma situação, surge a regra de interpretar a norma da forma que seja a mais favorável ao empregado.

3.4.2.1 Alcance e aplicação

Esta regra pressupõe a existência de mais uma lei que rege um determinado fato ou situação, sendo que, apenas uma delas, aquela que mais favoreça o trabalhador, deve ser aplicada.

Daí decorre um problema: como saber qual das normas aplicar?

No Direito do Trabalho não se pode aplicar a pirâmide hierárquica kelseniana das normas jurídicas de forma absoluta. Neste ramo do direito ela não se aplica na forma tradicional. Ocorre no Direito do Trabalho o mesmo que no Direito Ambiental: as normas são interligadas entre si, aplicando-se a que seja mais favorável, desde que seja válida. Enquanto que, para os demais ramos, a Constituição dispõe normas que não podem ser contrariadas por outras leis e normas diversas, no Direito do Trabalho, o que dispõem as normas hierarquicamente superiores são apenas direitos mínimos que devem ser observados, podendo ser ampliados de formas diversas, como convenções coletivas, por exemplo, entre outras espécies de normas.

Não se aplica, portanto, a norma hierarquicamente superior, mas, sim, aquela mais favorável ao trabalhador, o que pode acarretar até mesmo numa inversão na hierarquia defendida por Hans Kelsen.

Como ensina Nascimento (1976, p. 232), “O vértice da pirâmide hierárquica das normas trabalhistas será ocupado pela norma mais favorável ao trabalhador dentre as diferentes normas em vigor”.

Assim, nada impede que uma convenção coletiva ou um estatuto de uma determinada empresa possa estar no ápice da pirâmide.

A Constituição Federal e outras leis, como a própria CLT, contêm diretrizes básicas. Nada obsta que os direitos então conferidos possam ser ampliados por

normas de espécies diferentes, e que, em tese, seria inferiores no tocante a sua hierarquia. Desta forma, ocorreria uma espécie de derrogação de uma determinada norma. Fala-se em uma espécie de derrogação, pois na verdade, o que realmente ocorreria é que esta norma tida formalmente como superior, não seria aplicada em virtude de uma outra que melhor atendesse ao trabalhador, ou seja, ela se quedaria inoperante.

Entretanto, observe-se que, tratando-se de uma convenção coletiva, ou um estatuto de uma determinada empresa, estas normas não têm como tornar toda uma lei inoperante, ou melhor, elas não têm aplicação sobre todos os trabalhadores, nem empregadores. Estas se limitam aos sujeitos que a elas se submetem. Um estatuto, por exemplo, somente será aplicável às relações trabalhistas que envolvem uma determinada empresa e seus empregados; jamais alcançarão outros funcionários que não os seus. Por isso, pode-se afirmar que esta inoperância de uma lei hierarquicamente superior é, tão somente, parcial, e não geral. Ela não fica propriamente derogada, pois, exemplificativamente, todos os outros empregados e empregadores que não se submetem a uma determinada convenção coletiva, terão que observar esta norma geral, uma vez que não existe nenhuma outra que mais beneficie o empregado.

Contudo, o sub-princípio da aplicação da regra mais favorável ao empregado, não pode ser empregado incondicionalmente, há uma ressalva que deve ser feita. Esta regra tem seu limite nas normas de ordem pública, aquelas que não permitem alterações, haja vista que já trazem consigo, simultaneamente, o limite mínimo e máximo da proteção. Existem, também, normas proibitivas. Conforme explica Nascimento (1976, p. 231):

O princípio básico da hierarquia das normas jurídicas trabalhistas é o da prevalência das disposições mais vantajosas para o trabalhador, salvo lei proibitiva do Estado. (...) A prevalência de lei proibitiva do Estado (...) resulta do fato que tal atitude se faz necessária quando o bem comum exige sacrifícios momentâneos de vantagens aparentes em benefício de determinadas categorias econômicas, ou mesmo trabalhadores, em geral.

Todavia, como estas normas de ordem pública constituem exceção no Direito do Trabalho, devem dispor expressamente, em seu bojo, sobre este seu

caráter cogente, ou seja, deve alertar que sua inderrogabilidade é absoluta, neste caso.

Mas, no caso de não se tratar de normas de ordem pública, situação na qual é possível utilizar a regra da norma mais favorável, é preciso estabelecer critérios para sua aplicação.

Durand (apud RODRIGUEZ, 2000, p. 127), estabelece os seguintes princípios orientadores para tal aplicação:

1º) A comparação das normas deve se dar aproximando-as e analisando seu conteúdo, sem se preocupar, num primeiro momento, com as conseqüências econômicas mais distantes que elas possam acarretar. Pode ocorrer que uma norma mais favorável ao trabalhar, em longo prazo, possa trazer-lhe prejuízo. É o caso de conceder direitos demais aos empregados, sobrecarregando o empregador, que futuramente será obrigado a efetuar a demissão de vários funcionários ou até mesmo de cessar o funcionamento da empresa;

2º) a comparação não pode levar em consideração a situação de um trabalhador isoladamente, mas, na verdade, da coletividade de trabalhadores. Uma norma não poderia favorecer apenas um em detrimento de vários trabalhadores;

3º) A análise das normas, para que se verifique qual a mais favorável, deve ser feita de forma objetiva, observando-se à vontade da norma, e não subjetiva, do ponto de vista dos interessados;

4º) A confrontação das normas deve ser feita de forma concreta, verificando-se se a norma realmente é favorável ao empregado;

5º) Devido à aplicação da regra hierarquicamente inferior consistir numa exceção ao princípio da intangibilidade da norma imperativa, sobre ela (a regra mais benéfica ao empregado), não podem recair dúvidas de que realmente trará uma situação mais favorável aos trabalhadores, devido à possibilidade desta norma inferior ser considerada inaplicável ou ilegal.

3.4.2.2 Sistemas de comparação para se eleger a norma mais favorável

Existe uma dificuldade em se aplicar esta regra da norma mais favorável quando se verificam duas normas distintas contendo disposições que versam sobre o mesmo assunto. Uma norma pode conter, ao mesmo tempo, disposições favoráveis e outras prejudiciais em seu texto. Para que seja aplicada a norma mais favorável da maneira que mais corrobore com o Direito do Trabalho e que mais atenda à necessidade do princípio em tela, basicamente, existem duas teorias: a teoria do conjunto e a teoria da acumulação

A teoria do conjunto, também conhecida como teoria da incidibilidade ou como teoria do englobamento, toma por base a análise de cada norma em seu conjunto, ou melhor, em sua totalidade. Para esta teoria, a norma não pode ser cindida, aproveitando-se apenas a parte que melhor atende ao trabalhador, deixando de aplicar aquela que menos lhe favorece. Em caso de mais de uma norma disciplinar uma mesma situação, deve-se observar qual delas, em sua integralidade, é mais favorável ao empregado.

A teoria da acumulação, ou otimista, é o oposto da teoria da cumulação. Os adeptos desta teoria sustentam que as normas podem ser cindidas conforme o que mais e melhor aproveite ao trabalhador, independentemente da hierarquia de cada uma. Assim, extrair-se-ia de cada norma os dispositivos mais favoráveis ao empregado para que, então, pudessem ser aplicados. Utiliza-se apenas partes de cada norma e não apenas uma em sua totalidade.

A teoria da cumulação, segundo Plá Rodriguez (2000, p. 129), tem maior aceitação. Nessa corrente afirma Alfredo J. Ruprecht (2001, p. 26):

La teoría más correcta es la del englobamiento. La norma tiene un contenido unitario, por lo que nos es posible tomar otros preceptos que no fueron considerados al ser establecida dicha norma; el carácter unitario de cada una debe ser respetado.⁷

⁷ A teoria mais correta é a do englobamento. A norma tem um conteúdo unitário, pelo que não é possível tomar outros preceitos que não foram considerados ao ser estabelecida a dita norma; o caráter unitário de cada uma deve ser respeitado.

Outras teorias existem, mas não são significantes, pois são apenas pequenas variações daquelas aqui expostas.

3.4.3 O Sub-princípio da condição mais benéfica

Esta norma tem relação com a da norma mais favorável, porém pressupõe a existência de uma outra, anterior, concreta e reconhecida, que deve continuar sendo aplicada, caso seja a mais benéfica.

Não se pode confundir esta regra com as anteriores estudadas, pois em relação ao princípio *in dubio, pro operario*, ela tem caráter mais amplo, geral e, além disso, tem formulação jurídico-positiva expressa. Em relação com a regra da norma mais favorável, o princípio da condição mais benéfica diz respeito a uma norma pré-existente, que foi substituída por outra nova e que traz condições menos favoráveis aos trabalhadores. Não existe um confronto de normas. Ocorre apenas, que uma norma, em regra, não pode retirar direitos do trabalhador. Daí prevalecer a condição anterior que, por sua vez, era mais benéfica ao empregado.

Apesar de distintos, os três sub-princípios estão interligados. Tanto é assim que, muitas vezes, para se aplicar a condição mais benéfica pode-se recair nas teorias do conjunto e da acumulação utilizadas para a aplicação de normas no caso da regra da norma mais favorável.

3.4.3.1 Alcance e aplicação

Esta regra não está relacionada ao conflito de duas ou mais normas vigentes, como no caso da regra da norma mais favorável ao trabalhador. Ela pretende, na verdade, solucionar problemas advindos da criação de novas normas no Direito do Trabalho.

Sua aplicação se dá quando uma norma nova traz menos benefícios aos trabalhadores do que a norma anterior, ou seja, quando uma norma mais recente suprime ou diminui direitos antes conferidos aos empregados. Daí se verifica que sua aplicação não acontece com muita freqüência, dado que, normalmente, as normas mais recentes tendam a ampliar os direitos dos trabalhadores. Com esta regra, garante-se o respeito às garantias e direitos já alcançados pelos empregados, impedindo eventual prejuízo.

Para que se saiba quando existe uma condição anterior mais benéfica, pode-se observar a existência de três requisitos, conforme afirma Ojeda Aviles (apud RODRIGUEZ, 2000, p. 133 e 134):

1º) As condições de trabalho devem ser analisadas em seu sentido amplo, abrangendo, caso haja, as gratificações, as condições do alojamento, a alimentação oferecida e as demais condições concedidas aos trabalhadores;

2º) A norma anterior, sendo mais benéfica, deve ter surtido efeito sobre o contrato de trabalho e, além disso, a nova norma deve ter surgido durante a vigência deste contrato. Assim, Um trabalhador que inicia seu trabalho após o advento da norma recém criada não pode invocar a regra da condição mais benéfica, pois dela não se aproveitou. Ele não conhecia da norma anterior, por isso, não pode invoca-la;

3º) O trabalhador deve ter sido efetivamente beneficiado com a condição anterior. Os direitos anteriores à nova norma devem ter sido reconhecidos pelo trabalhador. Se o empregado não se valia de uma determinada faculdade ou se esta for indiferente para ele, não resultará em supressão ao seu direito revogar a norma.

Seguindo os requisitos acima, pode ocorrer que, numa mesma empresa, empregados em patamares iguais tenham direitos diferentes, o que não seria justo. Os trabalhadores que usufruíram as condições anteriores, por sua vez mais benéficas, teriam esta situação garantida, enquanto que aqueles trabalhadores que teriam firmado contrato após a norma menos favorável, não teriam aqueles mesmos direitos.

Para evitar esse problema, a melhor doutrina ressalva que a norma posterior deve eliminar, de forma expressa, disposição existente em norma

anterior. Além disso, maior facilidade consistiria em estabelecer normas que melhor aproveitassem aos trabalhadores (o que, em regra, é o que ocorre). E, por fim, o problema em tela também não ocorreria se uma determinada condição, ao invés de ser extinta, fosse substituída. Seriam as intituladas cláusulas de compensação ou de absorção. Consistiriam em mudanças de condições ou de benefícios conferidos aos trabalhadores sem que lhes fosse causado prejuízo.

Observe-se que uma regra que beneficie o trabalhador não precisa, necessariamente ser positivada ou expressa. Registre-se que, entretanto, caso o legislador queira estabelecer uma condição diversa da geral, ou seja, caso venha a estabelecer normas que restrinjam o direito dos trabalhadores, assim deve fazer de forma expressa e, de preferência, através de uma norma hierarquicamente superior, para evitar conflitos normativos, assim como ocorre na regra da norma mais favorável

No que se refere à aplicação desta norma outra ressalva que se faz necessária diz respeito a normas de caráter provisório. Apesar da possibilidade de haver posicionamento em contrário, a norma ou condição provisória que beneficia o trabalhador não tem condição de gerar os efeitos da condição mais benéfica, até mesmo porque, se assim fosse, a norma deixaria de ter seus efeitos provisórios (o que não seria da vontade do legislador), para ter caráter permanente até que outra norma a substitua.

4 CRÍTICAS AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Não resta dúvidas quanto à necessidade e relevância do Princípio da Proteção no Direito do Trabalho, sobretudo pelo que ocorreu na evolução histórica deste ramo do direito.

Contudo, o Princípio Protetor nasceu, junto com o Direito do Trabalho, num momento em que o empregado estava sujeito as condições impostas pelo patrão, sem nenhuma regra ou norma que lhe concedesse direitos.

Contemporaneamente, a situação não é a mesma de antes. Hoje o Direito do Trabalho contém uma ampla gama de normas de proteção. Se não bastasse isto, ainda existem sindicatos e outros órgãos que lutam pela defesa dos interesses dos empregados. A proteção do trabalho está, há tempos, inserida em normas de patamar constitucional.

Além disso, atualmente, as empresas nem sempre estão em caráter de total superioridade, principalmente no que se refere ao aspecto econômico. Mudanças ocorridas nos últimos tempos como a globalização, por exemplo, afetaram muitos mercados econômicos, fazendo com que a concorrência se tornasse mundial, e não mais restrita ao território nacional. Em decorrência dessa forte concorrência muitas empresas foram afetadas e foram obrigadas a encerrar suas atividades, fecharam.

Por esses e outros motivos, a aplicação do Princípio da Proteção no Direito do Trabalho, tal qual se dava nos primórdios da relação empregado-empregador, gera críticas de muitos autores.

Não que se pretenda a extinção de tal princípio. Longe disso. O que se pretende é uma aplicação mais adequada aos tempos atuais, uma vez que o princípio em tela não perdeu sua importância, apenas deve-se observar que as condições às quais ele se aplicava sofreram alterações.

O empregado continua, em tese, sendo a parte mais fraca da relação de emprego, mas nem todas as empresas estão em condições tão superiores.

4.1 Algumas opiniões divergentes quanto ao Princípio da Proteção

Como já foi mencionado acima, o Princípio da Proteção, apesar do cediço reconhecimento de sua existência, sofre crítica quanto a sua aplicação. Seja porque alguns autores entendem que não deve ser aplicado nos tempos atuais, seja porque acreditam que deve sofrer alguma mitigação.

Rodriguez (2000, p. 90 a 98) cita alguns autores divergentes:

Para J. Pinto Antunes, o Princípio da Proteção afeta o sistema capitalista, uma vez que atinge a pessoa jurídica. Ele sustenta que, em caso de dúvida, se julgar a favor do empregado, estar-se-á julgando contra o interesse público, pois, a empresa está relacionada ao mecanismo produtivo, com capacidade de trazer prosperidade à coletividade, o que, obviamente é de interesse social, e tem a ver com o regime econômico e político, resguardados, inclusive, pela carta magna. Afirma, ainda, que a empresa não pode ser sacrificada em prol dos interesses exclusivos de um de seus colaboradores, seja ele o capital ou o trabalho;

Alípio Silveira também afronta a regra *in dubio, pro operario*, pelos seguintes motivos: a) Atualmente, a tendência do direito não é apenas proteger exclusivamente uma parte da relação, mas, trazer-lhe equilíbrio; b) Não seria correto priorizar o interesse de um único funcionário em desfavor da empresa, mesmo que isso afete os outros empregados; c) Com fulcro no artigo 8º da CLT, afirma que não é possível que a defesa de um interesse particular afete o interesse público, devendo ser resguardado o bem comum, como também dispõe o artigo 5º da LICC; d) por razões de equidade, se conforme as regras da hermenêutica não for possível resolver a dúvida existente quanto à aplicação do direito, somente poder-se-á aplicar a regra em favor do empregado caso isso não traga prejuízo ao interesse da empresa;

Segundo o autor argentino, Héctor Ruiz Moreno, o Princípio da Proteção se fazia necessário, com maior intensidade, nos primórdios da relação de emprego, quando era muito mais evidente a fraqueza do trabalhador. Atualmente, aduz que a existência deste princípio seria questionável, em face do fortalecimento do trabalhador devido ao poder adquirido pelos sindicatos com o passar do tempo.

Para Airon Saião, o Direito do Trabalho, hodiernamente, não pretende mais proteger, exclusivamente, o trabalhador, mas, sim, estabelecer a paz social, normalizando a relação entre o patrão e o empregado. Afirma, assim como Alípio Silveira, que o princípio fere o disposto no artigo 8º da CLT, e admite que ao invés de normas trabalhistas rígidas deva surgir uma certa flexibilização, com o objetivo de beneficiar a produção, gerando efeitos para os próprios empregados. Passaria-se, assim, de normas impostas para normas negociadas.

Rodriguez (2000, p. 92 a 98) defende a aplicação do Princípio da Proteção rebatendo todas estas críticas. Para ele, a fundamentação de alguns posicionamentos contrária a este princípio é frágil.

Afirma que, quanto ao argumento do princípio em questão afetar o regime capitalista, o mercado de capitais nada tem a ver com a subordinação que o empregador exerce sobre o empregado, deixando claro que a inferioridade do trabalhador está relacionada também aos aspectos da subordinação.

Quanto à alegação de que o atual objetivo do Direito Trabalhista seja estabelecer o equilíbrio na relação de trabalho, rebate afirmando que este objetivo não é exato, pois o equilíbrio somente pode resultar do fortalecimento da parte mais fraca, o trabalhador.

Contudo, nesse aspecto, faz-se necessária uma observação quanto ao posicionamento do ilustre autor: alegar que se prefere a supremacia, ainda que em direitos, de uma parte (o trabalhador) frente à outra (o empregador), não corrobora com o direito, nem com a constituição brasileira, que determina em suas regras a igualdade de condições. Além disso, o Princípio da Proteção não serve para colocar o empregado em posição superior, serve apenas para evitar abusos, dado que realmente, em regra, é a parte mais fraca da relação, para isso, confere-se-lhe maior gama de direitos, visando sua tutela. Estar-se-ia, então a relação equilibrada, sendo possível aplicar o Princípio Protetor para harmonizar a relação de emprego, que, diante dos fundamentos gerais que embasam o direito brasileiro, seria a forma de aplicação mais correta deste princípio.

No tocante à importância da prosperidade da empresa, aduz ainda o citado autor que, o Princípio da Proteção não pode contrariar disposição expressa em

lei, para isso, basta que o legislador crie normas que evitem que a empresa seja onerada com cargas insuportáveis.

Sem olvidar da opinião que o protecionismo deveria ser diminuído devido ao fato da existência de inúmeros sindicatos que já têm essa função de proteção dos trabalhadores, o aludido autor contesta este posicionamento alegando que existem muitos setores em que os trabalhadores ainda não são sindicalizados ou que o grau de sindicalização é ínfimo, o que demonstra que nem todos os sindicatos têm tanta força de proteção. Alega, também, que, devido à desocupação ter aumentado em vários países, conseqüentemente, está ocorrendo o enfraquecimento sindical, que seria um “efeito desprotetor”

Ora, é possível compreender estes posicionamentos de forma supletiva. Neste caso, basta que a aplicação do Princípio Protetor seja efetuada analisando o caso concreto, ou seja, observando-se o grau da proteção que deve ser aplicado á relação empregatícia. O empregador fraco ou em situação de inferioridade em face do empregador, necessita de alto grau de proteção. Entretanto aquele empregado que já conta com a proteção de um forte sindicato, não precisa ter uma aplicação do princípio de uma forma tão severa, uma vez que o sindicato já exerce a função protetora. No que concerne ao fato de estar ocorrendo um enfraquecimento sindical, deve-se atentar para a possibilidade da proteção estar sendo tanta que inviabilize a contratação de novos empregados ou que faça o patrão demiti-los devido aos inúmeros encargos que tornaram inviáveis a manutenção de muitos funcionários. Aliás, o emprego é algo sempre visado pelas políticas estatais. Cabe ao governo, em grande parte, buscar solução para criação de novos empregos, impulsionando, inclusive a circulação de capitais, gerando renda e, conseqüentemente, abrindo novos postos de emprego.

Outro posicionamento destoante do Princípio Protetor, também citado por Plá Rodriguez, é o defendido por Octavio Bueno Magano (apud RODRIGUEZ, 2000 p. 94 a 97). Segundo ele, a sociedade industrial, paulatinamente, vai cedendo lugar à sociedade tecnológica, o que acarretaria senão um sistema de produção sem a interferência do fator humano ou com pequena interferência apenas, consistindo no controle de sistemas de produção, baseados na informática. Partindo deste prisma, chega á flexibilização, afirmando que, então que “na perspectiva do Direito do Trabalho flexibilizado, já não se pode dizer que

o princípio da norma mais favorável seja o aspecto de maior relevo desta disciplina”.

Por fim, ainda afirma:

Do exposto se deduz que o conceito de norma mais favorável já não pode ser considerado como princípio formador do Direito do Trabalho... A idéia da norma mais favorável deve dar lugar, ao longo do tempo, à noção do interesse predominante do trabalhador, reconhecido pelo grupo profissional a que pertence, de modo que suas condições de trabalho possam ser modificadas *in melius* ou *in pejus*, conforme as circunstâncias (MAGANO apud RODRIGUEZ, 2000, p. 95).

Plá Rodriguez (2000, p. 95 e 96) rechaça tal posicionamento argumentando que ela apresenta uma certa fraqueza ao apresentar esta evolução como um processo unilinear e global. Afirma que essa transformação nos meios de produção ocorrerá de forma gradual supondo um período de tempo longo, e que, também, essa evolução não se dá em todo o mundo. Há países subdesenvolvidos e outros essencialmente agrícolas, que não passam por essa mudança tecnológica. Finalmente, alega que não é possível antever, com certeza, que a mencionada evolução realmente ocorrerá conforme a direção imaginada, nem o período em que ela ocorrerá.

Diante das críticas tecidas acima por vários doutrinadores, fica consubstanciado que a existência do princípio é reconhecida por todos, porém, quanto a sua aplicação existem controvérsias. Contudo, as críticas permitem um melhor estudo e o aprimoramento da matéria abordada, o que só tende a trazer benefícios à ciência jurídica, e mais especificamente, ao Direito do Trabalho.

4.2 Críticas ao Princípio da Proteção

Obviamente, nem toda tese traz consigo um posicionamento unânime, sobretudo nas ciências jurídicas. A discussão e a crítica são benéficas, pois permitem que decisões sejam tomadas e legislações sejam elaboradas com maior

segurança, aproximando-se do que se considera mais justo, evitando aplicações e criações precipitadas do direito.

Como já foi apontado, é cedo o reconhecimento da existência do Princípio da Proteção. Não se verifica posicionamento doutrinário, nem jurisprudencial que pregue a abolição deste princípio, mas nem todos entendem que sua aplicação deve se dar tal qual ocorria nos primórdios do nascedouro do Direito do Trabalho.

4.2.1 O Exemplo da Proteção do Código de Defesa do Consumidor

No direito brasileiro verifica-se ampla presença do Princípio da Proteção. Todas as normas trabalhistas têm um cunho protetor. Todavia, não é porque o trabalhador, na maioria das vezes, merece proteção que o direito deve favorecê-lo de maneira objetiva. Pretende-se afirmar, com isso, que não se pode partir do preceito que o empregador é sempre, sem exceções, a parte mais forte da relação empregatícia. Todo aquele que se encontra em situação de inferioridade, seja em relação ao poder econômico, seja em relação à situação de subordinação do empregado, como ocorre no Direito do Trabalho, merece maior proteção jurídica. Porém, não é possível que se conclua, sem qualquer análise do caso concreto, que o funcionário está sempre neste patamar inferior, pois, dessa forma, chegar-se-ia à presunção absoluta que todo empregado merece proteção incondicional, independente da realidade da situação em que se encontra. Tal premissa não seria consoante com o atual Estado democrático de direitos determinado pela constituição pátria. A justiça não pode ser cega porque o direito não quis enxergar a realidade, pois assim não haveria justiça. Neste caso, não seria cega, seria inexistente.

O Direito do Trabalho é visto, muitas vezes, como um direito injusto, devido à proteção ao empregado que, por ser muito intensa, é intitulada de “Paternalismo do Direito do Trabalho”.

É possível que exista proteção sem existir esse “Paternalismo”, tantas vezes criticado.

Ora, na grande maioria das vezes, analisa-se a relação de emprego, como se apenas o trabalhador necessitasse do empregador. Isso não é verdade. É, sim, uma análise incompleta e parcial. Como o empregador pode administrar uma empresa sem funcionários? Como produzir? É claro, o empregador também necessita dos serviços prestados pelos funcionários, pois, caso contrário, não produziria nada sozinho, a não ser se fosse uma produção artesanal, um comerciante individual, ou um trabalhador autônomo. Assim, a dependência não parte apenas de um pólo da relação contratual, como muitos se esquecem de aduzir.

A mesma situação se encontra nas relações de consumo. Até mesmo o tipo de contrato dessas relações são semelhantes: a grande maioria é espécie de contrato de adesão, raros são os casos em que, os contratantes, individualmente, discutem os direitos e as cláusulas que conterà o contrato. Isto ocorre tanto no Direito do Consumidor quanto no Direito do Trabalho, mas esse não é o aspecto que se pretende abordar.

O consumidor é tido como parte em situação de sujeição em face do fornecedor, mas nem por isso, existe uma proteção que se compare ao “paternalismo trabalhista”. Atentou-se para o fato de que, assim como o fornecedor depende do consumidor, o consumidor também depende do fornecedor.

Observe-se o que determina o artigo 4º da Lei 8.078 de 1990 (Código de Defesa do Consumidor):

Art. 4º A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

Atente-se para o que dispõe o inciso III deste artigo: estabelece a “...compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, (...) sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

É evidente, portanto, que existe proteção ao consumidor, porém, também se leva em consideração a relevância que o fornecedor tem para a sociedade, buscando, essencialmente, a harmonia entre os dois contratantes ao invés de beneficiar um em detrimento do outro

O consumidor tem a necessidade de consumir, pois não só precisa de bens para sua sobrevivência (alimentos, medicamentos, etc.), como também para seu próprio conforto e lazer. Protege-se, então, o consumidor para que este não esteja sujeito a uma concorrência comercial que o prejudique, pois, com a busca das empresas por oferecer o menor preço, não se pode dispor no mercado produtos de péssima qualidade a ponto de não atenderem às utilidades que se prestam, terem vida útil extremamente reduzida, ou mesmo acarretarem danos à saúde ou à integridade física daqueles que a consomem. Também não se poderia

permitir que empresas se unissem praticando preços idênticos ou superfaturados, não condizentes com o que realmente deveria custar o produto. Práticas como o cartel são proibidas, para incentivar a livre concorrência, tudo isso somente para trazer benefícios ao consumidor.

Por outro lado, para que e para quem produzir se não houver alguém que adquira, que consuma o bem produzido? Toda a atividade do fornecedor depende do consumo. Sem consumidor não há produção. Sem produção não há fornecedor. Ambos os sujeitos seriam prejudicados, bem como se observa que a dependência entre eles é recíproca. Por isso, não se pode proteger apenas uma das partes a ponto que isto inviabilize a atividade da outra.

É bem verdade que, no início da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, houve uma superproteção do consumidor e que ainda existem normas que o beneficiam em muito, entretanto, esta interpretação precipitada foi sendo mitigada. Contemporaneamente o Direito do Consumidor busca uma relação mais harmoniosa e mais equânime.

Neste sentido, observa-se a anotação de Prux (1998, p. 35):

... convém ressaltar que a moderna visão do Direito do Consumidor, muito enfatizada nos debates acontecidos no 3º Congresso internacional de Direito do Consumidor realizado na cidade de Canela, Rio Grande do Sul (10 a 14 de março de 1992), mostrou que o caminho correto inclina-se pela busca da harmonia nas relações de consumo, afastando como equivocadas, as posturas que, preconceituosamente, atribuem por antecipação aos fornecedores todas as distorções e injustiças patrocinadas no mercado de consumo. O fornecedor tem um papel tão relevante quanto o consumidor, merecendo, também, idêntica proteção de ordem jurídica. (...) Não se deve olvidar, ainda, que tal como na área trabalhista (onde também comparece o conceito de hipossuficiência), existem trabalhadores que postulam maliciosamente, aproveitando-se de princípios que lhes dão certas vantagens processuais, não raro ocorrem casos, embora menos noticiados, de pessoas que assumindo a condição de consumidores (para auferir as benesses que a lei lhes dá) buscam vantagens indevidas e até criminosas.

Cabe, portanto, uma sensata analogia da aplicação do Direito do Consumidor ao Direito do Trabalho no que tange à consideração da relevância das partes contratantes. Ambos têm relevância.

Apenas deve-se atentar, ao se aplicar o Princípio da Proteção no Direito do Trabalho, à veemente situação de hipossuficiência, ou seja, o trabalhador deve

estar, de fato, em situação considerada inferior, com a finalidade de se evitar injustiças.

Comparando o Direito do Consumidor com o Direito do Trabalho, não se objetiva, entretanto, que o contrato de trabalho volte a ser um contrato civil, sem proteção. Tal pretensão consistiria em um evidente retrocesso nas garantias sustentadas pelo direito na atualidade. Os primórdios da industrialização já serviram de exemplo de que o liberalismo e a ausência de garantias mínimas não podem incidir sobre o Direito do Trabalho. O Princípio da Proteção não deve ser abolido, mas, mitigado, se houver necessidade.

Também não consiste em contradição afirmar que o princípio protecionista existente no Direito do Trabalho tem relevância, não podendo deixar de ser aplicado e, ao mesmo tempo, alegar que o empregador também merece proteção. A proteção conferida ao patrão não pode desprestigiar ou afastar a proteção conferida ao empregado, apenas pode mitigá-lo, nos casos necessários, para que se chegue a decisões que apliquem o direito de forma mais justa e equânime.

O trabalhador deve e merece ser protegido, porém, esta proteção não pode ser absoluta, sem que se analise cada caso em concreto, pois, às vezes, empregadores também se encontram em situações financeiras precárias, não sendo possível que se caracterize, na realidade, sua superioridade teórica. Deve-se buscar uma relação contratual equilibrada, assim como ocorre no Direito do Consumidor, conforme dispõe o já mencionado artigo 4º, inciso III, da Lei 8.078/90.

4.2.2 Exemplos de casos que embasam a mitigação ao Princípio

Reforçando o que já foi afirmado, nem sempre o trabalhador está em condições de inferioridade em relação ao patrão. Não é difícil de se imaginar situações em que uma proteção absoluta ao trabalhador poderia acarretar prejuízos ao que se considera justo.

Além disso, esta possibilidade não é apenas teórica. Há situações em que o empregador também é parte que detém poucos recursos financeiros, podendo ser tão frágil quanto o empregado ou até mais como se verifica no caso concreto ocorrido na Justiça do Trabalho de Quixadá (CE):

Diante do pretório, o empregado e o patrão, ambos com sintoma de infinita pobreza; o primeiro reclama soma elevada de diferença salarial, 13º, férias, horas extras, salário-família, indenização de Antigüidade, anotações de CTPS; o reclamado não sabe sequer se manifestar em contestação, limita-se a dizer que não tem condição financeira para pagar qualquer indenização, mesmo com prejuízo do sustento próprio e da família (claro que expresso em linguagem coloquial); o Juiz-Presidente propõe a conciliação e para a surpresa de todos, o reclamado oferece a bodega ao reclamante na condição de este o empregar com carteira assinada e salário-mínimo. O reclamante rejeitou a proposta, dizendo que a bodega (contra a qual reclamava) não suportava tal encargo. (CESARINO JÚNIOR apud AMARAL, 2003)..

Neste caso, não existe possibilidade de afirmar que apenas o empregado é hipossuficiente. A hipossuficiência é recíproca. O empregador está em situação de igualdade frente ao empregado, uma vez que não tem como pagar as verbas requeridas pelo reclamante. Chega a oferecer a empresa como pagamento ao empregado, porém, este não aceita, pois conhece a situação precária do Reclamado. Uma situação como essa não pode ensejar uma aplicação direta ou absoluta do Princípio da Proteção, ele deve ser mitigado, pois, caso contrário, haveria uma ofensa ao que se entende como justiça.

Neste sentido, Amaral (2003) aduz:

Neste caso, não se pode afirmar de forma absoluta que o empregado seja a parte hipossuficiente da relação jurídica, razão pela qual, em determinadas situações, a aplicação do princípio deve ser mitigada, tendo em vista o fato de que a hipossuficiência é recíproca.

Continua, o citado autor, afirmando que numa relação de emprego, o empregado nem sempre é o hipossuficiente. Há situações em que o empregado, seja por ter recebido uma herança, seja por exercer mais de uma atividade laboral ou qualquer outro motivo, pode encontrar-se em situação financeira melhor do que a situação do empregador:

Aliás, reconhecendo que, em determinadas ocasiões, o hipossuficiente da relação nem sempre é o empregado, basta lembrar que a subordinação que se exige como requisito para a caracterização da relação de emprego não é econômica, mas jurídica. Não é difícil encontrar situações em que o empregado, por diversas razões (outra fonte de renda, economias, herança etc.), possui condições econômicas melhores que o seu empregador. (AMARAL, 2003)

Verifica-se, portanto, que situações como esta ocorrem no plano concreto e não são apenas hipóteses.

Idêntica situação em que se verificaria, no mínimo, uma hipossuficiência recíproca, seria o fato de um deficiente físico que, não tendo condições de manter suas atividades diárias sem o auxílio de outrem, contrata um empregado, contudo, por causa de sua incapacidade física que o impossibilita de trabalhar, recebe apenas uma pensão configurando uma renda ínfima diante dos cuidados que necessita.

Também neste caso, se o empregado vier a ajuizar Reclamação Trabalhista contra seu empregador, ambos estarão nivelados, ou melhor, não será possível considerar que um seja mais ou menos hipossuficiente que o outro.

Mais uma vez, o Princípio da Proteção não pode ser aplicado em sua integridade ou com toda a sua força.

Uma provável injustiça no Direito do Trabalho com a aplicação do Princípio em tela não reside apenas nestes casos. Observe-se a regra da situação mais favorável ao trabalhador considerando o seguinte exemplo: imagine-se que um empregador que não está em situação financeira estável, verificando que um de seus empregados passa por dificuldades devido a uma doença que afeta um de seus filhos, resolve doar, mensalmente, os medicamentos necessários para que combatam a moléstia. Estes remédios, então doados mensalmente, poderão ser considerados como verba salarial caso o empregado venha ajuizar uma Reclamação Trabalhista em face do empregador, devido à constância da prestação. Denota-se, portanto, que nem mesmo atitudes com o cunho de caridade, como esta doação, são levadas em consideração ao se aplicar o Direito do Trabalho. Observe-se que esta situação chega a desestimular e até mesmo a

afastar qualquer atitude de assistência pessoal que o empregador possa prestar a seu funcionário, com receio que haja caracterização de verba salarial.

O Direito do Trabalho, assim como seus princípios, não pode ser aplicado de forma abrupta. Deve-se sempre analisar o caso concreto com a finalidade de se evitar injustiças e afronta ao direito.

4.2.3 O Princípio da Proteção, a Microempresa e a Empresa de Pequeno Porte

Ainda seguindo a afirmação de que o Princípio da Proteção não pode ser aplicado sem que se verifique a condição real das partes, haja vista que, em algumas ocasiões, o empregador também é parte hipossuficiente, é relevante estabelecer uma relação do Princípio Protetor com a Microempresa e a Empresa de Pequeno Porte.

Faz-se necessária esta observação, uma vez que dificilmente se verificará, como empregador hipossuficiente uma grande empresa ou uma empresa multinacional, por exemplo. A Pequena Empresa nem sempre está condições financeiras tão superiores ao empregado como se supõe como regra geral. Sempre há exceções.

Estas “Empresas Menores” são mais frágeis que aquelas tidas como grandes. Seu capital social, muitas vezes, é limitado, porém é grande fornecedora de emprego. Sabe-se que a maioria dos empregos oferecidos no Brasil advém dessas empresas. Ciente disto e, também, para garantir a atividade econômica nacional, as Pequenas Empresas e as de Pequeno Porte, tem tratamento diferenciado na legislação brasileira.

A lei nº 9.841/99, no artigo 2º, inciso I, define a Microempresa como “a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que tiver receita bruta anual igual ou inferior a R\$244.000,00 (duzentos e quarenta e quatro mil reais)”, e a Empresa de Pequeno Porte, no inciso II do mesmo artigo, como “a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que, não enquadrado como microempresa, tiver receita bruta

anual superior a R\$244.000,00 (duzentos e quarenta e quatro mil reais) e igual ou inferior a R\$1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais).”

As leis 8.864/94, 9.317/96 e 9.841/99 traçam benefícios a estas empresas nos âmbitos administrativos, tributário, creditício, de desenvolvimento empresarial, previdenciário e também no trabalhista, todavia, não atingem, ao menos diretamente, o Princípio da Proteção:

No que se refere ao regime previdenciário e trabalhista, o artigo 10 da lei 9.841, de 5 de outubro de 1999, prevê que o Poder Executivo estabelecerá procedimentos simplificados para o cumprimento da legislação previdenciária e trabalhista, bem como a eliminação de exigências burocráticas e obrigações acessórias que sejam incompatíveis com o tratamento simplificado preconizado pela lei, dispensando, a seguir, pelo artigo 11, o cumprimento das obrigações acessórias, a que se referem os artigos 74, 135, § 2º, 360, 429 e 628, § 1º da CLT (Almeida, 2000, p. 91)

Até mesmo a OIT recomenda tratamento diferenciado à Microempresa e à Empresa de Pequeno Porte:

Ora, sabendo-se que é das pequenas e médias empresas, como fator essencial de crescimento e desenvolvimento econômicos, que surge cada vez mais a maioria dos postos de trabalho em escala mundial, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) aprovou em 1998 a Recomendação 189, estabelecendo condições para fomentar a criação de empregos nas pequenas e médias empresas.

Dentre as propostas da recomendação 189 da OIT, ao lado das políticas fiscais e monetárias em favor do crescimento e desenvolvimento das pequenas e médias empresas, estão previstas formas contratuais e modelos de legislação social e trabalhista adequados às necessidades das pequenas e médias empresas e que constituam, ao mesmo tempo, proteção das condições de trabalho dos empregados (Almeida, 2000, p. 90)

A legislação deve, realmente, incentivar a contratação de trabalhadores por parte das Empresas de Pequeno Porte e principalmente por parte das Microempresas, pois estas são fundamentais na geração de emprego. Porém, de outro lado, é preciso que esse incentivo venha em forma de benefícios ao empregador. Neste caso, denota-se que foi exposto no item que tratou do exemplo da proteção do código do consumidor (4.2.1): a dependência na relação

de emprego é recíproca, tanto o empregador necessita do trabalhador, quanto o empregado precisa do patrão.

Assim, o intuito da lei deve ser incentivar a criação de empregos e preservá-los, bem como conceder maiores facilidades ao empregador ao concedê-los.

Nessa corrente, foi elaborada a lei 9.601/98 que possibilita a contratação por prazo determinado, não só em casos de contrato de experiência, atividade empresarial de caráter transitório e serviço de natureza transitória, mas para qualquer atividade da empresa. Esta norma veio combater o desemprego e, ao mesmo tempo, concedeu maior simplicidade ao empregador ao contratar, uma vez reduziu a alíquota da contribuição do FGTS de 8% para apenas 2% e, também, devido ao contrato ter duração por tempo determinado, desobrigou ao pagamento da Multa de 40% sobre as contribuições efetuadas ao FGTS quando ocorre a demissão sem justa causa.

O empregado, contudo, não está desprotegido nesse tipo de relação empregatícia, pois existem meios para que a tutela do Direito do Trabalho seja exercida.

Essa nova modalidade do contrato por prazo determinado não importa o abandono da preferência do contrato por prazo indeterminado, que faz parte da estrutura da legislação trabalhista protecionista, na medida em que favorece a integração do trabalhador na vida da empresa, conforme prevê o artigo 7º, XI da Constituição Federal de 1988.

A propósito, o Decreto nº 2.490, de 4 de fevereiro de 1998, que veio regulamentar a Lei nº 9.601, de 21 de Janeiro de 1998, toma todas as cautelas necessárias para evitar-se a fraude, consistente, sobretudo na substituição de pessoal regular e permanente contratado por prazo indeterminado, por empregados contratados por prazo determinado, exigindo, para tanto, que o empregador anote na CTPS do empregado sua condição de contrato por prazo determinado, com indicação do número da lei de regência e a discriminação em separado de tais empregados na folha de pagamento.

E o artigo 10 do Decreto nº 2.490 prevê que a inobservância dos requisitos previstos na lei 9.601 e no próprio decreto nº 2.490 descaracteriza o contrato por prazo determinado na forma prevista e passa a gerar os efeitos dos contratos por prazo indeterminado (Almeida, 2000, p. 93).

Legislações afins deveriam existir em maior número no direito brasileiro, preservando a Proteção ao trabalhador e concedendo maior facilidade ao empregador para contratar.

A proteção é necessária, mas deve-se ter consciência que proteção demais desprotege. É avesso ao incentivo de empregar proteger absolutamente ao trabalhador em detrimento da empresa que lhe fornece o emprego. Nenhum empregador terá intenção de se sujeitar a regras extremamente rígidas e que lhe conferem encargos exorbitantes.

Muitas vezes, a atual situação econômica enfrentada pelo país faz com que os empresários, sobretudo os pequenos, tenham que cortar despesas. Não raramente, com esse intuito, ocorre a diminuição do quadro de funcionários dessas empresas. Entretanto, é claro que, quando há melhores condições econômicas e encargos que não sobrecarreguem o empregador para a manutenção de um empregado, o empregador virá a contratar novos trabalhadores, até mesmo para efetuar uma melhor divisão de trabalho dentro da empresa e para melhor atender às atividades de seu ramo.

Daí a necessidade do incentivo, sem que haja desproteção do trabalhador, haja vista que não é possível, na atual sociedade, que se retroceda às condições de trabalho existentes na Revolução Industrial.

Ressalte-se, ainda, que as normas trabalhistas vigentes no país devem atentar para a diferença existente entre as pequenas empresas e outras empresas maiores. Existe quem alegue que, a ausência desta preocupação é o motivo maior da informalidade dos trabalhadores, como afirma Almeida (2003, p. 73):

Com efeito, a heteronímia das normas trabalhistas resultantes das leis protecionistas ou cláusulas trabalhistas *in melius*, sem considerar a realidade da empresa, sobretudo da pequena empresa, é a maior causa da informalidade.

Afirma, também, o mesmo autor:

A propósito, em recente estudo, o Professor da Universidade de São Paulo, José Pastore, demonstrou que a principal causa do aumento do trabalho informal (dos 75 milhões de brasileiros que trabalham, 45 milhões estão na informalidade) dá-se, sobretudo, pela falta de legislação trabalhista diferenciada para as pequenas empresas (microempresas e empresas de pequeno porte), ao afirmar que “a legislação trabalhista no Brasil é única para as mega e microempresas, desconhecendo suas diferenças para repassar custos e preços para enfrentar a burocracia da contratação legal... . A reforma da legislação trabalhista terá de contemplar esse quadro. É verdade que as leis não criam empregos. Mas as leis de boa qualidade respeitam as especificidades dos vários segmentos do mercado de trabalho e ajudam a contratar legalmente. Não é possível tratar mundos desiguais de maneira igual” (Almeida, 2003, p. 72 e 73).

Estes estudos apenas reforçam o que já se expôs: a dependência é mútua. O empregado e o empregado têm uma relação de dependência que não se verifica unilateralmente.

4.2.4 O rigor das leis protecionistas em face da geração de empregos

De um lado os empresários sempre criticam os encargos trabalhistas; do outro, não raro se verificam trabalhadores realizando greves e reivindicando melhores salários.

Ambos têm interesses conflitantes. Sempre que houver uma mudança, que atenda a reivindicação de uma das partes, a outra se manifestará contrariamente. Assim ocorreu quando foi divulgada a proposta do Ministro do Trabalho, Jaques Wagner, que versava sobre a extinção da multa de 40% sobre o FGTS quando da demissão sem justa causa, conforme se verifica na reportagem publicada no Diário *On Line*, por meio digital (*site*), sob o título: Fundo de Garantia – Mauro Campos defende fim da multa de 40% (ANEXO A).

Muitos empresários apoiaram a proposta afirmando, inclusive, que essa multa, contrariamente ao efeito que produzia quando de sua criação, hoje desestimula a contratação e geração de novos postos de trabalho. Antes, a multa tinha o intuito de desestimular demissões. Ultimamente, a multa tem o efeito de desestimular contratações por um período de tempo muito longo, pois mais alto

será o seu valor quanto maior for o período trabalhado pelo empregado demitido sem justa causa.

Aproveitando a oportunidade de discussão, alguns empresários já vieram propor algumas mudanças no sentido de baratear os encargos trabalhistas, tais como o parcelamento do 13º salário em seis parcelas e das férias em duas ou três.

É compreensível a posição dos empregadores, uma vez que, muitas vezes, (conforme informações prestadas pelo entrevistado na referida reportagem), os encargos provenientes da manutenção de um funcionário pode chegar a 100% do valor do salário. Isto impede que haja novas contratações e que existam aumentos de salários. Além disso, outro fator que não deve ser olvidado, é que, em decorrência desses encargos elevados, grande parte dos trabalhadores acaba não sendo registrada, ou seja, acaba trabalhando sem anotação em sua CTPS (Carteira de Trabalho e Previdência Social), o que mostra mais uma vez que proteção exagerada pode acarretar desproteção.

É evidente, porém, que da mesma opinião não compartilham os empregados. Afirmam, eles, que a multa de 40% desestimula a demissão dos trabalhadores, uma vez que empresas que não têm como pagar o valor decorrente da demissão sem justa causa, dificilmente rescindiriam o contrato de trabalho com o empregado.

Plausíveis são ambos os posicionamentos. Seria muito delicado tecer modificações no sistema brasileiro no que diz respeito a encargos, como a multa de 40%, uma vez que esta é revertida para o próprio funcionário, e não é um encargo ou tributação pago para o Estado, sem retorno direto ao trabalhador.

É bem verdade que os encargos trabalhistas deveriam ser simplificados de forma que isso não viesse a prejudicar o trabalhador. Dessa forma, proporcionar-se-ia maior número de vagas de emprego, menos trabalhadores trabalhariam na informalidade ou sem anotação em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social. Em suma, com uma redução bem elaborada, que só gerasse benefícios para ambas às partes, haveria uma melhor eficácia do Princípio da Proteção.

A alegação do entrevistado, Francisco Teixeira, bem relata a situação do que é pago pelo empregador e recebido pelo empregado: “Mão-de-obra é barata para quem recebe e cara para quem paga”.

Apenas para frisar alteração que se pretende ver afastada do direito brasileiro é a alteração como aquela que pretendia alterar a multa de 40% para 50% para que fosse paga dívida do Estado, derivada de correção monetária suprimida durante os planos Verão (janeiro de 1989) e Collor I (abril de 1990). Modificações como esta não acarretaria benefício ao trabalhador, pois a multa passaria a ser de 50%, mas 10 pontos percentuais desse valor não beneficiariam o empregado demitido sem justa causa; iriam para o Estado para pagar a diferença da correção de equivocados índices inflacionários. Além disso, o empregador teria que pagar uma multa maior do que em tempos anteriores, o que também não seria correto, pois teria seu capital afetado e, além disso, poderia passar a contratar ainda menos empregados do que vem contratando, entre outros fatores que afetariam o empregado direta ou indiretamente.

O Estado não deve interferir na relação trabalhista para obter proveito próprio ou para garantir suas obrigações próprias e diversas. A relação contratual entre o empregado e o empregador já é muito delicada para sofrer alterações que lhes acarretem prejuízos.

Qualquer modificação elaborada pelo Estado deve conceder benefícios aos empregados, empregadores, ou, de preferência, a ambos simultaneamente.

4.2.5 Crítica final

O Princípio da Proteção pode fazer com que o contrato, antes penso para o pólo em que se encontrava o empregador, agora penda em prol do empregado. No entanto, conceder proteção ao trabalhador, sem analisar o caso concreto pode não ser a melhor medida.

Neste capítulo foram observados vários aspectos em que não seria aconselhável que o Princípio da Proteção fosse aplicado de forma abrupta, ou

melhor, sem que antes se verificasse a real situação em que as partes se encontravam.

Se a proteção fosse concedida sem qualquer análise prévia, não obstante seria a possibilidade de ocorrerem casos em que o empregado estaria sendo beneficiado de forma que possa se encontrar em situação muito superior ao do empregador. Ora, para isto basta lembrar o caso concreto ocorrido na Justiça do Trabalho de Quixadá (CE) relatado no item 4.2.2, no qual se verifica que o patrão e seu funcionário encontram-se em hipossuficiência recíproca.

Seria mais conveniente dosar o Princípio da Proteção a ponto de se obter uma condição isonômica entre as partes. Não se deve buscar um revide, tendo em mente o ocorrido durante a Revolução Industrial. A aplicação da proteção deve ser sensata.

Não há razão para alterar o pólo da fragilidade ou da inferioridade, em que antes se encontrava o funcionário e agora entrega-lo ao patrão. O direito não prega a desigualdade. Deve-se buscar equilíbrio. A isonomia. Assim preconiza a Constituição Federal vigente logo no *caput* de seu artigo 5º:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...

Neste artigo, está contida a diretriz do atual Estado brasileiro, um Estado democrático de direitos, que preserva, entre outras prioridades, o direito à igualdade. Desta forma, o Princípio da Proteção não pode, simplesmente beneficiar o empregado. Deve, na verdade, colocá-lo em uma situação equilibrada, afastando sua condição de inferioridade, concedendo-lhe direitos. Para tanto, porém, não significa que a proteção deve fazer com que o trabalhador fique em condição de superioridade, pois assim não se estaria sendo justo.

O que deve ocorrer é que o empregado seja protegido a ponto que se obtenha uma relação equilibrada, sob pena de, caso haja favorecimento singular e exacerbado de uma das partes, cometer atos que conduzam à injustiça.

O que se pleiteia é igualdade de condições. As relações trabalhistas devem ser pautadas pela isonomia, para que, então, obtenha-se uma relação harmoniosa de direitos e deveres e obrigações, tanto no aspecto contratual, como também no âmbito do direito material e processual.

5 CONCLUSÕES

O trabalho é inerente ao próprio ser humano, nasceu com ele como meio de sobrevivência, mas sempre foi visto como algo penoso, árduo, e às vezes até como uma forma de castigo.

Na história houve várias formas de trabalho subordinado: a escravidão; a servidão; as corporações de ofício; e o proletariado, que resulta no trabalho com vínculo empregatício tal como hoje se conhece.

A Revolução Industrial é base da relação de trabalho atual, entretanto, ela não é um modelo para ser seguido, sobretudo se observarmos as condições oferecidas pelo empregador ao operário. Os operários trabalhavam sob condições insalubres, tetos baixos, pouca iluminação, pouca ventilação, más condições de higiene, sem contar as jornadas de trabalhos quase incessantes que chegavam a durar 18 horas por dia, e tudo isso apenas para receber um salário ínfimo.

Diante dos baixos salários, todos os integrantes da família tiveram que passar a trabalhar nas fábricas: homens, mulheres e crianças. As crianças perdiam sua infância para trabalhar, raras foram as que estudaram. Elas foram as que mais sofreram com a Revolução. Cumpriam sua jornada pelo mesmo período que os adultos, passavam até as 18 horas trabalhando, sem contar algumas delas que passavam toda à noite no serviço, em atividade, pois era a única forma de conseguir juntar algum dinheiro, já que os salários eram muito baixos e pagos por produção. Devido a essas noites não dormidas, muitas delas cochilavam enquanto operavam as máquinas e tinham parte do seu corpo decepado. Era quase comum ver crianças e trabalhadores sem dedos, mãos, ou braços. Nenhuma indenização era paga, nem pelo membro amputado, nem pelo tempo que o trabalhador ficou afastado do trabalho. O esforço diário também os prejudicavam. Muitas meninas tinham dificuldade em ter filhos, pois não desenvolviam o quadril. A comida oferecida pelas fábricas também era de péssima qualidade.

Essa situação é consequência da Revolução Francesa ocorrida quase no mesmo período da invenção da máquina a vapor, que pregava a liberdade do ser humano. Essa filosofia influenciou os contratos de trabalho, firmados conforme a

autonomia da vontade. Assim, sem impedimentos, os empregadores aproveitavam-se da condição de sujeição dos operários e ofereciam condições de trabalho subhumanas.

Começam a surgir as primeiras leis estatais de proteção ao trabalhador, as constituições do México e da Alemanha incluem, em seu bojo, dispositivos de proteção; surge a OIT, Organização Internacional do Trabalho, entre outros fatos importantes. O Brasil também não fica distante da evolução do direito de proteção do trabalhador e logo surgem as primeiras leis brasileiras neste sentido, formando, a partir de então, o Direito do Trabalho.

O Direito do Trabalho não tem uma conceituação unânime, pois há conceitos subjetivos que atentam para os sujeitos da relação de trabalho, há conceitos objetivos, que enfocam a matéria regulada nesta área do direito, e, por fim, existem definições mistas, que integram os dois posicionamentos anteriores em um único conceito. As definições mistas são mais abrangentes, completas, por consequência, mais específicas. São as que melhor definem o Direito do Trabalho, como a definição proposta por Nascimento, a qual foi citada no item 3.1.3 deste trabalho.

As normas no Direito do Trabalho visam proteger o trabalhador daí advém o Princípio da Proteção ao Trabalhador, o qual se pode atribuir, sem receio, o título de princípio mais relevante do Direito do Trabalho.

É evidente a deficiência do trabalhador em vista do empregador, daí a necessidade de protegê-lo no contrato de trabalho. Assim se propõe o direito nos contratos em que existe uma parte mais vulnerável. As normas visam proteger o mais fraco. Essa é a tendência do direito. O princípio em tela surgiu, então para nivelar as condições do trabalhador, trazendo uma condição mais isonômica à relação. Existe uma função social neste princípio.

Alguns afirmam que o mencionado princípio está passando por uma crise, pois não tem mais a força nem a relevância que existia quando as normas eram ainda escassas e, por isso, tinha grande utilização. Não se justifica pensar assim, abolir o Princípio da Proteção significaria fazer com que os contratos de trabalhos fossem regulados pela lei civil, com base na autonomia da vontade, o q poderia resultar numa nova Revolução Industrial, no que concerne aos direitos conferidos

aos trabalhadores. O Princípio da Proteção tem ainda importância e continua presente no ordenamento brasileiro.

O mencionado Princípio, entretanto, deve ser utilizado com bom senso, preservando-se a segurança jurídica. O magistrado, por exemplo, não pode utilizar tal diretriz para suplementar ou criar novas normas. A tarefa de criar leis é do Poder Legislativo, e não do Judiciário. O juiz não pode agir discricionariamente fundado no princípio.

Muitos autores compartilham do ensinamento que o este Princípio se subdivide em outros três: *in dubio, pro operario*; Princípio da Norma mais Favorável; e Princípio da Condição Mais Benéfica.

O Princípio do *in dubio, pro operario* significa que, quando houver uma só norma com mais de uma interpretação possível, far-se-á a interpretação de forma que melhor aproveite ao empregador. É mais uma forma de proteger aquele que se entende como mais fraco na relação de trabalho: na dúvida, decide-se pelo operário. Este princípio somente pode ser aplicado caso haja verdadeira dúvida sobre o alcance da norma legal e quando a interpretação a favor do empregado não resultar em confronto com a vontade do legislador.

Grande discussão paira sobre a incidência desse princípio. Alguns entendem que ele apenas aplica-se quanto interpretações legislativas dúbias, outros entendem que ele se aplica quando dúvidas também recaiam sobre provas. Ao se optar pelo primeiro posicionamento, restringir-se-á em muito a aplicação do princípio do *in dubio*, porém, sua aplicação quanto às provas deve ser devidamente dosada. O princípio deve ser utilizado apenas quando houver provas contrapostas sem afastar o pressuposto do ônus da prova.

O Princípio da Norma Mais Favorável se aplica quando para uma mesma circunstância exista mais de uma norma aplicável. Havendo mais de uma norma aplicável ao caso, pelo princípio em tela aplica-se aquela mais benéfica o trabalhador. Normalmente esse confronto de normas ocorre porque no Direito do Trabalho várias normas podem coexistir, uma vez que algumas dispõem apenas sobre condições mínimas enquanto que outras as complementam.

Deste princípio surge o problema de como saber qual é a norma mais favorável aplicável ao caso concreto. Várias teorias, ou sistemas, versam sobre o

assunto. Pela teoria da acumulação, se mais de uma norma pode ser aplicada ao caso concreto, deve-se aproveitar a parte que de todas melhor atenda ao trabalhador, ou seja, a norma é partida e somente aplica-se aquilo que interessar ao empregado. Pela teoria do conjunto, também conhecida como teoria do conglobamento, deve-se aplicar a norma em seu conjunto, sem cindi-la. Assim, mesmo que ela contenha alguma disposição que não seja tão favorável quanto a outra norma esta prevalecerá em seu conjunto, pois se observando a norma por inteiro ela é a mais favorável.

A norma tem sempre um conteúdo unitário, por isso, entende-se que a melhor técnica é a do conglobamento, até porque, muitas vezes nos acordos coletivos são efetuados pactos nos quais existem concessões e cessões de direitos por parte de ambos os pólos da relação de trabalho. Se não fosse utilizada a norma em sua integralidade nunca haveria um acordo, pois a negociação nunca seria cumprida. Aquele direito cujos empregados teriam consentido em abster-se ou reduzir num novo acordo não teria validade, pois pelo sistema da acumulação ela ainda teria efeito. A única ressalva que deve ser feita é que esta regra tem seu limite nas normas de ordem pública que não permitem alterações.

O Princípio da Condição Mais Benéfica versa sobre normas que substituíram outras alterando a situação do trabalhador. Segundo este princípio, a nova norma não pode retirar direitos conquistados pelo trabalhador.

A proteção existente ao trabalhador é bem sistematizada dentro da área jurídica, dada sua importância. Contudo, apesar de sua relevância para o direito, não significa que o Princípio da Proteção não mereça críticas.

Muitos autores assim o fazem, mas a principal observação que deve ser feita diz respeito ao nivelamento das condições entre o empregado e o empregador.

Evidente que atualmente o Direito do Trabalho encontra-se em uma condição muito mais aprimorada que de outrora, porém isso não justificaria o afastamento do Princípio Protetor deste ramo do direito.

O Direito do Trabalho não pode ser hiper-protecionista a ponto de colocar o trabalhador em condição de superioridade face ao empregador. Isto seria um

revide, o que também, não contribui com o direito contemporâneo, pautado pelas regras isonômicas e de equilíbrio.

O consumidor também é considerado parte fraca na relação que mantém com o fornecedor, porém não existe uma proteção que se assemelhe a um paternalismo, como ocorre no Direito do Trabalho. Ora, a função e o objetivo do direito é a pacificação social, trazendo harmonia e equilíbrio às relações. Na proteção conferida ao consumidor existe a consciência mútua entre ele e o seu fornecedor, o que não ocorre no Direito do Trabalho, que, por sua vez, deveria ter a mesma ideologia. Sem empregado não há empresa, mas sem empresa também não há empregado. Existe uma dependência recíproca.

A proteção deve existir, mas não pode ser tanta que atinja a empresa, a ponto dela resolver empregar menos ou até mesmo contribuir para seu encerramento, devido à desigualdade de condições agora conferida pelo direito.

As pequenas empresas também nem sempre estão em condições de tamanha superioridade em relação ao empregado. Além disso, contribuir para o crescimento e surgimento de pequenas empresas gera emprego, o que por consequência gera benefícios para o próprio trabalhador. Incentivar a contratação diminuindo a burocracia e a carga tributária incidente sobre um funcionário também pode acarretar no mesmo benefício ao empregado.

O direito deve sempre buscar o equilíbrio. Relembre-se o caso da justiça do Trabalho de Quixadá (CE), no qual se observa uma situação em que ambas as partes são hipossuficientes. Aplicar o Princípio da Proteção apenas para privilegiar o empregado, mesmo sendo notável as condições humildes do empregador não faz sentido. O trabalhador, ainda neste caso, tem direitos mínimos a serem resguardados, porém, não é razoável que se onere demasiadamente o empregador a ponto de prejudicar a continuidade de sua pequena empresa e, por conseguinte, o seu próprio sustento.

O princípio ora estudado nasceu com o intuito de equilibrar a relação contratual de trabalho, jamais com intenção de privilegiar exclusivamente o empregado a ponto de torná-lo o mais forte da citada relação.

O fundamento do Princípio é a busca do equilíbrio entre as partes, por isso não há que se deturpa-lo. Este princípio específico do Direito do Trabalho está

diretamente ligado com o princípio da isonomia, constitucionalmente consagrado no Brasil. Diante disso, sua aplicação deve ser consciente, sensata, e não levada pela emoção, considerando o patrão como um carrasco sempre.

Conforme o caso ao qual o Princípio Protetor se aplica deve ser aplicado com uma determinada intensidade, específica para cada situação.

O Princípio da Proteção é como um antídoto (assim pode ser considerado se relembrarmos o período da Revolução Industrial), mas como qualquer remédio deve ser dosado na medida correta, sob pena de maiores prejuízos.

BIBLIOGRAFIA

A BÍBLIA SAGRADA. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. Brasília, DF: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.

ALMEIDA, Renato Rua de. A pequena empresa e os novos paradigmas do direito do trabalho. **Revista do Advogado**, São Paulo, SP, n. 60, p. 89-96, set. 2000.

_____. A pequena empresa e teoria da flexibilização diferenciada. **Revista do Advogado**, São Paulo, SP, ano XXIII, n. 70, p. 72-74, jul. 2003.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Limitações à aplicação do princípio da proteção no direito do trabalho.** Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Ver_26/artigos/limitacoes.htm>. Acesso em: 07 mar. 2003.

ARRUDA, José Jobson de Andrade. **A Revolução Industrial.** 3ª ed. São Paulo: Ática, 1994.

BESSONE, Darcy. **Do contrato** Teoria geral. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

Diário On Line. Economia. Disponível em: <<http://www.diarioon.com.br/arquivo/3225/economia/economia-2556.htm>>. Acesso em: 08 jul. 2003.

FALCÃO, Flávia Simões. **Introdução ao direito do trabalho.** Disponível em: <<http://www.iesb.br/ae/tur/flaviafalcao/1.1%20Evolucao%20historica%20no%20mundo%20e%20no%20Brasil.doc>>. Acesso em: 08 jul 2003.

FERNANDES, Francisco Cortes. **Análise de vulnerabilidade como ferramenta gerencial em saúde ocupacional e segurança do trabalho.** 2000. 108f. Monografia (Mestrado em Engenharia) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000. Disponível em: <<http://www.milenio.com.br/ingo/ideias/hist/explorac.htm>>. Acesso em: 07 mar. 2003.

IANNONE, Roberto Antônio. **A Revolução Industrial.** 1ª ed. São Paulo: Moderna, 1992.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência.** 2ª ed. São Paulo: LTr, 1997.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Compêndio de direito do trabalho.** 2ª ed. São Paulo: LTr, 1976.

_____. **Curso de direito do trabalho.** 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Iniciação ao direito do trabalho.** 27ª ed. São Paulo: LTr, 2001.

PRUX, Oscar Ivan. **Responsabilidade civil do profissional liberal no código de defesa do consumidor.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

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

RUPRECHT, Alfredo, J. **Principios normativos del derecho laboral: el principio protector**. In: COELHO, Anna Maria de Toledo. **Estudos de direito do trabalho**. Curitiba: Jaruá, 1992. p. 15-27.

RISSATO, Felipe; SABAGE, Ingo Muniz. **A exploração do trabalho infantil na revolução industrial**, 2000. Disponível em: <<http://www.milenio.com.br/ingo/ideias/hist/explorac.htm>>. Acesso em: 07 mar. 2003.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999.

ANEXO A - Reportagem sobre FGTS

Fundo de Garantia

Mauro Campos defende fim da multa de 40%

Para empresário, patrões evitam empregar por período longo para evitar multa alta no momento de demissão.

Mauro Campos: "Ninguém deixa de demitir por causa da multa. Pelo contrário".

Volta Redonda

A proposta levantada pelo ministro de Trabalho, Jaques Wagner, e depois minimizada, de acabar com a multa de 40% sobre FGTS (Fundo de Garantia sobre Tempo de Serviço) para os trabalhadores demitidos, foi ontem incondicionalmente defendida pelo presidente da Aciap (Associação Comercial, Industrial e Agro-Pastoril de Volta Redonda), Mauro Campos Pereira. "Se ele é contra, ou não, eu sou totalmente contra. A multa é um paternalismo totalmente idiota", afirmou Mauro Campos, a respeito de declarações do ministro publicadas pelo jornal "Folha de São Paulo". Para o empresário, esse é um dos principais pontos que têm de ser flexibilizados na CLT (Consolidação das Leis de Trabalho) a fim de gerar mais empregos, renda para o trabalhador e crescimento da economia brasileira.

Mauro disse que, ao contrário de seu objetivo inicial, de desestimular demissões, a multa de 40% está tendo efeito inverso. Ou seja, os patrões estariam evitando empregar alguém por um período muito longo com o objetivo de pagar um valor alto de multa no momento de uma possível demissão.

"Ninguém deixa de demitir por causa da multa. Pelo contrário. Várias empresas não deixam o empregado ficar muito tempo para não ter que pagar uma multa muito alta na hora da demissão", afirmou Mauro.

O argumento foi reiterado pelo diretor de interesses industriais da Aciap, Francisco Teixeira Neto. Segundo ele, há empresas que, para fugir de uma multa

elevada e aproveitar a grande demanda por emprego no mercado, montaram um sistema de contratações em alto volume, porém de curta duração.

"Algumas empresas têm departamento forte de recrutamento, num ciclo de admissão e demissão", afirmou Neto. Tanto ele quanto Mauro Campos são a favor não só do fim da multa de 40% como da flexibilização de todos os direitos trabalhistas.

Os empresários defendem o barateamento dos encargos trabalhistas, que acordos salariais entre sindicatos patronais e de trabalhadores prevaleçam sobre a Legislação - num possível alteração da CLT em que essa cláusula seja incluída -, parcelamento do 13º salário em seis parcelas e das férias em duas ou três parcelas.

"Tinha que ser igual ao Estados Unidos. O trabalhador ganharia somente pelas horas trabalhadas e juntaria seu dinheiro para as férias", afirmou Mauro Campos. A justificativa é que, reduzindo os encargos sociais, os salários poderiam ser bem maiores. Hoje, destacou o presidente da Aciap, o custo de um empregado pode chegar a 100% do salário, o que dificultaria a empregabilidade e impediria salários mais altos.

"Mão-de-obra é barata para quem recebe e cara para quem paga", ironiza Francisco Teixeira, numa referência ao senso comum de que mão-de-obra no Brasil é barata.

CRESCIMENTO - Mauro Campos e Francisco Teixeira defendem a flexibilização tendo como pano de fundo, também, a necessidade de crescimento da economia brasileira, cujos índices de crescimento andam retraídos nos últimos anos - em 2002 foi em torno de 1,5%.

Para eles, encargos trabalhistas menos onerosos iriam gerar mais empregos, salários melhores e conseqüente movimentação da economia. Eles adicionam ainda que uma boa parcela da mão-de-obra informal viria para a formalidade, equilibrando as contas da Previdência - o ministro Jaques Wagner imagina trazer 20% dos trabalhadores informais para a formalidade - e ainda tornar as empresas brasileiras mais competitivas no mercado externo.

"As empresas mais penalizadas com a atual CLT são as que mais empregam, pois são menos rentáveis e o produto tem menos valor agregado", disse Roberto

Teixeira, comparando, por exemplo, produtos de informática confeccionados por poucos técnicos que valeriam mais do que construções civis que empregam diversos operários.

"O Brasil precisa movimentar a economia. Se não houver crescimento não adianta ações sociais. Mais gente empregada, com salário maior, faz mercado o girar", completou Mauro Campos.

Perrut e Jadir Batista juntos contra o fim da multa de 40%

Volta Redonda

Em uma coisa o presidente do Sindicato dos Metalúrgicos, Carlos Henrique Perrut, e o diretor da Federação Interestadual dos Metalúrgicos da CUT (Central Única dos Trabalhadores), Jadir Batista, concordam: não se pode acabar com a multa de 40% sobre o FGTS (Fundo de Garantia sobre Tempo de Serviço) sob pena de aumentar o desemprego.

"O fim da multa não deveria entrar nas discussões sobre flexibilização da CLT porque o país não está preparado e o trabalhador ficaria de calça na mão", afirmou Perrut. A idéia fora inicialmente levantada pelo ministro do Trabalho, Jaques Wagner, de acordo com o Jornal "Folha de São Paulo", e depois minimizada.

"Ele foi precipitado. Mas se queria provocar discussão ele conseguiu", disse Perrut, para quem a multa desestimula as empresas a demitirem por não terem como pagar o valor da multa.

Jadir Batista lembrou que, sob o argumento de que a flexibilização e os dogmas do liberalismo melhorariam a economia do país, a Argentina viu sua economia deteriorar e a população de miseráveis e desempregados aumentar. "Sou favorável a que a multa seja mantida. A Argentina foi ao fundo do oceano e não garantiu empregos", comparou Jadir.

O diretor da CUT levantou um argumento bastante consistente para desacreditar alguma hipótese do governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva acabar com a multa de 40%. Foi o próprio Lula, segundo Jadir, um dos autores do projeto que

criou a multa, incluído na Constituição de 1988. "O Lula não vai aprovar porque é dele o projeto na Constituição Federal", disse o sindicalista.

Jadir rebateu o argumento empresarial de que a flexibilização poderia aumentar o número de vagas no mercado. "O empresário só olha o lado dele. Do lado dele eles não querem flexibilizar. Estamos na reivindicação de 40 horas semanais e eles resistem. Reduzir a carga horária iria criar mais emprego. Mas eles só querem reduzir direitos e aumentar a carga horária", criticou Jadir.

Já para Perrut, ao invés do governo discutir o fim da multa, ele deveria viabilizar um rendimento maior para o FGTS. "Ele deveria falar de uma correção maior do FGTS e não do fim da multa. Que faça render mais o FGTS e não acabar com a multa", frisou Perrut.

Diário On Line. Economia. Disponível em: <<http://www.diarioon.com.br/arquivo/3225/economia/economia-2556.htm>>. Acesso em: 08 jul. 2003.