



Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD

RICARDO FREITAS AZAMBUJA

**A RELATIVIZAÇÃO/LIMITAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO
TRABALHADOR NA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA NA MICRO E
PEQUENA EMPRESA**

Brasília

2014

RICARDO FREITAS AZAMBUJA

**A RELATIVIZAÇÃO/LIMITAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO
TRABALHADOR NA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA NA MICRO E
PEQUENA EMPRESA**

Projeto de pesquisa e monografia apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como uma das atividades da disciplina de Metodologia Científica do curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Previdenciário

Orientadores: Prof^a. Dr^a. Tânia Cristina S. Cruz e Prof. MSc. Rogério Alves Dias.

Brasília

2014

RICARDO FREITAS AZAMBUJA

**A RELATIVIZAÇÃO/LIMITAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO
TRABALHADOR NA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA NA MICRO E
PEQUENA EMPRESA**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília
(UniCEUB/ICPD) como pré-requisito
para a obtenção de Certificado de
Conclusão de Curso de Pós-
graduação *Lato Sensu*, na área de
Direito do Trabalho e Previdenciário.
Orientador: Prof. MSc. Rogério Alves
Dias

Brasília, ____ de _____ de ____.

Banca Examinadora

Prof. Dr.

Prof. Dr.

RESUMO

Este trabalho busca demonstrar que a concepção do princípio da proteção do trabalhador no direito do trabalho, particularmente em relação à norma mais favorável ao trabalhador e ao *in dubio pro misero*, e de grande parte da teoria do direito do trabalho brasileira aconteceu tendo como paradigma teórico e doutrinário o trabalho industrial ou em grandes empresas, com uma relação de trabalho extremamente vertical e tendo como partes envolvidas o grande capital, de um lado, e o operário, do outro, e com a construção de direitos originada na relação antagônica entre capital e movimento sindical. No entanto, as micro e pequenas empresas (MPEs), responsáveis pela maioria dos empregos formais do país, no que tange ao princípio da proteção do trabalhador, devem ter esta interpretação *pro operario* relativizada e/ou limitada, eis que a relação de trabalho entre micro e pequenos empresários e seus empregados acontece com relativa horizontalidade. Tampouco, se dá entre o grande capitalista e operário, atuando o patrão, invariavelmente, como um dos trabalhadores/gerente operacional. Destarte, a doutrina trabalhista o intérprete da lei trabalhista deveriam, diante da ausência de legislação específica, sopesar e cotejar as peculiaridades desta relação de trabalho e a importância da existência, sobrevivência e prosperidade destes agentes econômicos fundamentais para a geração de emprego relativizando a proteção ao empregado das micro e pequenas empresas.

Palavras chaves: princípios. Proteção do trabalhador. Empregador. Capital. Micro e pequena empresa.

ABSTRACT

This scientific monograph aims at showing that the conception of the Labor Law *worker protection principle*, particularly regarding the *more favorable norm to the worker* and the *in dubio pro misero*, and great part of the Brazilian labor law theory and literature were conceived having as a theoretical paradigm the industrial work or in big companies, with an extremely vertical labor relation, and having as parts the great capital, on the one side, and on the other, the factory worker. Thus, the granting of labor rights originated from the relation between capital and union labor right movements. However, the small businesses, which are responsible for the great majority of formal jobs in the country, in what concerns the principle of the protection of the worker, should have its *pro misero* interpretation relativized and limited, for the work relation between small business owners and their workers takes place with a relative horizontality. Nor it happens between big capitalists and workers, with the small business boss usually working side by side with his/her workers, like one of them or as an operational manager. Thus, the interpret of the laboral law, before the absence of specific law, must weigh and collate the peculiarities of this laboral relation and the survival and prosperity of small businesses, which have fundamental importance for the generation of jobs, for the distribution of wealth and for the deconcentration of the economic power of the great capitalist corporations.

Key words: principles. Worker protection. Employer. Capital. Small business.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	6
1	DAS HISTÓRIAS DO TRABALHO E DO DIREITO DO TRABALHO	13
2	DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS	24
2.1	Dos Princípios Gerais de Direito	29
2.1.1	Princípio da dignidade da pessoa humana	30
2.1.2	Princípio da limitação do direito	31
2.1.4	Princípio de favor à liberdade	32
2.1.5	Princípio do bem comum/da justiça social	33
2.1.6	Princípio da reserva do possível	34
2.1.7	Princípio da segurança jurídica	35
2.1.7	Princípio do Juiz Natural	36
2.2	Dos princípios da Organização Internacional do Trabalho	36
2.3	Dos Princípios Gerais de Direito do Trabalho	38
2.3.1	Do Princípio da Primazia da Realidade	38
2.3.2	Do Princípio da Proteção	39
2.3.2.1	Do <i>in dubio pro misero</i>	43
2.3.2.2	Da aplicação da norma mais favorável	45
2.3.2.3	Da condição mais benéfica ao trabalhador	47
2.3.4	Do Princípio da Alteridade	50
3	DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS (MPEs)	51
	CONCLUSÃO	57

INTRODUÇÃO

Este trabalho foi realizado pelo Bacharel em Direito Ricardo Freitas Azambuja para o curso de Pós-Graduação *lato sensu* do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, com orientação da Prof^a. Dra. Tânia Cristina de Souza e do Prof. MSc. Rogério Alves Dias, e tem como área temática o direito do trabalho, especificamente, no tocante ao princípio da proteção do trabalhador quando este atua como empregado de micro ou pequenas empresas (MPEs). Devem os micro e pequenos empregadores ser considerados pelo Direito do Trabalho tão somente como “empregadores” do mesmo modo que grandes empresas e corporações empregadoras e serem considerados hipersuficientes em relação aos empregados? Considerando que as MPEs são as maiores empregadoras do país e que a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT não concebe as peculiares figuras dos micro e pequenos empregadores em seu texto, faz-se necessário, para o estímulo à atividade e desenvolvimento econômicos do país, bem como à criação de empregos, que este agente econômico também receba a devida proteção da legislação e doutrina do direito do trabalho e tenha reconhecida sua condição de “não-hipersuficiência” perante seus empregados, pois em última instância, pelo princípio da primazia da realidade, verifica-se que são também trabalhadores que geram emprego, e, nesse diapasão, a realidade deveria prevalecer sobre a concepção legalmente positivada de que somente aos empregados é devida a proteção. Micro e pequenos empregadores não têm a proteção do capital, não têm Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, para o caso de doenças, morte ou financiamento habitacional, não têm férias, não têm jornada de trabalho, não têm 13º salário, mas

pagam todas estas obrigações trabalhistas. Não têm nem mesmo a faculdade de poder oferecer alimentação, roupas e outros insumos, e tampouco participação nos lucros sem que não se configurem como salário ou salário *in natura* ou gerando reflexos em verbas trabalhistas. A exposição feita ao longo dos capítulos deste trabalho se utiliza do método dedutivo, no qual se parte do geral, da análise histórica do trabalho e do direito do trabalho, dos princípios jurídicos gerais de direito e de direito do trabalho ao caso específico das MPEs e a relação de emprego nestas. Dentro de cada capítulo adotamos também o método dialético, pela contraposição de ideias sobre capital x trabalhadores e sobre a necessidade de um tratamento diferenciado pela doutrina do direito do trabalho para os micro e pequenos empregadores no sentido de terem sua condição de não hipersuficiência reconhecida pelo prisma do princípio da primazia da realidade, tendo reconhecida a peculiar relação de trabalho em que não existe a mesma verticalidade da relação empregatícia entre o obreiro e grande empregador grande capitalista. O objetivo deste trabalho é buscar o reconhecimento da não total aplicabilidade, e, portanto, da relativização do princípio da proteção do trabalhador que labora em MPEs, eis que existe relativa horizontalidade da relação de trabalho quando ambos desempenham suas atividades lado a lado, e pelo fato desta espécie patronal ser muito dependente de seus empregados e não ter a proteção, a segurança e garantias que têm os grandes empregadores lastreados pelo capital. O não reconhecimento dessa realidade significa dar aos grandes grupos econômicos a mesma situação de empregador conferida ao dono da padaria da esquina, não realizando uma devida especificação na análise da relação empregatícia, da hipersuficiência do empregador e da proteção devida aos empregados. Como objetivo secundário este trabalho visa questionar a bibliografia de Direito do Trabalho sobre o princípio da

proteção, e estabelecer um norte para critérios objetivos e subjetivos para a aplicação do princípio da proteção, como hoje é entendido pela doutrina justralhista.

O que é o Direito? A norma posta? A “doutrina” (ou teoria) jurídica”? A filosofia do justo? Ou uma ciência social que estuda o direito desde sua fase pré-jurídica dos movimentos sociais passando pelo processo político-legislativo e que finalmente deságua na positivação das normas?

Essa categoria microempresarial é de fundamental importância para a sociedade e exerce grande contrapeso às grandes corporações, à concentração de capital, às consequências negativas da globalização e à terceirização da mão de obra, particularmente num momento em que o Brasil busca desenvolvimento econômico, geração de emprego, inclusão social, geração e distribuição de renda e arrecadação tributária e previdenciária. Entretanto, o direito do trabalho brasileiro enquadra esta categoria patronal meramente como empregadores sem a devida diferenciação dos grandes empregadores capitalistas.

As ciências sociais e, particularmente neste estudo, as ciências econômicas e o direito, buscam invariavelmente a análise, compreensão e resolução de diversas questões sociais e econômicas, objetivando a paz e a justiça sociais, a satisfação de demandas econômicas, o bem comum e a distribuição de riquezas com a maior justiça e igualdade possíveis. As ciências sociais visam também à compreensão do ser humano e seu processo social. Entretanto, o sistema econômico capitalista, que tem como fundamento a apropriação do excedente de produção (mais valia) e o conseqüente acúmulo de capital pelos donos dos meios de produção, gera neste processo socioeconômico duas classes sociais antagônicas: capitalistas e trabalhadores/operários. O direito do trabalho tem como base a

produção econômica, sem a qual não existiria, e a relação com a economia é sem dúvida fundamental para esse ramo do Direito. Na fase pré-jurídica (fase política) da formação das normas surgem os paradigmas morais, éticos e também econômicos que comporão as futuras leis, e posteriormente vem o processo político eleitoral e, por fim, o legislativo que positiva a norma. No caso do direito do trabalho, essa fase pré-jurídica se deu quase que totalmente durante o século XIX e, no Brasil, na primeira metade do século XX, quando os movimentos sindicais reivindicaram e conquistaram paulatinamente os direitos sociais e trabalhistas hoje postos em nossa legislação trabalhista, principalmente a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, datada de 1º de maio de 1943, e depois em nossa Constituição Federal de 1988.

Entretanto, com o advento da tecnologia, novas atividades econômicas de prestação de serviço de entretenimento, alimentação, construção civil, capacitação/educação, entre outras, vem sendo criadas, com novas relações de trabalho que não as industrial e financeira originalmente previstas na CLT, e estas não encontram respaldo e amparo adequados no ordenamento jurídico trabalhista hoje posto, pois este se fundou majoritariamente na relação empregatícia entre capital industrial e operariado.

O modelo econômico capitalista industrial demonstrou, ao longo de seus quase 250 anos, sua insustentabilidade tanto no aspecto social quanto ambiental quanto no social. Esse modelo econômico, baseado na energia fóssil durante todo o século XX, perdura até a atualidade, tendo gerado grande desigualdade social, acúmulo desproporcional de capital e causado irreversíveis danos ambientais. No plano social, este modelo gerou um padrão de relacionamento socioeconômico no qual em um dos pólos existe um grande número de empregados assalariados, e, no

outro, um pequeno grupo de capitalistas, relação esta geralmente intermediada por outro seletivo grupo de administradores.

E é neste contexto que fica evidente a relevância das micro e pequenas empresas, que representam uma alternativa mais saudável para as economias do mundo e do Brasil, pois além de grandes empregadoras e geradoras de renda, elas representam também a possibilidade de um crescimento econômico mais sustentável, local e com verdadeira distribuição de riqueza.

No entanto, no nosso ordenamento jurídico trabalhista atual não há a previsão legal específica do micro ou pequeno empregador, e, destarte, tanto o micro ou pequeno empregador quanto o grande capitalista são tratados pelas leis trabalhistas na igual condição de simplesmente “empregadores”.

Por exemplo, um pequeno empregador não tem, perante a lei trabalhista, a liberalidade dividir parte de seu lucro, fornecer alimentação, roupas ou insumos, sob pena de isto se configurar como salário ou como salário *in natura*. Assim, o pequeno empresário fica obrigado a não poder oferecer estímulos materiais para a produtividade o crescimento da MPE, pois, na eventualidade de uma dispensa imotivada, estas liberalidades podem se configurar como salário e ter reflexos trabalhistas em eventuais verbas rescisórias, fundiárias e previdenciárias, gerando um custo extra por algo que objetiva na realidade ajudar o empregado. Por outro lado o micro ou pequeno empresário não tem direito à licença maternidade/paternidade, FGTS, seguro desemprego/falência, irredutibilidade salarial, proteção em face da automação, adicional de remuneração para atividades penosas, remuneração por serviços extraordinários, insalubres ou perigosos, garantia de salário, repouso semanal remunerado, gozo de férias anuais

remuneradas de trinta dias, entre outros benefícios garantidos constitucionalmente aos trabalhadores.

Outrossim, na economia globalizada dominada pelas grandes corporações, as pequenas empresas representam um contrapeso fundamental para o equilíbrio social e para a sustentabilidade, já que essas corporações e/ou grupos econômicos financiam eleições de representantes tanto no poder legislativo quanto no executivo, dominam a economia, usam procedimentos como a cartelização, o *dumping*, oligopólios, monopólios, e outros tipos de manipulação indireta da economia, exercendo sua influência também na esfera legislativa e, conseqüentemente, sobre a sociedade e sobre o direito posto.

Nesse contexto de economia globalizada dominada por grandes corporações surgem fenômenos como a terceirização de mão de obra e a “pejotização” do trabalhador, que precarizam a relação empregatícia. Destarte, a necessária diferenciação e especificação da figura do micro e pequeno empregador/empresário na lei trabalhista também é de fundamental importância e relevância social e científica para o Direito do Trabalho.

Considerando que nas MPEs existe de fato uma relativa horizontalidade na relação trabalhista, eis que tanto os micro e pequenos empregadores quanto seus empregados comumente trabalham lado a lado, isto somado ao fato de que dentre os fundamentos constitucionais cardeais do trabalho está o da “valorização do trabalho e do emprego”, que busca também a inclusão social e a dignidade da pessoa humana, deveria ser reconhecida pela doutrina justrabalhista a figura do microempregador, sua situação de não hipersuficiência, e que a proteção deveria ser também para as MPEs e não somente aos empregados. Nesta análise deve ser aplicado o princípio trabalhista da *primazia da realidade sobre a forma* ao

microempregador como instrumento para o encontro da verdade real na relação de trabalho, e, desse modo, ser verificada a situação simultânea de empreendedor e trabalhador que os micros e pequenos empresários desempenham. Ora, não se trata a exposição de motivos e argumentos deste trabalho somente de uma limitação/relativização da aplicação do princípio da proteção do trabalhador, mas também, da necessidade da diferenciação entre grande empregador capitalista e micro ou pequeno empregadores, já que tanto a doutrina quanto a legislação trabalhista não fazem esta devida discriminação, que o princípio jurídico trabalhista da *primazia da realidade sob a forma* lhes deveria impor, bem como tantos outros princípios jurídicos que apontam para a valorização da atividade microempresarial ou põem em cheque a proteção ao empregado em detrimento dos pequenos empregadores.

Em suma, os micro e pequenos empresários não deveriam estar sujeitos a uma análise de lide laboral idêntica àquela feita quando do julgamento de conflito de interesses entre o grande empregador capitalista e seus operários, no que concerne ao princípio da proteção.

1 DAS HISTÓRIAS DO TRABALHO E DO DIREITO DO TRABALHO

Etimologicamente, segundo Ferreira (2010, p. 2062) a palavra “trabalhar” tem sua origem no verbete latino “*tripaliare*, que significa martirizar com o *tripalium*” (instrumento de tortura de três extremidades). Diferentemente do verbo laborar, que Ferreira (2010, p. 1226) define como “exercer seu mister”, a palavra trabalho tem insculpida em sua etimologia a noção da dominação e da obrigação em detrimento de direitos. Na antiguidade, laborar era o que arquitetos, matemáticos, engenheiros, médicos, etc. faziam, enquanto trabalhar era para os escravos.

Para se compreender a atual concepção do trabalho humano, devemos proceder a uma análise histórica para verificar que os direitos trabalhistas hoje existentes não são resultado da filosofia jurídica ou de concepções jusnaturalistas aplicáveis ao Direito do Trabalho, mas são, sim, frutos de uma luta de classes após a revolução industrial, nos séculos XVIII, XIX e todo o século XX, perdurando até os dias atuais, entre capitalistas, assim entendidos como aqueles que detêm grande capital e os meios de produção, e, do outro lado, trabalhadores/operários organizados em sindicatos.

Em sentido geral, trabalho é o processo pelo qual o ser humano historicamente tem transformado o meio ambiente para edificar moradia, produzir utensílios, roupas, comida, ideias, conhecimento, e outros produtos para o comércio. No Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, Ferreira (2010 p. 2063) define o trabalho como sendo a “aplicação das forças e faculdades humanas para alcançar determinado fim; atividade coordenada de caráter físico e/ou intelectual necessária à realização de qualquer tarefa ou serviço”. Destas definições infere-se que todo o sustento, organização e edificação do mundo civilizado pressupõe trabalho.

Antes da organização civilizatória do ser humano, aplicavam-se forças e faculdades humanas para a consecução de comida, moradia e elaboração de instrumentos de defesa, caça e pesca. No entanto, com o advento da civilização as relações sociais entre os seres humanos tornaram-se mais complexas e os conhecimentos, tarefas e habilidades específicas dos indivíduos passaram a determinar suas posições dentro das organizações tribais ou sociais.

No entanto, a partir da organização dos seres humanos no processo civilizatório, com a invenção da escrita e a consequente possibilidade de armazenamento de conhecimento e ideias, os seres humanos passaram a exercer dominação sobre seus semelhantes de menos conhecimento, dominação esta que aconteceu com base não só em conhecimento, mas também com o uso da força bruta. Então, as guerras entre as tribos e povos passaram a fornecer aos ganhadores hordas de trabalhadores escravos, que eram reduzidos à condição de “coisa com força de trabalho”. Invariavelmente o trabalho era considerado como uma submissão punitiva através da qual os vencidos eram tornados “força de trabalho escravo” das mais diversas espécies. Essa forma de trabalho nada dignificante perdurou por milênios desde a antiguidade até exatos 127 anos atrás, no Brasil, já na era industrial, já que o nosso foi um dos últimos países a abolir a escravidão de afrodescendentes. Desta feita, verifica-se que até há pouco tempo atrás seres humanos ainda eram vistos como coisas, e sem direitos ou personalidade jurídica, e, portanto, totalmente excluídos da sociedade/civilização. Martins (2007, p. 4) observa que “a primeira forma de trabalho foi a escravidão, em que o escravo era considerado apenas uma coisa, não tendo qualquer direito [...] O escravo, portanto, não era considerado sujeito de direito, pois era propriedade do *dominus*”.

Com o aumento das populações das cidades na antiguidade, e, conseqüentemente, com o maior grau de complexidade das relações sociais, cidadãos passaram a utilizar mão de obra escrava de outros cidadãos e senhores, arrendando coisas (entres estas escravos) e serviços. Esse contrato era regido pela locação de coisas e era denominado *locatio conductio*. Era um acordo consensual pelo qual uma parte se obrigava a fornecer à outra o uso e gozo de uma coisa, uma prestação de serviços ou de uma obra, tendo como contrapartida o pagamento de determinado preço. Segundo Moraes Filho (1956) *apud* Barros, (2008, p. 56) “o aparecimento da *locatio conductio* no mundo romano ocorreu em torno dos séculos VII e VI a.C.”. A *locatio conductio* se dividia em três espécies: *rei*, *operis* e *operarum*.

Na primeira, uma das partes se obrigava a ceder à outra uma coisa em troca de retribuição. Na segunda, germe do contrato de empreitada, uma das partes se obrigava realizar uma obra para a outra, assumindo a responsabilidade pela obra, mediante pagamento de determinado preço. Por fim, explica Barros (2008, p.57) sobre a *locatio conductio operarum*, antecedente do contrato de trabalho:

[...] segundo grande parte da doutrina, implicava a prestação de serviço por uma pessoa (*locator*), cuja remuneração era fixada tendo em vista o tempo gasto na sua execução, não o resultado do trabalho, arcando o *conductor* (credor do trabalho) com os riscos advindos da prestação.

Posteriormente, no período entre aproximadamente o século X ao XIII, a escravidão, no mundo ocidental, foi gradualmente substituída pela servidão, na qual o camponês recebia um feudo ou pedaço de terra, sem a condição jurídica de escravo, não sendo mais considerado como coisa. No entanto, sem a propriedade da terra, era considerado um servo, e retirava sua subsistência da terra e produzia para seu senhor feudal, recebendo em troca proteção e moradia, mas devendo prestar obediência, ajuda e tributos a esse senhor. Neste cenário feudal rural, a

ligação do camponês com a terra tinha caráter hereditário, sendo seus sucessores necessariamente também servos, submetidos ao mesmo senhor feudal por hereditariedade. Esta modalidade de “contrato social de trabalho” tinha já um caráter bilateral, com benefícios para ambos os lados, mas evidenciava uma radical verticalidade, grande desproporcionalidade entre direitos e obrigações, bem como a segregação entre senhores feudais, vassalos e servos, como asseveram Jorge Neto e Cavalcante (2013, p. 7):

O trabalho servil era um trabalho produtivo, mas não poderia ser tido como um trabalho livre e sim forçado. A essência dessa afirmativa repousa na tese de que o servo encontra-se ligado à terra, não podendo eximir-se das obrigações feudais. Não poderia trabalhar para quem quisesse, podendo somente fazê-lo para o senhor feudal, inclusive havendo vinculação pelos laços hereditários. Não havia liberdade de escolha para o trabalhador servil.

Com o crescimento das cidades, surgiu, ainda durante o feudalismo, um cenário de trabalho urbano, com construção de moradias, produção de bens duráveis como utensílios domésticos e para agricultura, ferramentas, móveis, pão e outros produtos feitos por artesãos, mestres de obras, padeiros, ferreiros e outros organizados em Corporações de Ofício:

Entende-se por corporação de ofício as associações de pessoas qualificadas para trabalhar numa determinada função, que se uniam em corporações, a fim de se defenderem e de negociarem de forma mais eficiente. Dentre as mais destacadas, estão as corporações dos construtores e dos artesãos [...] Uma pessoa só podia trabalhar em um determinado ofício - pedreiro, carpinteiro, padeiro ou comerciante - se fosse membro de uma corporação. Caso esse costume fosse desobedecido, corria o risco de ser expulso da cidade [...] Em cada uma das cidades medievais existiam várias corporações de artesãos: dos tecelões, dos tintureiros, dos ferreiros, dos carpinteiros, dos ourives, entalhadores de pedras, entre outros¹.

Segundo Ogilvie (2004, p.1) as Corporações de Ofício eram “associações privilegiadas de atacadistas, e foram importantes na economia europeia do século XI

¹ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Corporações_de_ofício> Acesso em 20.mai.2014

ao século XIX. [...] Cientistas sociais veem as Corporações de Ofício como o primeiro exemplo Histórico de capital social” (tradução nossa).

Por outro lado, Ogilvie (2004, p.3) também informa que as referidas Corporações praticavam discriminação e protecionismo exacerbado ao

assegurar privilégios legais que davam direito exclusivo de comerciar para setores em particular, [...] excluir da possibilidade de associação mulheres, judeus, imigrantes, grupos étnicos diversos, e camponeses [...] subornar e fazer *lobby* com membros governamentais e legisladores para reforçar seus privilégios. (tradução nossa)

Também, as Corporações de Ofício passaram a afetar negativamente a qualidade, pela falta de competição, e, conseqüentemente, técnica e inovação, buscando através do protecionismo e monopólio, a garantia de seus mercados consumidores.

Entretanto, Ogilvie (2004, p. 316) reconhece que “as Corporações de Ofício deixaram como legado um capital social de conhecimento, técnica e normas compartilhadas, informação comum, sanções mútuas e ações políticas coletivas” (tradução nossa).

As Corporações de Ofício perduraram desde a alta Idade Média até a Idade Moderna, e com o advento do liberalismo, em 1791, a Lei *Le Chapelier* definitivamente as aboliu na França, como afirma Martins (2007, p. 5), e então teve início o alegado “trabalho livre”, a liberdade de ofício e de contratar, surgidas dos ideais revolucionários franceses, e que gerou novas castas de trabalhadores, bem como de artesãos, padeiros, ferreiros, entre outros pequenos profissionais que detinham meios de produção e que tinham que buscar adequação ao novo cenário do trabalho. Nasceram aí, respectivamente, o operário, que iria trabalhar nas novas fábricas, e o pequeno empresário. Basicamente, o que diferenciava um operário de um artesão, ferreiro ou padeiro, é que estes últimos detinham direitos reais sobre

algum meio de produção ou ferramentas que lhes possibilitava trabalhar para si próprios, e ocasionalmente com empregados ou ajudantes, enquanto os primeiros apenas vendiam suas forças de trabalho como uma mercadoria.

As mesmas forças liberais políticas, econômicas e sociais que convergiram para o fim das Corporações de Ofício e declararam o trabalho “livre” desembocaram na Revolução Industrial e no trabalho de operários em fábricas, mas propiciaram também, pela conquista da liberdade contratual dos artesãos, mestres de obras, padeiros, ferreiros, ourives, e outros, que estes pudessem iniciar seus pequenos negócios, ou até mesmo pequenas fábricas.

Neste ponto da história, havia tomado força a noção do indivíduo como cidadão livre e sujeito de direitos, especificamente os direitos de liberdade e igualdade perante a lei, liberdade de ir, vir e fazer, bem como se fortalecera a noção da autonomia da vontade e o conseqüente poder/direito de contratar, isto é, contrair obrigações e direitos pela via contratual.

Importante lembrar que foi no cenário do trabalho medieval onde surgiria o germe da micro e da pequena empresa, consubstanciado na figura do artesão que tinha seu pequeno capital (instrumentos/ferramentas/modo de produção) e mão de obra “empregada” materializada na figura dos aprendizes. Santos; Cortez; Silva, (2009, p.3) afirmam que “o embrião da empresa está no artesanato, na Idade Média, quando surgem, nas cidades da época, as oficinas de artesãos [...]”.

Completa ainda Moraes Filho *apud* Santos; Cortez; Silva, (2009, p.3 e 4) que:

As condições técnicas do período feudal eram quase exclusivamente rurais, com um mínimo de atividade industrial, o bastante somente para o auxílio da própria agricultura. [...] Com o tempo, com o aumento da população e com o advento de novos métodos de produção, começaram a abandonar a agricultura e os campos, instalando oficinas próprias onde, pudessem receber encomendas dos particulares. Surge aí, no acertado dizer de Gide, um novo personagem histórico até aí desconhecido: o cliente.

Na segunda metade do século XVIII e início do século XIX, teve início no mundo a Revolução Industrial com a transição de métodos e produção artesanais para a produção por máquinas, o uso da força de trabalho operária, o desenvolvimento de novos produtos químicos, novos processos siderúrgicos, uso crescente da energia a vapor, o desenvolvimento tecnológico de máquinas e ferramentas, além da substituição da madeira e de outros biocombustíveis pelo carvão, e o capitalismo, que até então tinha um caráter quase que exclusivamente comercial, passou a basear-se principalmente na produção industrial, como apontam Jorge Neto e Cavalcante (2013, p. 10 e 11):

O capitalismo comercial tem início durante o período das grandes navegações ou descobrimentos. As relações ocorrem entre a metrópole e a colônia. É uma fase da acumulação de capitais pela metrópole, levando, assim, ao início da fase industrial. O capitalismo industrial teve início nos séculos XVIII e XIX com o advento da Revolução Industrial. As metrópoles passam a ser países industrializados. Após a Primeira Guerra Mundial, surge o capitalismo financeiro, com o desenvolvimento dos bancos, das corretoras e dos grandes grupos empresariais. Tem-se o início do processo de concentração de capitais. Da união do capital industrial com o capital de financiamento (bancário), tem-se o surgimento do capital financeiro.

Com a decadência do sistema feudal de produção e a emergência do modo de produção capitalista industrial surge o contrato de trabalho como hoje o entendemos, apesar de que à época ainda não estavam postos os hoje reconhecidos direitos humanos, direitos fundamentais sociais (ou de segunda geração/dimensão), e, tampouco, o Direito do Trabalho.

A suposta liberdade contratual de trabalho da era industrial, não existente quando vigoravam as corporações de ofício, foi fruto do liberalismo, uma filosofia sócio-político-econômica fundada em ideais de liberdade e igualdade, predominantes à época das Revoluções Francesa e Industrial.

Surge então o contrato de trabalho, em uma sociedade norteada pelo *laissez-faire*, expressão francesa reduzida da original completa “*laissez faire, laissez aller, laissez passer*”, de autoria incerta e que significa “deixem fazer, deixem ir, deixem passar”, moto do liberalismo, quando já começavam a se delinear os direitos fundamentais de primeira geração, que preceituam a não intervenção do Estado na vida e propriedade privadas, noção esta também estendida à não intervenção estatal na economia. À época, essa não intervenção do Estado na esfera privada também permitiu a precariedade nas condições de trabalho das fábricas e empresas privadas, por não haverem ainda normas trabalhistas ou fiscalização.

A despeito das ideias então predominantes de igualdade e liberdade contratual, de autonomia da vontade e não intervenção estatal na vida e economia privadas, os trabalhadores contratavam com seus empregadores industriais em condição de total hipossuficiência, submetidos a condições de trabalho precárias, perigosas, insalubres, repetitivas, com jornadas abusivas, poucos salários e inclusive com punições físicas e utilização das chamadas “meias-forças dóceis”, mulheres, adolescentes e crianças, que praticamente não tinham força social para reivindicar salário, direitos trabalhistas ou melhoria das condições de trabalho.

Portanto, é unânime entre os teóricos do Direito do Trabalho a origem deste ramo do Direito: a Revolução Industrial e o conseqüente contrato de trabalho entre empregador capitalista industrial e o trabalhador operário, duas classes sociais antagônicas, política e economicamente. Delgado (2014, p. 87) vê o Direito do Trabalho como “produto cultural do século XIX e das transformações que tornaram a relação de trabalho o núcleo motor do processo produtivo industrial da época”. Afirmam também Jorge Neto e Cavalcante (2013, p.14) que “é inegável que o Direito

do Trabalho surge com a sociedade industrial e o trabalho assalariado”. E, no mesmo diapasão, assevera Amauri Mascaro Nascimento (2013, p. 34):

O direito do trabalho surgiu como consequência da questão social que foi precedida pela Revolução Industrial do século XVIII e da reação humanista que se propôs a garantir ou preservar a dignidade do ser humano ocupado no trabalho das indústrias...

Piketty (2014, p. 14, 15) comenta, sobre a época em que Karl Marx publicou seu livro *O Capital*, 1867, que uma nova miséria havia surgido, mais visível e chocante do que a miséria rural até então existente: a miséria urbana operária. E observa que:

o fato mais marcante da época era a miséria do proletariado industrial [...] os operários se amontoavam em cortiços. As jornadas eram longas e os salários, muito baixos. [...] Dos anos 1800-1810 a 1850-60, os salários dos operários estagnaram em níveis muito baixos – próximos ou inferiores aos do século XVIII e aos séculos anteriores.

Piketty (2014, p.15) descortina o cenário do trabalho à época quando cita também as leis que proibiram o trabalho de menores de oito anos nas fábricas da França em 1841 e dos menores de dez anos nas minas do Reino Unido em 1842.

O direito do trabalho se construiu dentro de um arcabouço teórico que sofreu fortíssima influência da teoria socialista e do movimento sindical, que buscava a defesa de condições dignas de trabalho, durante e após a revolução industrial e os consequentes movimentos sociais de combate às precárias condições de trabalho à época. Neste sentido, diz Delgado (2014, p.88) que “é cientificamente desnecessária a busca de manifestações justralhistas em sociedades anteriores à sociedade industrial contemporânea”. Este ramo do direito procura dar uma compensação ao obreiro pelo fato de ocupar o polo hipossuficiente da relação jurídica trabalhista, e, para isso, cria uma desigualdade jurídica, favorável ao empregado, que visa uma

compensação pela desigualdade econômica entre as partes envolvidas na relação de trabalho.

Também Martins (2007, p. 5) considera que “o Direito do Trabalho e o contrato de trabalho passaram a desenvolver-se com o surgimento da Revolução Industrial”. E quando se diz “contrato de trabalho”, entendendo-se como contrato um instrumento particular de positivação de direitos e obrigações, direitos conquistados pela força dos movimentos sindicais.

Nesse sentido, também Barros (2008, p. 64) completa a ilustração do cenário de emergência do direito do trabalho:

A Lei de Bronze, em vigor à época, considerava o trabalho uma mercadoria, cujo preço era determinado pela concorrência que tendia a fixá-lo no custo da produção e estabilizá-lo a um nível próximo ao mínimo de subsistência. Analisando a referida lei, Marx desenvolveu o polêmico princípio da depauperação progressiva do proletariado que apareceu ligada à acumulação do capital. Sua doutrina contribuiu para que despertasse no trabalhador a consciência coletiva e sua extraordinária força. As organizações de trabalhadores.

Pelo exposto, verificamos por parte dos teóricos do direito do trabalho que a relação jurídica de trabalho e emprego surgiu com a característica de uma total, senão, aguda verticalidade, durante a Revolução Industrial. No entanto, a evolução do direito constitucional no sentido de um estado de bem estar social, no século XX, positivou os direitos fundamentais sociais em várias constituições promulgadas no século passado, trazendo aos trabalhadores e à maioria da população, prestações estatais como saúde e educação, além de direitos e garantias trabalhistas específicos.

As conquistas de direitos por parte da classe operária, internacionalmente organizada em sindicatos, bem como a concomitante evolução dos direitos

humanos, que ocorreram, mormente no decorrer século XX, acabaram por sedimentar e consolidar a base do que veio a ser o Direito do Trabalho atual, e que ainda está doutrinariamente fundado no modelo industrial de produção e na verticalidade da relação jurídico-trabalhista entre empregador capitalista e empregado.

Também, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana, hoje grande norteador do direito constitucional, e insculpido em nossa carta constitucional, acabaram por influenciar os direitos trabalhistas advindos do processo industrial e das lutas dos trabalhadores, agregando aos direitos trabalhistas também uma noção de direitos humanos.

Por fim, ante o exposto verificamos que a Revolução Industrial foi o paradigma da fase pré-jurídica para a concepção da doutrina e dos princípios do direito do trabalho, e, dentre eles, o princípio da proteção, objeto deste trabalho, bem como da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

3 DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

O direito posto e a teoria jurídica, regra geral, apontam os princípios jurídicos como sendo fontes informadoras de diretrizes gerais norteadoras do direito, ou, em um segundo momento, preenchedoras de lacunas jurídicas. A compreensão do fenômeno jurídico, bem como a de um determinado ordenamento jurídico necessariamente deve passar pela análise dos princípios filosóficos, éticos e jurídicos que norteiam as sociedades e seus sistemas jurídicos.

Para Delgado (2013, p. 13) “Direito é o conjunto de princípios, regras e institutos voltados a organizar relações, situações ou instituições, criando vantagens, obrigações e deveres no contexto social”.

Bobbio *apud* Bonavides (2015, p. 261; 262) corrobora Delgado afirmando que “se deve considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas”. No entanto, adiante, Bonavides (2015, p. 262) observa um defeito capital no conceito de Bobbio e outros teóricos do direito: “a omissão daquele traço que é qualitativamente o passo mais largo dado pela doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios, a saber, o traço de sua normatividade”.

Martins (2007, p. 61) considera os princípios como tendo três funções: a informadora, que fundamenta a criação da norma jurídica, a normativa, que serve como fonte supletiva nas lacunas e omissões da lei, e a interpretativa, que serve como orientação para os intérpretes e aplicadores da lei. Já Delgado (2014, p. 171) aponta para apenas as funções informadora, sendo essa sua função primordial, e a

função normativa (nomenclatura de Martins), ou supletiva nas palavras de Delgado, quando busca o preenchimento das lacunas jurídicas.

Segundo Delgado (2013, p.14), “princípios são proposições gerais inferidas da cultura e do ordenamento jurídico que conformam a criação, revelação, interpretação e aplicação do direito”. E completa afirmando que os princípios podem ser comuns ao fenômeno jurídico como um todo ou específicos a alguns ramos do direito, sendo entendidos, não apenas no campo do direito, como proposições ideais que regem as consciências sociais e dos indivíduos, e têm também cunhos políticos, morais e religiosos, por exemplo. Delgado (2013, pg. 14) completa afirmando que na fase pré-jurídica os princípios são “proposições gerais que propiciam uma direção coerente na construção da regra de Direito. São veios iluminadores à elaboração da regra jurídica”. Já na fase jurídica, o autor entende que os princípios desempenham a função interpretativa (ou descritiva ou informativa) voltada à interpretação do direito, a função normativa subsidiária (ou supletória) voltada ao preenchimento de lacunas jurídicas, e a função normativa própria que é fundamentadora e têm natureza de norma jurídica efetiva, bem como caráter normativo.

Venosa (2013, p. 15-16.), assevera que os princípios cumprem duas funções no Direito, sendo a primeira a sua construção, e a segunda sua realização social. A construção da regra, a fase pré-jurídica, se refere à natureza política e ao momento histórico da regra, sendo que os princípios, nesta fase, têm caráter teórico-ideológico. Já na fase jurídica, quando já consumada a elaboração da regra, os princípios regem as organizações e condutas sociais por meio do ordenamento jurídico e do direito posto, sendo estes partes do complexo de princípios, normas e institutos que regulam, em determinado momento histórico e em determinado território, a organização do Estado, e as condutas e relações sociais.

Dentro desta contextualização histórica, social e política das fases pré-jurídica e jurídica da construção do Direito, Zangrando (2013, p. 49 a 55) observa que o Direito, apesar de ser considerado por alguns filósofos como natural ou como vontade de Deus, foi moldado a cada época ou em cada sociedade com as características dos Estados em que se desenvolveu. E em um primeiro momento, baseado nas ideias de August Comte, no século XIX, o autor destaca o caráter positivista do Direito, quando houve uma “romantização da ciência”, e quando se considerava que o Direito, como ciência, era o sistema de normas postas no ordenamento jurídico pelo Estado soberano, afastando-o de juízos de valor e concentrando-se apenas nos juízos de fato, o que veio a ser chamado de positivismo jurídico. Privilegiavam-se então não os valores que permeavam as normas jurídicas, mas tão somente o fato de que estas haviam sido produzidas por fontes autorizadas. A interpretação das leis no positivismo era preponderantemente textual, havendo já na época críticas que apontavam para a necessidade de que as ideias morais não poderiam ser afastadas da concepção do Direito. Esta foi a época em que o judiciário representava tão somente o papel de “boca da lei”. Pois não se buscavam ideais de justiça, mas principalmente a aceitação, submissão e cumprimento do direito posto no ordenamento jurídico das sociedades naquele momento histórico. Ainda no século XIX, quando predominavam as ideias positivistas jurídicas, surgiram teorias que buscavam delimitar o objeto, a extensão e a profundidade das ciências, bem como afastar qualquer invasão de conceitos de uma ciência pela outra, ao invés de se buscar uma integração do conhecimento científico das diferentes ciências sociais e humanas, as chamadas teorias puristas, que, no âmbito jurídico, tiveram seu maior expoente na obra *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen.

A grande crítica feita ao positivismo e sua vertente purista é o fato de que no decorrer da época de predominância destas concepções foi observada a emergência de ideias radicais de Estado somadas ao advento de terríveis crises econômicas que assolaram o mundo ocidental após a Primeira Guerra Mundial e que acabaram por criar uma noção de que o Estado seria o centro de toda a importância social.

Bittar; Almeida (2008, p. 369) expõem sua crítica ao positivismo jurídico quando afirma que

Hans Kelsen procurou delinear uma Ciência do Direito desprovida de qualquer outra influência que lhe fosse externa. [...] Nesse sentido, o isolamento do método jurídico seria a chave para a autonomia do Direito como ciência. Dessa forma, por meio das ambições de sua teoria, ter-se-ia uma descrição do Direito que correspondesse apenas a uma descrição pura do Direito.

A filosofia juspositivista parte da premissa de que o Direito é um direito científico e sistemático, afastando-o de outras ciências sociais e juízos de valor, atendo-se à norma e juízos de fato. A questão sobre o que seria fonte ou não se reduz à validade da norma posta.

Bem, o questionamento da norma posta e da dogmática jurídica, questionamento este também objeto deste trabalho, é inerente à filosofia, e, particularmente, à filosofia jurídica. Surge então o neoconstitucionalismo que aponta para um arcabouço teórico que considera o direito dependente da moral. Essa perspectiva da ciência do direito é fundada em obras de filósofos do direito como Robert Alexy e Ronald Dworkin e, como explica Leite (2012), “apontam para uma conexão necessária entre o direito e a moral consagrando uma abordagem antipositivista”.² Nesse diapasão, os princípios constitucionais, tais como a dignidade humana, o bem comum, a justiça social e a igualdade influenciam a aplicação das normas concretas, adotando uma proposta que veio a ser chamada de pós-positivismo.

² Disponível em: < <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/57-v2-n4-abril-de-2012/190-neopositivismo-neoconstitucionalismo-e-o-neoprocessualismo>> Acesso em: 20. set. 2014.

Bonavides (2015, pg. 270) comenta que:

é na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma razão intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios.

O “dever-ser” está fundamentalmente ligado a *valores*. Valores humanos, culturais, sociais e político-ideológicos, que são o norte dos princípios, da moral e da ética. Assim, há que se apontar quais são esses valores que norteiam os princípios jurídicos. É certo que diferenças econômicas, culturais, políticas, ideológicas e religiosas entre os povos criarão diferentes valores, e, por consequência, diferentes princípios, e, por conseguinte, criarão diferentes ordenamentos jurídicos nas diversas nações.

O art. 8º da CLT demonstra seu afastamento da corrente jusfilosófica de valorização dos princípios como norma, considerando-os apenas como integradores de lacunas, quando dispõe que “na falta de disposições legais, contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e por outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho”.

O professor Nascimento *apud* Nahas (2009, p. IX) em obra coletiva sobre princípios do Direito do Trabalho observa que:

[...] os princípios não são técnicas de integração de lacunas da lei, [...] são, e este é seu papel principal, valores que retificam os desvios do direito positivo, caso em que se sobrepõem às leis, além de realizarem, também, e em especial, uma função interpretativa, com o que se vê, desde logo, a complexidade da sua natureza e do tema.

O valor dos princípios é evidenciado pelos teóricos contemporâneos do Direito. Rodriguez (2000, p. 36) afirma que princípios são “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 casos não previstos”.

Os princípios abrigam os valores e um objetivo social, razão pela qual se diz que os princípios encerram direitos fundamentais, pois são determinadores do objetivo social a ser buscado.

Doutrinariamente considera-se que os princípios têm função interpretativa e normativo-supletiva. A função interpretativa, também chamada de função descritiva ou informativa, se reporta aos parâmetros de revelação do sentido da norma jurídica. A função normativo-supletiva dos princípios implica a função de fonte formal do direito, de caráter supletivo. Como fontes formais supletivas, os princípios permitem a integração de lacunas do ordenamento jurídico e doutrina. A função normativo-supletiva é a que está insculpida no artigo 8º da CLT, acima mencionado.

2.1 Dos Princípios Gerais de Direito

Os princípios gerais de direito foram vistos por muito tempo como apêndices do Direito Privado. No entanto, a tendência constitucionalista do direito, que levou à revalorização dos princípios e ao reconhecimento de sua função normativa, trouxe uma mudança na concepção da natureza dos princípios gerais de direito, e hoje estão insculpidos em grande parte das Constituições contemporâneas promulgadas a partir do século XX. O constitucionalismo, fortalecido na segunda metade do século XX, passou a entender os princípios como tendo um caráter normativo, e as constituições mais recentes absorveram os princípios de direitos humanos, majoritariamente, como princípios constitucionais, tendo como norte o princípio da dignidade humana, e conseqüentemente, fundamentando a efetivação

de direitos fundamentais sociais, ou de segunda geração. Nesse sentido, conforme observa Sarlet (2002, p. 234), os direitos fundamentais sociais, se configuram, em diferentes gradações, em “expressões do princípio da dignidade da pessoa humana”.

Bastos *apud* Barros (2008, p. 172) sustenta que os princípios gerais de direito são “ideias fundamentais sobre a organização jurídica de uma comunidade, emanados da consciência social, que cumprem funções fundadoras, interpretativas e supletivas”, e completa afirmando que estes princípios são considerados por alguns autores como valores por atuarem como metanormas.

2.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é uma conquista muito recente no mundo jurídico, tendo integrado a doutrina jurídica apenas a partir de meados do século XX, e é considerado uma referência jurídica para a não discriminação, contra práticas desumanas como a tortura, e como o norte dos direitos e garantias individuais das constituições modernas.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948 foi o marco legal determinante para que o princípio da dignidade da pessoa humana viesse a ocupar posição central nos direitos fundamentais das constituições modernas, e também se estendesse a outros ramos do direito, como o trabalhista.

Delgado (2008, p. 38) resume:

O princípio da dignidade da pessoa humana traduz a ideia de que o valor central das sociedades, do direito e do Estado contemporâneos é a pessoa humana, em sua singeleza, independentemente de seu *status* econômico, social ou intelectual. O princípio defende a centralidade da ordem juspolítica e social entorno do ser humano[...].

Os princípios laborais da Organização Internacional do Trabalho - OIT, à frente neste trabalho, apontam, no que tange aos princípios de direito do trabalho, tão somente para o respeito à dignidade da pessoa humana quando nos orientam sobre a eliminação de trabalhos forçados e do trabalho infantil, o direito à diversidade e o combate à discriminação negativa no ambiente de trabalho, revelando o princípio da dignidade da pessoa humana como o norte dos princípios da OIT.

Delgado (2013, p. 167-179) menciona as Convenções nº 111 e 117 da OIT no tocante às suas orientações de não discriminação por motivo de sexo, idade, nacionalidade, deficiência física e tipo de trabalho.

Este princípio tornou-se, nas palavras de Flórez Valdéz *apud* Delgado (2013, p. 154), colocar “o ser humano no “epicentro de todo o ordenamento jurídico”.

Sarlet (2007, p. 62) considera:

a dignidade da pessoa humana, a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

2.1.2 Princípio de limitação do Direito

Este princípio estabelece que o Direito deva se ater apenas aos campos da ação humana em que seja estritamente necessário, limitando-se ao que realmente necessite de regras, pois não se pode regular pela via do direito a natureza e tampouco todos os aspectos da vida humana.

Zangrando (2013, p. 223) aduz que “desde tempos imemoriais se sabe que o Direito deve se manter apenas naqueles campos de ação em (é) absolutamente necessário”.

2.1.3 Princípio de favor à liberdade

A liberdade é um dos valores fundamentais da humanidade e do direito natural, “é o grau de independência legítimo de um cidadão, um povo, ou uma nação. Trata-se de um dos valores da filosofia humana, e um estado natural, inalienável, inderrogável e irrenunciável de todos os homens”, Florentino *apud* Zangrando (2013, p. 224). Liberdade de ir, vir e permanecer, liberdade de expressão, liberdade de associação, liberdade contratual, (autonomia da vontade), liberdade política e religiosa, e outras.

Este valor considera o ser humano livre por natureza, sendo sua liberdade inalienável e irrenunciável, valor este consagrado universalmente na sociedade ocidental, a partir do fim do século XVIII, com a Revolução Francesa, quando emergiu no direito e na política a noção de autonomia da vontade. Após inúmeros séculos marcados por intermináveis sequências de Estados totalitários e autoritários, quando imperava a vontade de ditadores e governantes sobre a vontade das pessoas, a Declaração Universal dos Direitos dos Homens finalmente estabeleceu em seu artigo 1º que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”, em consonância com o art. 5º e seus incisos da Constituição Federal de 1988.

Inclusive, o ser humano trabalha, não apenas para dar sua cota de produção à humanidade e buscar seu sustento, como também para buscar sua liberdade individual, a despeito das muitas horas diárias que dedica à produção econômica ou serviço público. Vale comentar neste ponto que a liberdade não foi exatamente uma das características do trabalhador industrial, que trabalhava em condições semelhantes às de trabalho forçado penal, com jornadas abusivas e desrespeito à dignidade do trabalhador, somente pelo suficiente à sua sobrevivência para trabalhar de novo no dia seguinte.

2.1.4 Princípio do bem comum/ da justiça social

O caráter social dos seres humanos torna a vida em comum necessária para a sobrevivência das pessoas. E para haver paz e bem estar sociais a ação humana deve buscar o bem de todos. Neste princípio encontram-se insculpidos dois valores: “bem” e “comum”. O primeiro se reporta à satisfação nas necessidades materiais, emocionais e intelectuais das pessoas. O segundo de refere ao caráter de distribuição igualitária, justa e/ou proporcional do referido “bem”, eis que se os seres humanos vivem gregariamente, todos devem ser sujeitos de direitos e aos bens da vida.

Zangrando (2013, p. 232), frisa que o bem comum não se confunde com o bem individual, devendo repercutir nos níveis social, plurindividual e macroestatal.

Delgado (2013, p. 181), criticando a redundância deste princípio, por considerar que qualquer mecanismo de justiça busca a justiça social, afirma que “a ideia de justiça social alcançou prestígio na cultura contemporânea como fórmula sintetizadora das diversas concepções que se opõem à regência exclusiva do

mercado econômico na realização individual, material e social das pessoas”, considerando que o princípio da justiça social promove o avanço do direito do trabalho.

2.1.5 Princípio da reserva do possível

A realização concreta dos direitos fundamentais sociais, ou fundamentais de 2ª geração/dimensão, aqueles de implicam em prestações positivas por parte do Estado, depende não somente de normas, mas também de fatores econômicos, capital humano ou natural, e outros requisitos para sua concretização. É o que vemos no Brasil na questão da prestação dos serviços de saúde, educação e segurança pela administração pública, onde, por falta de recursos (ou bons administradores?), não se consegue implementar o gozo de direitos fundamentais sociais. Não basta a regra para mudar a realidade. Neste aspecto, destaca-se a importância do trabalho como meio de transformação da realidade para a consecução de condições materiais de existência. No entanto, este princípio também tem sido muito usado como justificativa para a não prestação dos serviços básicos de saúde, educação e segurança, sob o frequente argumento da falta de recursos por parte da administração pública. Parafrazeando Ronald Dworkin (2010, p. 40), sob os aspectos financeiro e econômico, fundamentos do princípio da reserva do possível, compreende-se a natureza principiológica do instituto.

2.1.6 Princípio da segurança jurídica

O princípio da segurança jurídica é sem dúvida um dos mais importantes princípios do direito. Pode-se dizer que ele também encerra em si próprio a essência do Estado Democrático de Direito. E nesse sentido, Zangrando (2013, p.251) ensina que este é “um princípio, não apenas jurídico, mas também de ordem política e social, [...] ligado aos direitos fundamentais e a outros princípios-garantia como o da irretroatividade da lei, do devido processo legal, do respeito ao direito adquirido, etc.” Este princípio demanda a confiabilidade, a transparência e razoabilidade dos atos dos poderes do Estado, sendo vedadas normas retroativas restritivas de direitos, sendo respeitados a coisa julgada e o direito adquirido. Pois é essencial para uma sociedade que o ordenamento jurídico estabeleça direitos e obrigações, o lícito e o ilícito, e que isso seja respeitado não somente pelos cidadãos como também pelo Estado e, conseqüentemente, por seus administradores, mandatários ou operadores de direito.

Vale mencionar que uma das críticas feitas por Delgado (2014, p. 210) ao princípio do *in dubio pro misero*, um dos desdobramentos do princípio da proteção do trabalhador, à frente neste trabalho, é a violação ao princípio do juiz natural, princípio geral de direito que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, sua violação implica por em cheque também a segurança jurídica.

2.1.7 Princípio do Juiz Natural

O princípio do juiz natural, insculpido no artigo 5º, XXXVII da Constituição da República, que veda o tribunal de exceção, e LIII, que versa sobre respeito às regras objetivas de determinação de competência, impõe a necessidade de regras objetivas para determinar competência jurisdicional que possam garantir a independência e a imparcialidade do órgão julgador. Costa (2012, p. 34) comenta que tal imposição “é uma garantia do Estado Democrático de Direito, previsto no *caput* do art. 1º do texto constitucional, de que não pode haver uma justiça fora dos padrões normais. Não implica, porém, na impossibilidade de justiças especializadas”.

Nery Júnior *apud* Lenza corrobora dizendo que o princípio do juiz natural é tridimensional, e significa que 1) não haverá tribunal de exceção, 2) todos têm direito a um julgamento por juiz competente, pré-constituído na forma da lei, e 3) o juiz competente tem que ser imparcial.

A doutrina jurídica estuda o princípio do juiz natural sob dois enfoques: objetivo e subjetivo. Sob a perspectiva objetiva, o princípio relaciona-se com as garantias constitucionais acima mencionadas. Já o aspecto subjetivo consiste na imparcialidade do julgador.

Vicente (2008, p. 149) reforça que “este princípio assegura ao indivíduo a atuação imparcial do Poder Judiciário na apreciação das questões postas em juízo”.

2.2 Dos Princípios da Organização Internacional do Trabalho

No âmbito da Organização Internacional do Trabalho – OIT, os princípios definidos no pacto mundial da Organização das Nações Unidas – ONU, são

referentes a quatro aspectos aplicados ao trabalho, a saber: princípios de não discriminação (direitos humanos), princípios do trabalho, princípios de preservação ambiental e princípio de combate à corrupção. No que tange aos princípios de direitos humanos, eles basicamente estabelecem o respeito à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, buscando o respeito aos direitos humanos internacionalmente declarados e à diversidade de gênero, raça, origem, religião, sexo, etc. Outrossim, os princípios do trabalho da OIT buscam a garantia da liberdade de associação e negociação coletivas, a eliminação de trabalhos forçados, bem como a proibição do trabalho infantil. Há também os princípios de preservação ambiental, que buscam a precaução, maior responsabilidade ambiental e desenvolvimento e difusão de tecnologias ambientalmente corretas. Por fim, o princípio anti-corrupção orienta que empresas devem trabalhar para a eliminação de todas as formas de corrupção (tradução nossa).³

Em consonância com os princípios laborais da OIT, ao abordar o princípio da não discriminação negativa, Zangrando (2013, p. 382) considera que os trabalhadores devem ter garantia à igualdade efetiva de direitos, tratamento e oportunidades no emprego, sem distinção ou exclusão por motivo de raça, origem nacional, cor, sexo, orientação sexual, idade, credo, opinião política, ideologia, posição econômica ou qualquer outra orientação.

Ao analisar as quatro vertentes dos princípios de trabalho da OIT, verifica-se que a perspectiva adotada pela Organização é a perspectiva das obrigações trabalhistas patronais que buscam a proteção dos direitos humanos, do meio

³ Disponível em: < <https://www.unglobalcompact.org/issues/labour/> > Acesso em: 10. out. 2014.

ambiente, da liberdade de associação e o combate à discriminação no trabalho e corrupção dentro nas empresas.

Também, na teoria do trabalho brasileira, o princípio da não discriminação é diretriz geral que veda tratamento diferenciado em virtude de diferenciação injusta, devendo os trabalhadores ser tratados com isonomia a despeito de raça, gênero, ou orientações religiosas, ideológicas e sexuais.

Ante o exposto, verifica-se que perspectiva da OIT foca, no tocante à proteção do trabalhador, basicamente no respeito aos direitos humanos, eis que o objetivo dos princípios da OIT não é exclusivamente a proteção ao trabalhador, mas a geração de emprego e renda, e, por conseguinte, de desenvolvimento econômico.

2.3 Dos Princípios Gerais de Direito do Trabalho

2.3.1 Do princípio da primazia da realidade

O princípio da primazia da realidade sobre a forma amplia a noção de que o operador jurídico deva se ater somente às cláusulas positivadas nos contratos e suas respectivas manifestações de vontade. Este princípio busca a verdade real da relação contratual de trabalho, objetivando o combate às práticas como a pejetização, contratos de trabalho revestidos de forma civil ou comercial, condições de trabalho insalubres, perigosas, ou com sobrejornada, entre outras. Invariavelmente, este princípio está voltado para a proteção do trabalhador.

Barros (2008, p.185) explica que o princípio da primazia da realidade impõe que as relações jurídicas de trabalho “se definem pela situação de fato, isto é, pela forma como se realizou a prestação de serviço, pouco importando o nome que lhes foi atribuído pelas partes”.

Delgado (2014, p. 206) aduz que o operador jurídico “deve atentar mais à intenção dos agentes que ao envoltório formal através de que transpareceu a vontade”, considerando este princípio como uma ampliação da noção civilista inserta no artigo 112 do Código Civil de 2002. Bonfim (2014, p. 187) explica que “para o Direito do Trabalho prevalecem os fatos reais sobre as formas. O que importa é o que realmente aconteceu e não o que está escrito”, e Jorge Neto; Cavalcante (2013, p. 118) completa afirmando que “em caso de discordância entre o que ocorre de fato e o que está nos documentos trabalhistas, haverá a prevalência do sucedido no plano dos fatos”.

Outra aplicação deste princípio visa desvendar o revestimento da relação trabalhista sob forma de prestação de serviços civil entre pessoas jurídicas, a chamada “pejotização” da relação de trabalho, e também a descaracterização da relação empregatícia pela via da falsa prestação de serviços por trabalhadores supostamente autônomos, dentre outras práticas fraudulentas para escamotear a relação empregatícia.

2.3.2 Do princípio da proteção

O princípio da proteção, como é concebido pela maioria da doutrina justtrabalhista, procura dar uma compensação ao empregado pela hipossuficiência que está presente na relação contratual de trabalho entre o obreiro e o empregador. Pode-se dizer também, pela perspectiva do princípio da proteção, que o direito do trabalho poderia ser chamado também de direito do trabalhador, eis que suas disposições objetivam majoritariamente a proteção desta parte hipossuficiente da relação jurídica trabalhista.

Delgado (2014, p. 196) considera que este princípio “influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho” e completa afirmando que “parte importante da doutrina aponta este princípio como o cardeal do Direito do Trabalho, por influir em toda a estrutura e características próprias deste ramo jurídico especializado”.

Bomfim (2014, p. 33) reconhece que “a limitação da liberdade no contrato de trabalho se explica diante da desigualdade das partes, em que um dos lados é hipossuficiente em relação ao outro, necessitando de proteção estatal”. Bomfim (2014, p. 170) sustenta que o princípio da proteção se funda, diferentemente da relação contratual de direito civil, na desigualdade entre as partes, “pois o capital possui toda a força do poder econômico. Desta forma, a igualdade preconizada pelo Direito do Trabalho é tratar os desiguais de forma desigual”.

Martins (2007, p. 63), ao abordar o princípio da proteção, considera que “se deve proporcionar uma forma de compensar a superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, dando a este último superioridade jurídica”.

O ilustre jurista uruguaio Américo Plá Rodriguez (2000, p. 42-43), bem como Martins (2007, p. 63), Jorge Neto; Cavalcante (2013, p. 111-113), Barros (2008, p. 180-182), Bomfim (2014, p. 170), entre outros autores, consideram que o princípio da proteção é gênero pode ser desmembrado em três espécies: o princípio do *in dubio pro misero*, o da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador e o da aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador”. Neste trabalho científico adotamos esta classificação com o desdobramento do princípio protetor nos três acima mencionados.

A proteção ao trabalhador, no Brasil, está também positivada na forma de direitos fundamentais sociais na Constituição Federal, em seu artigo 7º, que garante

aos trabalhadores brasileiros uma extensa lista de direitos trabalhistas que visam à proteção dos obreiros, a saber⁴:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 15 out. 2014.

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à do normal;

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

XXIV - aposentadoria;

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.

Nem todos os teóricos do direito do trabalho veem a proteção ao trabalhador como o fundamento do direito do trabalho. Zangrando (2013, p. 263-264) parte da premissa de que a desigualdade é inerente à sociedade humana em diversos aspectos, como o social, o étnico, o econômico e o político. Aduz também que o princípio protetor também é encontrado em outros ramos do direito como o consumerista, o ambiental e na proteção de direitos metaindividuais, sendo este um reflexo da intrínseca desigualdade da sociedade humana. Criticando o princípio protetor, Zangrando (2013, p. 265) sustenta que este princípio leva ao entendimento de que há um tratamento privilegiado que uma parte possa ou deva receber em relação à outra, considerando que este “entendimento tacanho já levou a atos de indizível arbítrio, que causaram e continuam causando horror a qualquer homem de bem que preze pela Justiça como um valor maior e que deve ser equitativamente distribuído”.

Barros (2008, p. 183) completa afirmando que

“o grande desafio que se enfrenta é determinar o ponto de equilíbrio entre uma flexibilização sensível às preocupações legítimas das empresas e uma legislação que impeça um retrocesso ao antigo arrendamento de serviços, norteado pela autonomia da vontade, que foge completamente das ideias de justiça social”.

2.3.2.1 Do *in dubio pro misero*

Martins (2007, p. 63) explica que o *in dubio pro misero* (*operario*) se fundamenta na aplicação da regra mais favorável ao trabalhador, no caso de dúvida

ao se analisar as normas trabalhistas. O autor completa afirmando que este princípio não se aplica integralmente ao processo do trabalho, pois, no caso de dúvida, não se deveria decidir a lide *pro operario*, mas verificar, conforme os artigos 333 do Código de Processo Civil e 818 da CLT.

Bomfim (2014, p. 182; 183) afirma que o *in dubio pro misero* é um princípio de direito material que recomenda ao intérprete, diante de mais de uma norma que comporte mais de uma interpretação razoável e distinta, a opção mais favorável à parte fraca e hipossuficiente da relação trabalhista. A autora sustenta que no campo do direito processual trabalhista este princípio se aplica como orientação ao legislador da lei processual para dar tratamento diferenciado ao hipossuficiente. Entretanto, a autora enumera doutrinadores como Sergio Pinto Martins, Campos Batalha e Júlio Cesar Beber, que entendem que na dúvida quanto à aplicação da lei processual deve-se optar por aquela beneficiar o trabalhador. Também cita outros autores como Cesarino Junior, Coqueijo Costa e Américo Plá Rodrigues como defensores da corrente que sustenta que o *in dubio pro operario* seja aplicado ao processo do trabalho, bem como para a valoração de provas.

Portanto, para alguns autores, este desdobramento do princípio da proteção, o *in dubio pro operario*, confere ao empregado não somente o benefício da dúvida na interpretação normativa como também sobre a avaliação das regras processuais e dos fatos levados a julgamento.

A crítica a este princípio vem do fato de que é necessária a busca da verdade real, podendo o juiz incidir na violação de um princípio básico de direito que é o princípio do juiz natural. Acerca deste problema, discorre Delgado (2014, p. 210): “ele entra em choque com o princípio jurídico geral da essência da civilização ocidental, hoje, e do Estado Democrático de Direito: o princípio do juiz natural”. O

fato é que este desequilíbrio jurisdicional advém da necessidade de se buscar um equilíbrio maior 25da relação jurídica trabalhista, na qual há uma discrepância entre as condições sociais do empregador capitalista e do operário. Este princípio tem uma dimensão de interpretação no caso de conflito de normas. Porém, quando o *in dubio pro misero* é usado como uma dimensão de aferição e valoração dos fatos trazidos a exame do julgador, ele atenta contra parte dos princípios gerais de direito.

2.3.2.2 Da aplicação da norma mais favorável

O princípio da aplicação da norma mais favorável ao empregado orienta o intérprete e/ou aplicador do direito que, havendo várias normas a serem observadas em um caso *sub judice*, deve ser aplicada a norma mais favorável ao trabalhador. Bonfim (2014, p. 179) explica que, no conflito de normas aplicáveis a um mesmo caso trabalhista deve-se optar pela norma mais favorável ao trabalhador, sem se levar em conta a hierarquia das normas. Porém, a autora completa, contraditoriamente, afirmando que a regra geral em outras áreas do direito, quando há conflito de normas no mesmo caso concreto deve-se aplicar aquela de hierarquia formalmente superior ou a mais recente. A autora não mencionou, mas há também, neste caso, o critério geral da aplicação da norma mais específica, pois existem regras de interpretação jurídica, comum a todos os ramos do direito, que estabelecem a necessidade de aplicação da norma hierarquicamente superior, da mais específica, ou da norma mais recente que verse sobre o conflito em julgamento.

Sobre a hierarquização das normas, Delgado (2014, p. 198) explica que o operador jurídico não pode “permitir que o uso do princípio da norma mais favorável

comprometa o caráter sistemático da ordem jurídica, elidindo-se o patamar de cientificidade a que deve se submeter todo o processo de interpretação do direito”.

Sobre este princípio do direito do trabalho Barros (2008, p. 180) aponta o critério da teoria do conglobamento, na qual a norma mais favorável é escolhida após confronto em bloco das normas em comparação. Neste caso Delgado (2014, p. 198-199) considera que o julgador deve buscar a norma mais favorável através de um enfoque global das regras que compõem o sistema, discriminando-as, no máximo, em razão de matéria, para não se perder o caráter sistemático da ordem jurídica. Um segundo critério, a teoria da acumulação, se faz selecionando em cada uma das normas escolhidas o preceito mais favorável ao trabalhador. Delgado (2014, p. 198) critica esta teoria ao afirmar que “o encontro da regra mais favorável no se pode fazer mediante uma separação tópica e casuística de regras, acumulando-se preceitos favoráveis ao empregado é praticamente criando-se ordens jurídicas próprias em face do caso concreto”

O princípio da aplicação da norma mais favorável ao empregado, também se evidencia quando, em convenção ou acordo coletivo, o trabalhador conquista direitos que são superiores àqueles garantidos pela lei. Porém, ao se falar em acordo ou convenção coletiva, estamos nos referindo às conquistas obtidas invariavelmente por meio de sindicatos, o que não se aplica aos empregados de micro empresas, que têm suas relações laborais e/ou benefícios negociados no nível individual, sem greves ou organização sindical de empregados.

Ante o exposto, acreditamos que no caso de pequenos empregadores, que, pelo prisma da primazia da realidade não tem hipersuficiência na relação econômica e jurídica de trabalho, e já tendo o empregado inúmeras garantias constitucionais, legais, previdenciárias e fundiárias, defendemos, no caso de dúvida

quanto à aplicação das normas na relação empregatícia das MPEs, que sejam obedecidos o critério da hierarquia das normas, da norma mais recente, ou da mais específica.

2.3.2.3 Da condição mais benéfica ao trabalhador

O princípio da condição mais benéfica é uma transposição ao direito do trabalho do princípio constitucional do direito adquirido, e implica, de acordo com Delgado (2014, p. 200), “a preservação, ao longo do contrato, da cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador, que se reveste do caráter de direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF/88)”. Completa Delgado (2014, p. 201) que deste princípio decorre o princípio trabalhista da inalterabilidade contratual lesiva, que orienta o operador do direito a impedir mudanças *in pejus* do contrato de trabalho, mantendo-se o contrato original e suas condições mais benéficas.

Este princípio está insculpido no artigo 468 da CLT, a saber, “nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”. E como ensina Zangrando (2013, p. 299) a regra da cláusula mais benéfica indica que, sobrevivendo alterações de cláusulas contratuais ou regulamentos internos de empresas que forem mais prejudiciais que a cláusula anteriormente posta, prevalecerá a anterior.

Somente deve lembrada a teoria da imprevisão, geralmente adstrita aos contratos civis, que constitui uma exceção à força obrigacional dos contratos. O brocardo *rebus sic stantibus* pode ser traduzido como "estando as coisas assim" ou

"enquanto as coisas estão assim". Em termos contratuais significa dizer que o contrato será cumprido *rebus sic stantibus* (estando as coisas como estão), e este é o entendimento adotado pelo Direito do Trabalho que, via de regra, não admite a teoria da imprevisão, conforme jurisprudência da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, em sede de recurso ordinário, no ano de 2012, no processo nº : 0018500-70.2009.5.01.0059 – RO⁵:

TEORIA DA IMPREVISÃO. CONTRATO DE TRABALHO. INAPLICABILIDADE. O contrato de trabalho não está sujeito à cláusula *rebus sic stantibus*, haja vista que fatores adversos e supervenientes à celebração do contrato e geradores da instabilidade econômico-financeira, não podem ser opostos aos empregados, sob pena de quebra da equivalência das prestações, já que a força de trabalho não pode ser restituída. Além disso o artigo 2º da CLT, reza, expressamente que o empregador é o único responsável pelos riscos do negócio, em harmonia com as características do contrato de trabalho, de modo que o empregado, não é responsável pelo insucesso financeiro ou má-gestão do empreendimento patronal.

O art. 478 do Código Civil de 2002 positivou o acolhimento da teoria da imprevisão, em um contrato de execução continuada ou de duração, que seja oneroso e comutativo, no caso de acontecimentos posteriores à celebração do contrato, que sejam extraordinários e imprevisíveis, e que causem a excessiva onerosidade da prestação de uma das partes em benefício da outra. Outrossim, a teoria da imprevisão/revisão dos contratos também encontra respaldo no art. 503 da CLT, que considera "lícita, em caso de força maior ou prejuízos devidamente comprovados, a redução geral dos salários dos empregados da empresa" em um patamar de até 25%, devendo haver o reestabelecimento do valor original dos salários assim que cessarem os efeitos decorrentes do motivo de força maior. Essa situação configura também uma exceção ao princípio trabalhista da irredutibilidade salarial. O *rebus sic stantibus* está também positivado no art. 7º, VI da CF/88, que funda constitucionalmente o princípio trabalhista da irredutibilidade salarial, mas

⁵ Disponível em: <http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/427604/00185007020095010059%2312-09-2012.pdf?sequence=1> Acesso em: 22. abr. 2014. 10:22.

admitindo a redução salarial em caráter extraordinário, por motivo de força maior e instituída pela via de convenção ou acordo coletivos.

Assim, um pacto trabalhista poderá ser alterado *in pejus*, a despeito das obrigações já estabelecidas, quando situações imprevistas com caráter de exceção, de caso fortuito ou de força maior, mudarem radicalmente as situações contratuais originais. No campo econômico, podemos exemplificar esta situação com o acontecimento de situações imprevistas, como recessão econômica, guerra, alterações agudas no mercado do serviço prestado ou do produto fabricado que inviabilizem a manutenção de benefícios inicialmente garantidos ou posteriormente concedidos ao empregado de uma companhia. Neste caso, às vezes, para a sobrevivência da empresa podem ser necessárias mudanças salariais para pior, por tempo limitado, mesmo que indeterminado, para que se possibilite a sobrevivência da micro empresa em um mercado que não apresenta mais as mesmas condições da época em que foi criada.

Considerando que grande parte do direito do trabalho se sedimentou e consolidou no período pós segunda guerra mundial, que foi um período de relativa paz mundial, com crescimento e estabilidade econômica e poucas crises que tenham afetado a atividade econômica do planeta como um todo, verificamos que a prevalência das condições mais benéficas do contrato de trabalho original é natural e previsível, quando dentro de um contexto ou conjuntura de estabilidade econômica. Entretanto, a recente crise econômica mundial de 2008, que não atingiu o Brasil tão fortemente, é um exemplo da necessária relativização que deve ser conferida ao princípio da condição mais benéfica ao empregado, especialmente no caso da micro ou pequena empresa, visando à estabilidade econômica, à longevidade das MPEs e à manutenção e criação de empregos.

Por fim, quanto ao princípio da condição mais benéfica, não há neste trabalho qualquer proposta de relativização ou limitação que não sejam as prescritas no art. 7º, VI da CF/88 e no art. 503 da CLT.

2.3.3 Do princípio da alteridade

O Direito do Trabalho bem como seus princípios estão praticamente todos voltados para o trabalhador, podendo-se afirmar que o direito do trabalho é, na verdade, o direito do trabalhador. Tanto que a maioria dos livros sobre direito do trabalho nem mesmo mencionam este princípio como Barros (2008), Delgado (2014), Jorge Neto; Cavalcante (2013), Martins (2007), Nascimento (2013), Zangrando (2013), Bonfim (2014), etc.

Como este princípio foi concebido tendo como base a relação empregatícia em grandes empresas ou fábricas, detentoras de capital, ainda no séc. XIX e meados do séc. XX, a assunção dos riscos da atividade econômica é naturalmente do empregador detentor da estabilidade econômica proporcionada pelo capital.

O princípio da alteridade, ou da assunção dos riscos pelo empregador, consiste em impor ao empregador os riscos da atividade econômica, devendo ele arcar com eventuais reveses que acontecerem na empresa, bem como o necessário adimplemento do contrato de trabalho. Sendo assim, mesmo que haja prejuízo, o empregador deve pagar a totalidade das remunerações e dívidas em geral. Vemos que no caso do empregador capitalizado essas situações são contornáveis ou recuperáveis, mas no caso do micro ou pequeno empregador, geralmente prejuízo significa fechamento da empresa.

Mas no caso das MPEs, no tocante à alteridade, por não serem empresas fundadas na segurança econômica de empregadores lastreados pelo grande capital, a assunção de riscos é um ônus muito maior se comparada àquela das grandes empresas ou grupos econômicos. Além de os micros e pequenos empresários não estarem protegidos econômica, social e legalmente, estes têm que competir com redes, franquias, e grandes empresas capitalizadas, e são considerados pela doutrina jurídica e pela lei como parte hipersuficiente na relação trabalhista, o que demonstra a desproporcionalidade entre assunção de riscos pelo capital e pelas MPEs.

3 DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS (MPEs)

No Brasil, as micro e pequenas empresas representam 99% das empresas do país e são responsáveis por 51% dos empregos disponíveis no mercado de trabalho brasileiro, segundo o ranking municipal do empreendedorismo no Brasil, elaborado com base em censo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA⁶. Tendo como referência a classificação do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE⁷, micro empresas são as que têm até 10 (dez) empregados, e esse critério também é usado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Conforme o Decreto nº 5.028 de 31 de março de 2004, com receita bruta anual de até R\$ 433.755,14, ou, conforme a Lei Complementar nº 123, que institui o regime simplificado de

⁶ Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/excluir-historico-nao-sera-migrado/microempresas-representam-99-das-empresas-do-pais-e-sao-responsaveis-por-51-de-todos-empregos-existentis-diz-ipea>> Acesso em: 10. mar. 2014.

⁷ Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/uf/goias/indicadores-das-mpe/classificacao-empresarial/criterios-e-conceitos-para-classificacao-de-empresas/criterios-e-conceitos-para-classificacao-de-empresas>> Acesso em 06. fev. 2014.

tributação, o Simples Nacional, empresas com receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 360.000,00. Estas empresas estão entre os maiores geradores de novos empregos e dos empregos já existentes, segundo fontes do SEBRAE⁸. Em estudo realizado na publicação “Assistência tecnológica às micro e pequenas empresas”, publicado pelo Conselho de Altos Estudos e Avaliação Tecnológica da Câmara dos Deputados, Pereira (2012 p. 185), conclui que “municípios com maior desenvolvimento socioeconômico, com maior renda, expectativa de vida e IDH, são também os municípios com maior presença de pequenas empresas”⁹.

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que substituiu a Lei nº 9.841/99, considera a empresa de pequeno porte aquela cuja receita bruta seja superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.4000.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais). Há que se considerar que caso outra sociedade tenha participação acionária nesta pequena empresa, caso ela seja uma representação de uma empresa estrangeira, ou se tiver um sócio que já receba o tratamento privilegiado do Simples, ou se seu dono participar de outra pequena empresa como acionista, esta empresa de pequeno porte não poderá integrar o Simples Nacional. Tampouco podem participar do Simples Nacional as empresas em débito com o INSS, Fazendas Pública, Estadual ou Municipal, prestadores de serviços de comunicação, de transporte intermunicipal ou interestadual, de energia elétrica, importadores ou fabricantes de automóveis, de consultoria, incorporação de imóveis e outras.

A Constituição Federal de 1988 instituiu um tratamento diferenciado às MPEs, ao estabelecer, em seu art. 170, IX, dentre outros, os seguintes princípios a

⁸ Disponível em: <<http://conampe.org.br/2014/02/14/pequenos-negocios-comandam-geracao-de-empregos-em-2013>> Acesso em: 08. fev. 2014.

serem observados quanto à finalidade da ordem econômica: “I – função social da propriedade; IV – livre concorrência; VI – defesa do meio ambiente, [...]; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte [...]”.

Ante a análise dos incisos do art. 170 da CF/88, verificamos que as MPEs têm o condão de materializar e realizar os princípios constitucionais norteadores da ordem econômica, não somente no tocante à prosperidade econômica, mas também no que concerne à função social da atividade econômica.

Almeida (2009, p. 14) corrobora que as MPEs mantêm o maior contingente de empregados, e que por esta razão devem merecer especial atenção do Estado por serem responsáveis pela contratação de expressivo número de obreiros.

Também, no âmbito fiscal, os microempresários já receberam uma importante diferenciação de tratamento através da instituição do Simples Nacional, que trouxe novas alíquotas de tributos e contribuições sociais, bem como isenções. No entanto, no que tange ao tratamento jurídico dado aos micro e pequenos empregadores pelo direito do trabalho, especificamente pela doutrina, e que projeta seus reflexos também em decisões do poder judiciário, verificamos que esse tratamento não é proporcional à importância destes agentes econômicos.

Dieste *apud* Zangari Júnior (2009, p. 29) ilustra a importância das MPEs para as economias das nações:

[...] nos Estados Unidos, no Japão e nos países mais desenvolvidos da Europa Ocidental, as empresas com menos de 100 trabalhadores abrangem mais de 90% do total das empresas, representam alto percentual do emprego global e, em muitos casos, o valor dos bens e serviços supera 50% do Produto Interno Bruto privado.

Bem como a Lei Complementar nº 123/2006, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, Zangari Júnior (2009, p. 39) informa que a Resolução Mercosul GMC nº 90/93, que instituiu a política de apoio às MPEs, traz parâmetros para a definição destas empresas, diferenciando-as por setor (indústria, comércio e serviços) ou por critério de faturamento.

Do mesmo modo, dispôs a Resolução Mercosul nº 59/98, na Etapa II da política acima citada, manteve os mesmos critérios e parâmetros adotados anteriormente conforme tabela abaixo¹⁰:

Critérios de classificação quanto de empresas conforme a Resolução Mercosul nº 59/98:

	Micro Empresa		Pequena Empresa		Média Empresa	
	Indústria	Comércio/ Serviços	Indústria	Comércio/ Serviços	Indústria	Comércio/ Serviços
Número de empregados	1 – 10	1 – 5	11 – 40	6 – 15	41 – 200	31 – 80
Faturamento anual	US\$ 400 mil	US\$ 200 mil	US\$ 3,5 milhões	US\$ 1,5 milhão	US\$ 20 milhões	US\$ 7 milhões

Fonte: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivo/secex/mpm/forpermanente/dadsegmento/definempe.pdf>> Acesso em: 24 jul. 2014.

Os dados acima expostos evidenciam a importância das MPEs para a economia e, por conseguinte, para a existência de postos de trabalho a serem ocupados, eis que são grandes empregadores. Por isso, após receberem um tratamento diferenciado pelo fisco pela Lei Complementar nº 123, urge a necessidade destas empresas receberem tratamento diferenciado também pela doutrina/teoria jurídica trabalhista.

Observamos no Direito do Trabalho por meio de uma análise histórica, que este se construiu tendo por base e origem o processo industrial/capitalista de

¹⁰Disponível em:

<<http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivo/secex/mpm/forpermanente/dadsegmento/definempe.pdf>> Acesso em: 24 jul. 2014.

trabalho em fábricas e grandes empresas, caracterizado por uma aguda verticalidade na relação de trabalho. O empregador capitalista de um lado, e o operário no polo oposto da relação trabalhista. Já o padeiro, o dono do quiosque ou bar/restaurante ou o dono de uma loja, nunca foram paradigma doutrinário para a elaboração/concepção dos princípios trabalhistas e da doutrina do direito do trabalho, mas foram incluídos nesta seara unicamente por conta da condição de empregador. Microempresas invariavelmente funcionam por meio de financiamentos, empréstimos a juros, pontos alugados, maquinário simples comprado ou financiado e mantido pelo empregador, não se tratando, neste caso, absolutamente, de um capitalista ou grupo econômico comprando uma pequena empresa ou abrindo uma filial. O Direito do Trabalho confere ao empregador, mesmo sem realizar uma verificação da realidade econômica deste, uma condição de compulsória hipersuficiência econômica que frequentemente não condiz com os fatos, sem ter como primazia a realidade das MPEs, como se o simples fato de ser empregador devesse ser suficiente para uma total capacidade e hipersuficiência econômica, a despeito de situações que invariavelmente o microempresário enfrenta, como concorrência, fatores de mercado, endividamento, obrigações trabalhistas e outras.

Dentre as várias matérias com que o Direito do Trabalho estabelece uma interdisciplinaridade, está a economia, pois é originalmente da atividade econômica que surge a relação jurídica de trabalho, principalmente após a revolução industrial, quando a partir de então o contrato de trabalho assume uma peculiar formalidade. Destarte, não há que se falar em contrato de trabalho ou direito de trabalho sem que haja a atividade econômica como hoje a entendemos. Portanto, constata-se que uns dos maiores geradores da atividade econômica no Brasil, os micro e pequenos

empresário, são penalizados doutrinariamente no Direito do Trabalho, quando enquadrados unicamente na condição de empregador, sem a devida e formal diferenciação entre o empregador industrial/financeiro capitalista, sobre cujos modelos de produção econômica criou-se a quase total concepção dos princípios, teoria e leis do trabalho hoje postos.

No entanto, apesar de serem responsáveis por quase metade dos empregos no setor industrial do país, as micro e pequenas fabricantes estão cada vez mais endividadas e contratando menos, aponta pesquisa do Simpi (Sindicato das Micro e Pequenas Indústrias no Estado de São Paulo)¹¹.

Há que se frisar que, na atual conjuntura de economia globalizada, o microempresário é um dos maiores, senão o maior agente a exercer um contrapeso ao domínio e exploração econômica das corporações, que nivelam os salários pelo mínimo possível, terceirizando, tornando precária a relação empregatícia, bem como os direitos e benefícios resultantes do vínculo empregatício, visando tão somente à maximização dos lucros e resultados, e sem preocupações sociais. Ademais, a tendência mundial das grandes empresas e corporações, com a globalização, é a transferência de plantas e unidades produtivas para outros países onde a mão de obra é mais barata com o mínimo de custos advindos de direitos sociais.

Concordamos que a exploração do trabalho no sistema capitalista sobre os trabalhadores e a possibilidade de acumulação da mais valia pelo empregador perpetuam a desigualdade social e possibilitam a um indivíduo ou grupo econômico a acumulação de capital, em detrimento das condições sociais e materiais da grande maioria de trabalhadores.

¹¹Disponível em: <http://www.contabeis.com.br/noticias/18621/endividamento-atinge-maior-taxa-entre-micro-e-pequenas-diz-simpi/>. Acesso em : 22 set. 2014

CONCLUSÃO

Ante o exposto, considerando a importância das MPEs para o crescimento da economia e geração de empregos, considerando o contrapeso exercido por estas em relação ao grande capital empregador, considerando a verdadeira distribuição de renda e riquezas que elas proporcionam, e considerando que existe uma relação direta de proporcionalidade entre o número de MPEs existentes e o IDH das cidades brasileiras, é evidente, tanto no plano socioeconômico quanto no âmbito jurídico, a importância dos micro e pequenos empregadores como agentes econômicos e que essa peculiar figura de empregador não se iguala ao empregador concebido pelo direito do trabalho brasileiro.

Outrossim, pela análise histórica do trabalho e do direito do trabalho, devem ser reconhecidos a origem e os fundamentos da lei trabalhista brasileira, bem como do princípio da proteção do trabalhador na relação empregatícia entre capital industrial e seus operários, reconhecendo que as MPEs não são paradigma para existência de alguns dos institutos do Direito do Trabalho hoje posto. Exemplo disso são as Normas Especiais de Tutela do Trabalho na CLT, em seu Título III, capítulo I, Das Disposições Especiais sobre Duração e Condições de Trabalho, onde encontram-se somente especificidades sobre categorias de trabalhadores que têm relação empregatícia com o grande capital, como bancários, empregados de telefonia, comunicação, cinematográficos, da indústria naval, frigoríficos, mineiros, e professores, sendo estes últimos uma categoria diferenciada, mas com sindicatos fortíssimos.

Considerando, como Delgado (2013, p. 14), que princípios são proposições gerais inferidas da cultura e do ordenamento jurídico que norteiam a

criação, interpretação e aplicação do direito, que a construção da regra na fase pré-jurídica se refere à natureza política e ao momento histórico da criação da norma, e que os princípios têm caráter teórico-ideológico, deve ser reconhecida pela doutrina jurídica trabalhista brasileira, a limitação ou a relativização do princípio da proteção ao trabalhador na relação empregatícia com micro ou pequenos empresários, eis que estes também necessitam de proteção trabalhista. Pois, no momento histórico da criação do direito e da lei trabalhistas, tanto na fase pré-jurídica quanto na fase jurídica, o paradigma de relação empregatícia era aquela existente entre fábricas e operários, capital e mão de obra trabalhadora, e não entre pequenos empresários e seus empregados.

Neste diapasão, considerando que as MPEs são as maiores geradoras de empregos do país e que o direito ao trabalho é um dos pilares da dignidade humana, pois o trabalho proporciona o direito à moradia, ao consumo de bens, à socialização e ao aprendizado prático, deve ser reconhecida a necessidade de não se colocar a proteção ao empregado em um nível valorativo acima da própria geração do trabalho, do provimento da dignidade humana possibilitado pelos maiores empregadores do Brasil, empregadores estes que não têm concentração de capital, e por conseguinte, posição de hipersuficiência perante seus empregados. Ademais, há que se considerar também a dignidade humana no tocante ao direito à livre iniciativa e ao empreendedorismo, pois caso a economia fosse majoritariamente dominada pelas grandes empresas, franquias e grupos econômicos acentuar-se-ia mais ainda a estratificação e a desigualdade social passando a economia privada a ter tão somente a casta dos capitalistas, a dos administradores e a dos operários.

Ao se colocar o problema objeto deste trabalho, não questionamos sobre a proteção aos direitos dos que ocupam o polo inverso ao do capital na relação

trabalhista, mas sim os valores que levam a um domínio da economia e da legitimidade política dos representantes democráticos legisladores patrocinados por corporações e grandes grupos econômicos, e que levam a uma “proletarização” da força de trabalho. Esse domínio econômico e político leva também à prevalência dos interesses das corporações e do capital, que visam mais o domínio econômico do mercado do que a diversidade e pluralidade da economia. Temos aqui o conflito entre a livre iniciativa e o domínio econômico das grandes corporações, entre o acúmulo e a distribuição de riqueza, entre o Estado dominado por grandes interesses econômicos e o Estado com pluralidade de forças econômicas e de representação política.

Tomando por base o princípio geral da limitação do direito, este deve se ater apenas aos campos da ação humana em que é estritamente necessário, e, a relação empregatícia na MPE exige maior liberalidade e menos parcialidade *pro misero*, devendo ser revista a proteção especial ao trabalhador em detrimento dos micro e pequenos empregadores, bem como deveria ser positivada norma trabalhista que discriminasse a situação *sui generis* dos micro e pequenos empregadores.

Sob o foco do princípio do bem comum e da justiça social, ao gerar a maioria dos empregos do mercado de trabalho as MPEs geram não somente bem comum, mas também atuam na implementação da justiça social ao retirar da condição de operários aqueles que resolvem empreender. Destarte, o princípio da proteção ao trabalhador em detrimento das MPEs estimula a manutenção dos trabalhadores na condição de operários e tampouco promove o empreendedorismo e a justiça social, eis que os micro e pequenos empregadores são frequentemente ex-empregados que partiram para a livre iniciativa.

Considerando que os micro e pequenos empregadores agem de boa-fé e pagam direitos trabalhistas, previdenciários e fundiários, que respeitam os princípios estabelecidos pela OIT, deve ser reconhecida, a bem da segurança jurídica, a não relativização/limitação do princípio protetor do empregado que trabalha em MPEs, bem como seus princípios derivados, o princípio do *in dubio pro misero*, e o da norma mais favorável ao trabalhador. Por fim, deve o aplicador do direito realizar essa diferenciação, saber que não há tal hipersuficiência por parte dos micro e pequenos empregadores, aplicando a lei específica ou a mais recente, e não a norma mais favorável ao empregado.

Analisando a relação jurídica empregatícia pelo prisma da primazia da realidade sob a forma, resta evidente a não hipersuficiência do micro ou pequeno empregador, devido à assunção dos riscos num mercado competitivo, um alto grau de comprometimento orçamentário ou endividamento, e por cumprirem as leis e ônus trabalhistas, previdenciários e fundiários.

Particularmente, em neste trabalho científico, defendemos que o princípio da primazia da realidade deve buscar também a verificação da não hipersuficiência dos pequenos empregadores e a conseqüente não verticalidade (ou da relativa horizontalidade) da relação de trabalho nas MPEs, para se constatar que a relação empregador-empregado não ocorre entre capital e operário, ou que, entre micro e pequenos empregadores e seus obreiros, não há na grande maioria dos casos a hipersuficiência dos micro e pequenos empregadores. Sobre esse ponto, emerge também uma questão muito importante que é: deve o princípio da proteção prevalecer sobre o princípio da primazia da realidade e ser aplicado tão somente *pro misero*? Pois se verifica, com fundamento, que o princípio da primazia da realidade é invariavelmente usado para se desfazer expedientes que buscam fraudar a

legislação, na busca por maior produtividade ou redução de despesas trabalhistas, como se vê na “pejotização”, na descaracterização da relação empregatícia em forma de suposto trabalho autônomo, ou no não cômputo de horas *in itinere*, entre outros. Ainda pelo prisma do princípio da primazia da realidade vemos que os micro e pequenos empregadores são também trabalhadores e muito frequentemente estão ao lado de seus empregados executando tarefas, vemos também que estes não têm o lastro do capital em seus negócios, e que não têm jornada de trabalho, férias, licenças maternidade/paternidade, FGTS, e outras proteções sociais concedidas aos trabalhadores. Têm apenas a alteridade (o risco) e o empreendedorismo, e nem mesmo a doutrina ou a lei trabalhista mencionam a figura do micro ou pequeno empregador em seus textos.

Há que se observar também que o caráter de normatividade conferido aos princípios por Dworkin e hoje compartilhado por outros juristas, como Bonavides, demonstra que esse traço de normatividade, se conferido ao princípio da proteção ao trabalhador da MPE, traz à tona o choque de valores entre os princípios da primazia da realidade, do juiz natural, da limitação do direito, do bem comum/justiça social e o princípio da proteção, já que no caso das MPEs a proteção especial ao trabalhador desconsidera a devida proteção às MPEs e também colide com valores basilares da sociedade como o empreendedorismo e a geração de empregos.

Vimos que as responsáveis por parcela significativa dos empregos no setor industrial do país, as micros e pequenas fabricantes, estão cada vez mais endividadas e menos dispostas a contratar neste ano de 2014, conforme concluiu pesquisa do Simpi (Sindicato das Micro e Pequenas Indústrias no Estado de São Paulo), acima mencionada. Também emerge neste trabalho o questionamento sobre a prevalência do princípio da proteção sobre o da primazia da realidade, já que

vários teóricos do direito do trabalho o consideram o princípio basilar desse ramo do direito. Portanto, se verificada a não hipersuficiência do micro ou pequeno empregador em relação a seus empregados, no nosso entendimento, deveria prevalecer o princípio da primazia da realidade na verificação da existência de hipersuficiência por parte do empregador ou não.

Assim, pela análise dos direitos constitucionais trabalhistas que garantem o extenso rol de direitos fundamentais sociais acima elencados aos trabalhadores, nota-se que estes estão muito bem protegidos com tais direitos sociais, e verifica-se que o micro e o pequeno empregador não dispõem de qualquer proteção constitucional significativa, o que, por conseguinte, não os coloca em situação de hipersuficiência perante o seus empregados, que conseqüentemente, podem ter sua hipossuficiência questionada quando a relação empregatícia ocorrer em uma MPE.

Verifica-se que, diferentemente de um(a) empregado(a), a mãe ou pai micro ou pequena(o) empresária(o) não tem direito à licença maternidade/paternidade, FGTS, seguro desemprego (proteção em caso de falência), irredutibilidade salarial, proteção em face da automação, adicional de remuneração para as atividades penosas, serviço extraordinário, insalubres e perigosos, garantia de salário, repouso semanal remunerado, gozo de férias anuais remuneradas de trinta dias, etc., pois o direito do trabalho brasileiro não concebeu a figura *sui generis* do micro e pequeno empresário como um particular sujeito de direitos e obrigações que também carece de proteção social, e também empresarial (esta já conferida pela Lei Complementar nº 123), no tocante à competição contra os grandes grupos econômicos ou redes franqueadoras.

Nesse cenário hoje existente, o Direito do Trabalho põe a proteção ao trabalhador desproporcionalmente acima da geração de emprego e renda e da

necessária proteção aos micro e pequenos empregadores, que são também, de fato, trabalhadores. Não se trata a tese deste trabalho de suprimir os direitos trabalhistas dos empregados das MPEs, e tampouco os direitos fundamentais sociais conquistados pela classe trabalhadora como um todo ao longo dos últimos séculos, eis que não se questiona neste trabalho os direitos trabalhistas legais, constitucionais, previdenciários, etc., mas apenas de se reconhecer que a relação entre capital e empregados é aquela que realmente enseja a proteção especial ao trabalhador, e que o princípio da proteção não deveria se aplicar em toda sua amplitude à relação empregatícia nas MPEs.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de; SANTOS, Cairon Ribeiro dos; CORTEZ, Julpiano Chaves; Silva, Germano Campos. *Comentários ao Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo: Saraiva, 2009

BARROS, Aline Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr. 2008.

BITTAR, Eduardo C.B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 30ª ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BONFIN, Vólia. *Direito do Trabalho/ Vólia Bonfin Cassar*. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, 2014.

BRASIL, *Assistência tecnológica às micro e pequenas empresas*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012. (Série cadernos de altos estudos; n. 9).

COSTA, Nelson Nery. *Constituição Federal anotada e explicada*. 5ª ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad.: BOEIRA, Nelson. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 5. ed. Curitiba: Positivo 2010.

<http://conampe.org.br/2014/02/14/pequenos-negocios-comandam-geracao-de-empregos-em-2013>

http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras

http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras

<http://www.contabeis.com.br/noticias/18621/endividamento-atinge-maior-taxa-entre-micro-e-pequenas-diz-simpi/>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8245compilado.htm.

<http://www.sebrae.com.br/uf/goias/indicadores-das-mpe/classificacao-empresarial/criterios-e-conceitos-para-classificacao-de-empresas/criterios-e-conceitos-para-classificacao-de-empresas>

<https://www.unglobalcompact.org/issues/labour/>

http://pt.wikipedia.org/wiki/Corporações_de_ofício

<http://www2.planalto.gov.br/imprensa/noticias-de-governo/microempresas-representam-99-das-empresas-do-pais-e-sao-responsaveis-por-51-de-todos-empregos-existentis-diz-ipea>>

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 14.

LEITE, Gisele. Neopositivismo, neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo: o que há realmente de novo no direito? *Temas Atuais de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/57-v2-n4-abril-de-2012/190-neopositivismo-neoconstitucionalismo-e-o-neoprocessualismo>>

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 23. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007. p. 4.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: História e Teoria Geral do Direito do Trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NAHAS, Thereza Cristina (Coord.). *Princípios de direito e processo do trabalho: questões atuais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. IX.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do Trabalho*. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OGILVIE, Sheilagh. *Institutions and European Trade: Merchant Guilds, 1000-1800*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*. Trad. Monica Baungarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios do Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 3 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Método, 2008.

ZANGARI JÚNIOR, Jurandir. *O Direito do Trabalho e as Micro e Pequenas Empresas: uma proposta de tratamento diferenciado*. São Paulo: LTr, 2009.

ZANGRANDO, Carlos. *Princípios Jurídicos do Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.