

# A MITIGAÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR NA RELAÇÃO DE TRABALHO

Vinícius Weber\*

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Hermenêutica sobre o direito fundamental da proteção no Direito do Trabalho; 2.1 Origem do princípio da proteção; 2.2 Essência do princípio da proteção do trabalhador; 3 Os novos parâmetros da proteção do trabalhador nos tempos pós-positivistas; 3.1 Análises do modelo societário adotado pelo empregador; 3.2 Surgimento do binômio hipossuficiência *vs* tratamento diferenciado do empregador: critério de solução; 4 Considerações finais.

**Resumo:** O presente estudo indica suas considerações sobre a mitigação da proteção do trabalhador. Em uma análise instantânea busca compreender o aspecto histórico, almeja justificar as concepções obtidas nas revoluções industriais, apresenta a orientação no sentido de buscar a essência sobre o tema através das fontes do Direito, indicadas por Rizzatto Nunes, pg. 80, ano 2008, quais sejam Legislação, Jurisprudência, Doutrina e Costume, neste primeiro aspecto a leitura proporciona uma visão sobre como a mitigação da proteção do trabalhador é aresta que deve ser afinada, e compreende uma problemática sobre sua essência e legitimidade do tema. Adiante, o passo metodológico adotado, apresenta consideração no sentido de solucionar os problemas apresentados com a ausência de equidade na relação de trabalho, compreendendo e indicando dois principais parâmetros para mitigação da referida proteção. Conclui o estudo com um convite a seus interlocutores para refletirem sobre as consequências de todo o pensamento apresentado no transcurso do estudo, e traça diretriz para reflexão sobre o futuro do Direito do Trabalho sobre este aspecto.

**Palavras-chave:** Direito do Trabalho. Princípio da Proteção. Direitos Fundamentais.

---

\* Graduado em Direito pela Escola de Administração Marketing e Comunicação – ESAMC Uberlândia. Advogado e autor de vários artigos publicados no Brasil. Email: vw\_jus@hotmail.com

## 1 Introdução

A compreensão da mitigação da proteção do trabalhador compreende uma reflexão muito profunda sobre a ontologia e cogência da própria origem do Direito do Trabalho. Exige do jurista um abandono de toda a sua parcialidade sobre o tema, e da mesma forma exige uma dedicação sobre todas as arestas deste novo rumo jusfundamental.

Para tanto, o presente estudo compreende delicadamente, diretrizes de se obter e indicar os novos rumos do Direito do Trabalho, com o objetivo de apresentar a complexidade de tal sugestão de mitigação.

O estudo passa por um retrocesso dos aspectos originais, buscando apresentar para o interlocutor algum raciocínio sobre as definições de origem do Direito do Trabalho e derivadamente a sua proteção.

Adiante, o estudo apresenta uma explicação sobre a proteção do trabalhador fundada nas principais fontes do Direito adotadas por Rizzatto Nunes (2008, p. 80) interpretando os enunciados prescritivos legais, compreendendo julgados, comentando doutrinas e analisando costumes acerca de tal tema.

Em momento final, o substrato da lógica compreende uma consequência séria, a não mitigação do princípio da proteção ao trabalhador pode fadar ao fracasso a equidade entre as partes, tanto prezada.

O presente estudo indica solução para a problemática, dedicando grande parte da sua extensão final a fixar algumas considerações sobre a legitimidade da mitigação aqui sugerida.

Para tanto, são apresentados dois parâmetros da mitigação da proteção do trabalhador. O primeiro consistindo em um parâmetro adstrito ao tipo societário do empregador, alerta para a prudência na utilização deste parâmetro, haja vista que não deve jamais ser utilizado de forma isolada, visto que não possui elementos independentes, e da mesma forma não proporciona certeza na legitimidade da mitigação quando utilizado de forma única e paralela.

Indica também outro parâmetro, sendo ele baseado na utilização do Binômio Hipossuficiência vs. Tratamento diferenciado ao empregador, tangendo uma abordagem mais objetiva, no contexto de compreensão, dosimetria e proporcionalidade dos dois elementos mencionados no binômio.

O estudo almeja com todas estas exposições, traçar diretriz no sentido de uma reflexão sobre o tema, orientando dar cogência à flexibilidade na Proteção dedicada ao Trabalhador, na guia de revisar o pensamento sobre a efetividade e equidade na relação de Trabalho, com a inclusão dos novos preceitos empresariais da Sociedade brasileira.

## **2 Hermenêutica sobre o direito fundamental da proteção no Direito do Trabalho**

Segundo algumas teorias filosóficas, os homens a partir de suas existências, devem conhecer suas origens antes de prosseguir na marcha rumo a futuro, este preceito é base para a frase de Miguel Reale, “A vida do direito é o diálogo da história”, assim temos ao estudar e pesquisar a origem do Princípio da Proteção do Trabalhador, se faz necessárias as considerações tangendo alguns vetores superficiais, o primeiro seria a análise sobre sua origem e evolução do tema, tanto dentro do ordenamento jurídico brasileiro, quanto em seu aspecto internacional.

Em frente, cabe a diretriz sobre a essência do presente mandado de otimização, subtraída da análise detalhada das principais fontes do Direito, quais sejam, às fontes estatais (Legislação e Jurisprudência) e as fontes não-estatais (Doutrina e Costume).

Este eixo lógico indica-se uma peça elementar para futuras fixações e conclusões e de possíveis parâmetros e conceitos sobre o tema.

### **2.1 Origem do princípio da proteção**

Ao classificarmos o Direito como matéria de cunho científico podemos notar que na aplicação fática das identificações científicas a nossa ciência social não possui “tubos de ensaio”, precisamente não existem laboratórios onde a norma jurídica tenha a possibilidade de ser testada e executada, antes de sua vigência no ordenamento jurídico (LORENZETTI, 2010, p. 145).

A saída para essa questão é indicada por Lorenzetti, que utiliza a ciência do Direito, consolidada no retrospecto histórico-jurídico, indicando que o cálculo de probabilidade e de efetividade de uma nova norma no ordenamento jurídico é exercido através de uma análise histórica dos fatos.

Assim a história desempenha para o Direito, um papel de grande relevância, sobretudo em razão do histórico de sucesso de algumas normas e o insucesso de outras.

É neste contexto que o Princípio da Proteção no Direito do Trabalho está contido, o posicionamento dos fatos desempenha papel essencial para interpretação deste mandado de otimização, como este está posiciona nos dias atuais, e como a nova geração de juristas deve olhar para o futuro deste Direito Fundamental.

Na verdade a origem do Princípio da Proteção no Direito do Trabalho é bem complacente com a evolução dos Direitos Fundamentais, especialmente no pós-guerra. Pode-se dizer que a proteção da parte frágil da relação de trabalho surgiu com a necessidade de equidade entre o burguês que explorava a mão de obra, e o trabalhador.

Para satisfazer esta aspiração social, foram estipulados alguns parâmetros na relação de trabalho, e contido nestes está o Princípio da Proteção do Trabalhador. Na verdade este parâmetro está concretizado na estrutura sólida da proteção do trabalhador, sendo utilizado até hoje pelo empregado contra as supervenientes ingerências do empregador.

Esse retrospecto de hipossuficiência entre partes reflete os ideais dos tempos pós-positivistas, os quais seguem na linha de aperfeiçoamento do conhecimento humano, subtraindo os ideais do positivismo acirrado, imposto sem qualquer outra valoração social, seja ela filosófica, sociológica, ou política etc.

Na verdade esta ideia de equiparação através do tratamento privilegiado do hipossuficiente nasce com a famigerada frase de Aristóteles, a qual insurge a ideia de que os iguais deveriam ser tratados de forma igual, e os desiguais deveriam ser equiparados na medida proporcional de sua desigualdade.

Esta máxima carrega conceitos semânticos que embasam algumas teses do pós-positivismo, no sentido de criticar o positivismo lógico e inserir o neoconstitucionalismo, através da perpetuidade moral dos Direitos Fundamentais, é neste segmento que princípio em questão tomou carona na onda evolutiva dos Direitos e reflete inclusive na declaração universal dos direitos do homem, no artigo XXIII, o qual diz:

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

A interpretação destes enunciados prescritivos tem simbologias tão abstratas que comportam muitos dos Direitos decorrentes da relação de trabalho, mas todas com vertente na tentativa de equiparar trabalhador e empregador.

Cabe destacar que no âmbito nacional, a origem somática dos parâmetros de proteção do trabalhador já ecoava no ordenamento jurídico, antes mesmo da efetivação expressa dos Direitos Fundamentais no âmbito internacional, esta ideia pode muito bem ser compreendida na interpretação temporal, já que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), prescrita no ano de 1943, a qual indica até hoje, as individualidades dos Direitos do trabalhador.

Com o advento da Constituição da República Federativa de 1988, os Direitos a Proteção do trabalhador só foram reforçados, em razão daquilo já esboçado no caráter da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Assim o art. 7º e seus incisos, garantiram no âmbito constitucional as características de proteção já expressas na CLT, a qual, aliás, foi muito bem recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil. (CRFB)

Da mesma forma com que a sociedade obteve uma metamorfose no século passado com a efetivação dos Direitos Fundamentais do trabalhador, os tempos atuais estão nesta mesma linha evolutiva, com mutações e aspirações sociais, que merecem a atenção dos novos juristas os quais, interpretam a norma. É necessário frisar que pelo retrospecto histórico de exploração do trabalho, de forma quase que truculenta, a maioria dos juristas no nosso tempo, olham para o Princípio da Proteção como algo absoluto, irredutível, que a qualquer modo não deve ser flexibilizado.

A crítica deste trabalho reside justamente nesta inflexibilidade da proteção do trabalhador, pois nada é de fato absoluto no Direito, e este pensamento retrógrado repercute um ideal obsoleto, uma ideia de positivismo lógico.

O atual momento histórico do princípio da proteção vive uma crise de identidade, em razão de interpretações neste eixo de não-mitigação da proteção do trabalhador. A atualidade, principalmente no interior do Estado Democrático de Direito brasileiro, encontra-se numa expansão econômica muito forte, o que, aliás, nunca se viu na história deste nosso país.

Isso trouxe para o Direito, grandes incoerências, pois com o surgimento de novos tipos societários, como o Micro Empreendedor Individual, a relação de trabalho e a hipossuficiência do trabalhador com o empregador já não é mais tão absoluta com era na época da prescrição legislativa da CLT.

É necessário frisar que cada vez mais existe uma migração de trabalhadores que buscam sua autonomia econômica, criando seu próprio negócio. O trabalhador está virando empresário, um pequeno empresário que não fatura muito, e conseqüentemente não possui grande movimentação financeira, ou seja, de forma bem simplificada o empregado da empresa está se tornando empregador independente e individual.

Isso fomenta o crescimento econômico, mas conseqüentemente desencadeia uma explosão na informalidade da pessoa jurídica que este ex-empregado, agora empreendedor, cria.

Para buscar esta regulamentação, o Poder Executivo e Legislativo se vêem forçados a criar mecanismos de adequação para esta aspiração social, o que fomentou, e muito por sinal, a criação de novos modelos de pessoa jurídica, as quais são dotadas de uma singela tributação, sofrendo um controle de faturamento e limitação nas contratações trabalhistas.

A celeuma deste trabalho reside neste paradigma, como a mutação econômica e jurídica destes novos empresários influencia na mitigação do princípio da proteção na relação de trabalho.

A abordagem deve seguir uma metodologia muito bem elaborada, baseada na diretriz da essência sobre o princípio da proteção na relação de trabalho, principalmente elencada nas fontes do direito pós-moderno, quais sejam Legislação, Jurisprudência, Costume e Doutrina.

## **2.2 Essência do princípio da proteção do trabalhador**

Para que se possa buscar a mais exata compreensão de como se qualifica, e como se compreende a essência do Princípio da Proteção deve-se olhar para o ordenamento jurídico vigente na ótica das fontes estatais e não estatais do Direito, utilizadas de forma comedida e precisa, para a extração da mais pura gota de significado daquilo que se compreende como sendo proteção do trabalhador em face da suposta hipossuficiência em consonância com os novos modelos de empregador.

Cabe destacar que a diretriz utilizada neste meio cogente sobre o princípio da proteção, está elencada nas fontes estatais e não estatais, em razão de que estas atribuem a máxima objetividade para a obtenção do refinado conceito sobre a proteção do trabalhador. Destaca-se que a indicação doutrinária sobre as fontes do Direito é vasta, conceituando as controvertidas fontes materiais/formais, principais/acessórias, próprias/impróprias.

Faz-se necessário o parêntese para indicar a utilização exclusiva de tais fontes estatais e não estatais, em razão de que estas atribuem diretriz objetiva e conclusiva sobre a essência do Princípio da Proteção, mesmo que os outros posicionamentos doutrinários proporcionem o mesmo substrato, as fontes aqui utilizadas, são dinâmicas a ponto de serem mais acessíveis aos diversos nichos jurídicos, isso facilita a compreensão do interlocutor, sendo ele dotado de notório saber jurídico ou não.

Adotadas estas considerações sobre a utilização das fontes, o presente estudo adquire a primeira fonte, a Legislação, que é compreendida como o fruto do processo legislativo, a esta pode ser concebida como sendo, o plexo ou feixe de enunciados prescritivos jurídico emanado do Estado. É importante salientar que se compreende como Legislação, o conjunto de todas as normas jurídicas escritas, ou seja, é a toda a expressão escrita produzida e inserida no ordenamento jurídico através do processo legislativo, função típica do Poder Legislativo.

Cabe aqui ressaltar que existe divergência quanto aos sinônimos entre Lei e Legislação. Rizzato Nunes (2008, p. 77), explica:

Como “legislação” é um conceito que advém do vocábulo “lei” muitas vezes tais expressões são tomadas como sinônimas, definindo-se, então, legislação como um conjunto de leis. Na verdade, é preciso que se faça um esclarecimento acerca do uso do termo “lei”.

O vocábulo “lei” apresenta uma série de significados diversos. Pode ser utilizado para expressar as leis divinas, os mandamentos de Deus, as leis da natureza ou, a lei firmada pelas ciências, como fruto da descoberta científica.

A lei jurídica propriamente, de sua parte, aponta também para alguns sentidos, que são análogos. A lei é tanto a norma constitucional quanto uma lei ordinária.

De fato, a terminologia adequada a ser utilizada é a que dispõe o gênero como norma jurídica e as espécies como: norma jurídica escrita e norma jurídica não-escrita, sendo que a Constituição, a lei complementar, a lei ordinária, a medida provisória etc. são espécies de norma jurídica escrita, e o costume jurídico é o caso da norma jurídica não-escrita. (NUNES, 2008, p. 87)

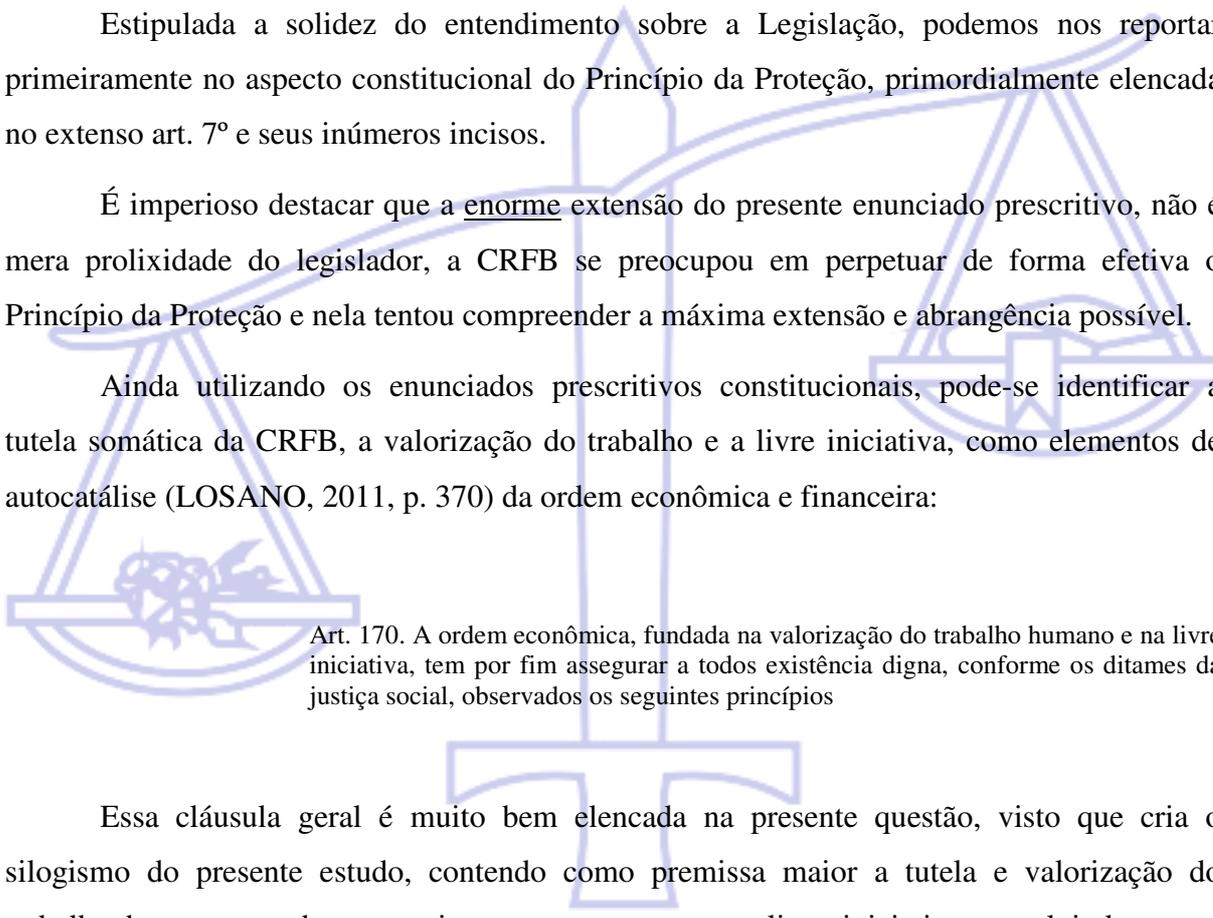
Desta forma podemos destacar com grande propriedade que o vocábulo “lei” deve ser interpretado *lato sensu*, ou seja, de uma forma mais abrangente sobre o contexto geral, e “legislação” que deve ser vista de forma *stricto sensu*, sempre voltado para o produto do processo legislativo.

Nestas mesmas entrelinhas doutrinárias, cabe a ressalva de que a fonte primária do Direito brasileiro é a Legislação, derivada da sociedade *Civil Law* e nesta forma os precedentes jurídicos sobre qualquer ótica deve sempre em primeiro lugar ser analisados frente à Legislação.

Estipulada a solidez do entendimento sobre a Legislação, podemos nos reportar primeiramente no aspecto constitucional do Princípio da Proteção, primordialmente elencada no extenso art. 7º e seus inúmeros incisos.

É imperioso destacar que a enorme extensão do presente enunciado prescritivo, não é mera prolixidade do legislador, a CRFB se preocupou em perpetuar de forma efetiva o Princípio da Proteção e nela tentou compreender a máxima extensão e abrangência possível.

Ainda utilizando os enunciados prescritivos constitucionais, pode-se identificar a tutela somática da CRFB, a valorização do trabalho e a livre iniciativa, como elementos de autocatálise (LOSANO, 2011, p. 370) da ordem econômica e financeira:



Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios

Essa cláusula geral é muito bem elencada na presente questão, visto que cria o silogismo do presente estudo, contendo como premissa maior a tutela e valorização do trabalho humano, tendo a premissa menor assegurar a livre iniciativa, concluindo que a efetivação de ambas as premissas proporcionará através da ordem econômica, a existência digna do Ser Humano.

Essa harmonia entre a valorização/proteção do trabalho e a expansão e estabilidade da iniciativa privada é o elemento principal para a auto-efetivação social da Dignidade da Pessoa Humana, é desdobramento que cuida da proteção do trabalhador em sinfonia com o crescimento das sociedades empresárias.

A ótica da mitigação da proteção do trabalhador é sem sobre de dúvida um elemento que aperfeiçoa este silogismo jurídico-constitucional, já que a inflexibilidade da proteção do trabalhador inviabiliza a harmonia entre esta mesma proteção e a livre iniciativa. Neste sentido, a mitigação da proteção aqui indicada, é elemento de peso e contrapeso para retornar a perdida equidade entre as partes dentro da ceara trabalhista, o que proporcionará a retomada da estabilidade da ordem econômica e financeira.

Adiante, nas normas infraconstitucionais, indica-se o art. 8º da CLT como principal norma sobre o tema,

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. (grifos próprios)

Na verdade, este enunciado prescritivo subsume todas as fontes do direito, ou seja, admite todas as fontes legitimadoras e interpretes do direito, e ainda assim vai de encontro com a perpetuidade das matérias de cunho principiológico, e de forma abstrata e hermenêutica está contido na norma jurídica, o Princípio da Proteção do Trabalhador.

Faz-se imperioso constar nesta análise do enunciado prescritivo, a frequente e contínua perpetuidade que as disposições da Consolidação das Leis do Trabalho dão ao Princípio da Proteção, ou seja, em quase todos os elementos das disposições da CLT está contido o princípio em tela, seja ela no âmbito do Direito Formal Trabalhista, seja no âmbito do Direito Material.

Ao analisarmos o art. 8º da CLT, podemos notar a presença de outra grande fonte do direito que se refere de forma elaborada ao princípio em tela, a jurisprudência tem firmado delimitações e interpretações bem claras sobre como se classifica e como se opera o Princípio da Proteção no Direito do Trabalho.

Assim o voto do Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Francisco Das C. Lima Filho no Recurso Ordinário nº 1296200802124001, tenta buscar uma compreensão muito bem delineada nos parâmetros da mitigação do princípio em tela:

**Ementa** - HORAS IN ITINERE INDEVIDAS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR EM HARMONIA COM O PRINCÍPIO DA SALVAGUARDA DOS INTERESSES DE GESTÃO DO EMPREGADOR

O Direito Laboral tem no princípio da proteção ao trabalhador hipossuficiente a sua própria razão de ser. Porém, esse princípio deve receber interpretação em harmonia com o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador, na medida em que não se excluam, antes devem ser interpretados e aplicados harmonicamente de modo que não se deixe o trabalhador, parte débil da relação de emprego, sem a proteção revelada pelo padrão mínimo civilizatório, mas também não se inviabilize a continuidade do empreendimento, garantia de manutenção do próprio direito fundamental ao trabalho. Não se pode, exclusivamente, em nome do princípio da proteção, condenar o empregador ao pagamento como extras das horas do percurso pelo fato de fornecer ao trabalhador transporte gratuito seguro, mesmo quando a empresa se encontra estabelecida em local não servido por linha regular de transporte coletivo, independentemente da existência ou não de pactuação coletiva. A norma do art. 4º da CLT deve ser interpretada de forma restritiva, especialmente em época de crise como a que vivenciamos, quando muitas pequenas, médias e até mesmo grandes empresas estão fechando suas portas e extinguindo postos de trabalho. Recurso empresarial provido parcialmente. (grifos próprios)

As sábias palavras do Ilustre ministro, definem muito bem como a importância da Proteção do Trabalhador esta contida no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que a inflexibilidade expõe em perigo a própria existência do posto de trabalho.

Não é difícil abstrair o juízo de valor instaurado sobre o ponto de vista da jurisprudência citada, no que tange a mitigação da proteção do trabalhador, já que a ferrenha defesa, a inflexibilidade de ponderação do julgador propõe uma fuga dos parâmetros modernos do Direito.

A *contra sensu* a presente interpretação acima, não é alvo de dominação jurisprudencial sobre uma das extensões que o Princípio da Proteção está conceituado, sendo que este é amplamente defendido por parte da jurisprudência sem a menor flexibilidade, a ponto de tornar a visão do julgador adstrita somente a própria legislação, o que de certa forma isola a aplicação de outros meios do livre convencimento motivado.

O objetivo desta análise científica é justamente compreender, não uma defesa absoluta dos interesses do empregador, tampouco sugerir um retrocesso das evoluções do Direito do Trabalho, retornando aos parâmetros das primeiras revoluções industriais.

Ao contrário busca-se a reforma consuetudinária da visão e hermenêutica sobre a proteção do trabalhador no Direito do Trabalho, ou seja, sugere-se uma análise irrestrita sobre a extensão e limites da proteção do trabalhador.

Essa sugestão é muito importante, já que instiga a reconstrução do olhar autopoietico (LOSANO, 2011, p. 380) da proteção do trabalhador na ceara formal e material do Direito do

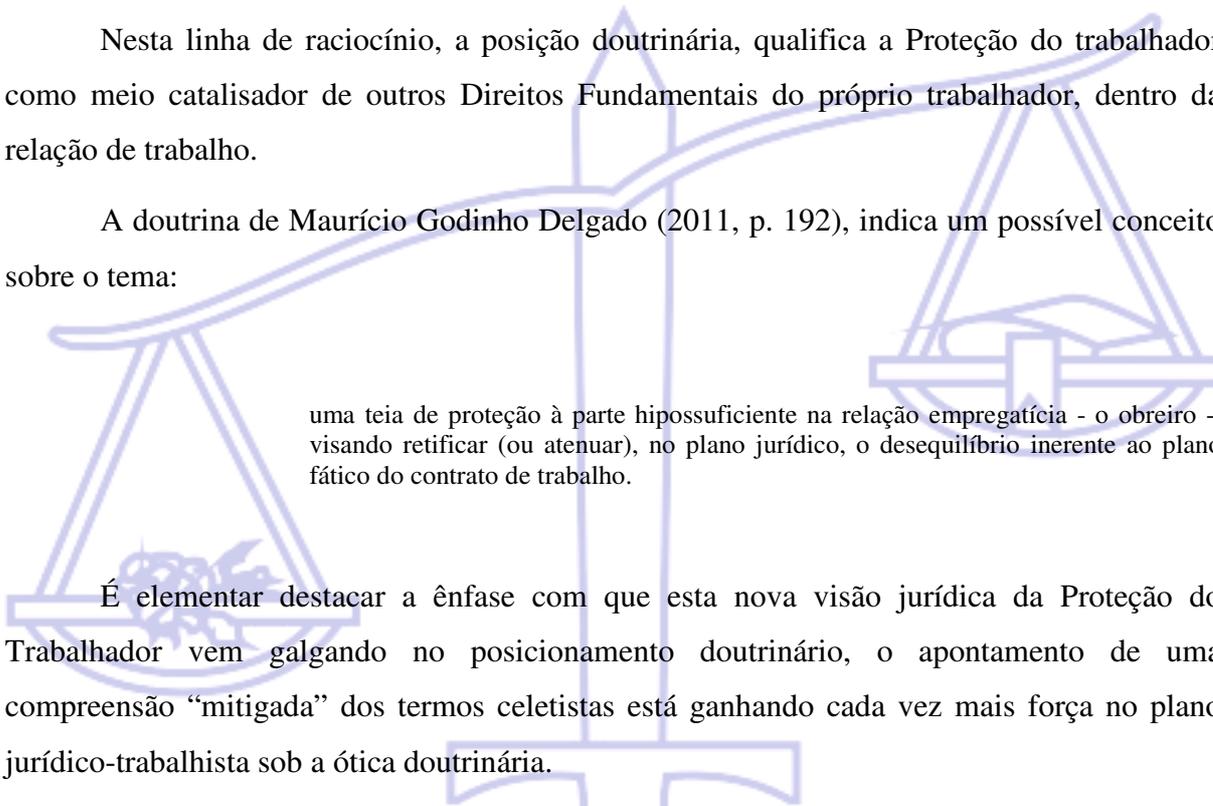
Trabalho. É neste contexto que a jurisprudência desempenha uma função muito importante, pois é um dos meios mais rápidos para a reconstrução sistêmica desta “engenharia jurídica”.

O que importa neste momento é apontar o norte, e tornar a visão de subsunção do fato a norma, como a ferramenta de balanço e ponderação sobre a proteção do trabalhador no âmbito do Direito do Trabalho.

Neste sentido, estas entrelinhas nos levam a primeira fonte não-estatal indicada por Rizzatto Nunes (2008, p. 112), a doutrina compreende um resultado ou o produto do estudo que pensadores, juristas e filósofos do Direito fazem a respeito do próprio Direito.

Nesta linha de raciocínio, a posição doutrinária, qualifica a Proteção do trabalhador como meio catalisador de outros Direitos Fundamentais do próprio trabalhador, dentro da relação de trabalho.

A doutrina de Maurício Godinho Delgado (2011, p. 192), indica um possível conceito sobre o tema:



uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia - o obreiro -, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

É elementar destacar a ênfase com que esta nova visão jurídica da Proteção do Trabalhador vem galgando no posicionamento doutrinário, o apontamento de uma compreensão “mitigada” dos termos celetistas está ganhando cada vez mais força no plano jurídico-trabalhista sob a ótica doutrinária.

***Este posicionamento mostra que as reformas lógicas e consuetudinárias do modelo de aplicação e posicionamento jurídico sobre determinados temas surte causas e efeitos mais prontos e céleres, ao passo que o procedimento legislativo jamais poderia alcançar tais características.***

Destacamos que o modelo jurídico com que o Princípio da Proteção vem sendo tratado pela doutrina é um passo elementar para a mitigação do mesmo, já que a carga valorativa com que a proteção vem sendo aplicada na prática muitas vezes põe em risco a própria subsistência do emprego e do estabelecimento empresarial do empregador, sendo que a repercussão da não-mitigação da proteção do trabalhador pode ocasionar uma desordem na ceara econômico-social, fundamentação compreendida no silogismo jurídico indicado supra.

Aliás, essa preocupação esta se tornando unanimidade nos comentários doutrinários sobre o tema, Alice Monteiro de Barros (2006, p. 171) comenta:

O princípio da proteção, entretanto, vem sofrendo recortes pela própria lei, com vista a não onerar demais o empregador e impedir o progresso no campo das conquistas sociais. Isso é também uma consequência do fenômeno da chamada flexibilização "normatizada".

Otávio Pinto e Silva (2005, p. 95) também se pronuncia neste sentido:

O Direito do Trabalho encontra-se diante de um momento de redefinição, pois foi concebido para regular uma modalidade de relação jurídica - o emprego - que aos poucos deixa de ser hegemônica.

Por fim Luiz Carlos Amorim Robortella (2005, p. 94) fundamenta:

o novo protecionismo deve atender a fenômenos complexos como precarização, trabalho informal, cooperativismo, tecnologia, desemprego estrutural, trabalho infantil, discriminação, migração de mão-de-obra etc. O Direito do Trabalho precisa ampliar seus horizontes, ocupando-se de proteger o trabalhador e, ao mesmo tempo, estimular o investimento produtivo.

Este pensamento é quase unanimidade na mais moderna Doutrina sobre este assunto, destacando o critério de repercussão da decisão judicial no âmbito socioeconômico, o que inclusive indica uma análise consequencialista (LORENZETTI, 2010, p.186) sobre a decisão judicial, quando esta não pondera o binômio hipossuficiência vs. Mitigação da Proteção, podendo causar danos à própria ordem econômica se ponderada de forma imprecisa.

É neste embalo doutrinário que encaixamos a segunda fonte não-estatal, o costume. Trata-se da ultima fonte do direito não estatal, muito adotado nas sociedades com fulcro na teoria *Common Law*, ou seja, neste nicho social a fonte primordial para a resolução de litígios seria o costume e não o texto legal, o que por sinal é quase abolido do costume, pois as práticas reiteradas de atos jurídicos dão vida a um direito comum.

Assim sendo, o costume jurídico nada mais é do que a uniformização de um ato ou procedimento comum adotado pela coletividade, incluindo-se neste meio os juristas, que após a prática excessivamente reiterada se torna "lei não-escrita".

A indicação desta fonte do Direito não é feita por acaso, em razão de que o costume jurídico instalado dentro dos preceitos históricos da proteção do trabalhador limita o horizonte do interlocutor e necessita de uma nova abordagem, já adotada pela Doutrina.

Esta nova abordagem, já apresentada acima, direciona o jurista a novos preceitos de mitigação da proteção do trabalhador, sob a tese de que a hegemonia da proteção do trabalhador deve ser revista com alguns novos parâmetros, entre eles a análise sobre a extensão da hipossuficiência do empregado e seu empregador.

Isso evitaria que a balança da equidade tenda a ser muito pesada para o empregador a ponto de afetar a economia social. Cabe lembrar que o tratamento diferenciado em razão desta argumentação inicia novo rumo ao Princípio da Proteção do Trabalhador, já que com a regulamentação de novos tipos societários, como por exemplos no caso do Micro Empresários Individuais, a hipossuficiência do empregador já não é ponto extremo entre os entes da relação de trabalho.

É cabal o entendimento de que toda a evolução histórica de um país necessita de uma evolução jurídica, é neste sentido que o crescimento da regulamentação tangendo a formalidade de empreendedores de pequeno porte deve ser acompanhada de um novo costume a cerca da relativização da hipossuficiência do Trabalhador.

O costume neste caso desempenha um papel elementar sobre a instantânea reforma que o presente apontamento necessita, já que a utilização de parâmetros iguais para todos os empregadores diante da Justiça Trabalhista pode ter consequências desiguais.

Ou seja, deve ser ponderado o tratamento e o regime jurídico da reclamação de um empregado em face seu empregador, em razão de sua hipossuficiência, devendo ser levado em consideração o regime jurídico que este é adepto.

Logo, o regime de tratamento jurídico de uma multinacional em uma reclamação trabalhista, deve ser diferenciado do regime de tratamento jurídico do vendedor de sorvete da feira.

Este precedente de tratamento diferenciado deve seguir alguns parâmetros, os quais serão abordados no próximo capítulo.

### 3 Os novos parâmetros da proteção do trabalhador nos tempos pós-positivistas

Ao lermos o prefácio do Livro *A luta pelo Direito*, de Rudolf Von Ihering, 1891, nota-se às fls.19 a seguinte consideração:

Nas questões puramente científicas podemos contentar-nos com a refutação do erro, mesmo que não estejamos em condições de substituí-lo por uma verdade positiva. No entanto, quando nos movemos no terreno dos problemas práticos, onde a ação se impõe à plena evidência, e a única indagação cabível é a de como devemos proceder, não basta rechaçar como errôneo o procedimento indicado por outrem; necessário se torna substituí-lo por outro.

A presente fala é a leitura que motivou o presente capítulo, em vista de que Ihering indica como pressuposto científico o apontamento do equívoco, e da mesma forma indicou como pressuposto prático não apenas rechaçar o erro, mas indicar-lhe uma solução. Para tanto, o apontamento do capítulo I necessita de uma solução viável e plausível com a Ordem Jurídica e a Dignidade da Pessoa Humana.

Assim sendo depois destas considerações, o presente estudo neste momento traz diretriz para sua principal concepção, sendo que está engajada em solucionar o problema da não mitigação da proteção do trabalhador, e além de tudo caminha no sentido de fixar algumas considerações sobre parâmetros que tornam mais “proporcional” a proteção do empregado na relação de trabalho.

#### 3.1 Análises do modelo societário adotado pelo empregador

O primeiro Parâmetro que o extenso estudo sobre a mitigação da proteção do empregado na relação de trabalho apresenta reside, na análise do modelo societário adotado pelo empregador, isso traz ***indício*** contundente sobre se há discrepância entre a condição financeira do reclamante e do reclamado.

Um bom exemplo disso é a análise sobre o tratamento jurídico igual entre uma Sociedade Anônima e um Micro Empreendedor individual, isso poderia acarretar na ceara trabalhista uma inflexibilidade jurídica da questão, ao passo que a condição financeira daquela

sociedade anônima, por suas próprias condições de constituição e manutenção, seria infinitamente superior ao micro empreendedor individual.

Esta ótica diferenciada principalmente para o micro empreendedor individual merece atenção, haja vista que constitui modelo recente criado pela Lei Complementar nº 128/2008, e estipula tratamento diferenciado para aqueles empreendedores que possuem faturamento até R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por mês, ou até R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) por ano.

Este mecanismo foi utilizado para retirar da informalidade inúmeros empreendedores que não possuíam a condição para constituir uma pessoa jurídica nos moldes da Lei nº 10.406/02.

Assim este parâmetro deve ser aplicado nos casos em que se busca a mitigação da proteção do empregado na relação de trabalho, quando o reclamado se trata de um micro empreendedor individual. Este mesmo critério pode ser utilizado ainda para outros modelos societários, mas cabe a advertência da análise de caso a caso, ficando a critério do julgador a proporcionalidade e viabilidade da mitigação.

O presente parâmetro aponta em casos extremos a existência ou não da hipossuficiência, elemento vital para a composição e aplicação do tratamento mais benéfico ao empregado.

É importantíssimo salientar que este critério constitui *indício* de possível redução no tratamento diferenciado a favor do reclamante, deve ser utilizado com cautela, pois, contudo não enseja necessariamente esta redução, o presente parâmetro também não pode ser utilizado de forma isolada, haja vista que não possui elementos independentes aptos por si mesmos a modificar o tratamento diferenciado em prol do empregado.

Mas de todo o modo é um elemento que desperta muita curiosidade, já que cumulado com outros parâmetros pode mitigar a proteção do empregado na reclamação trabalhista, o que descentraliza o pensamento positivista do século XX, e repercute o aspecto histórico das primeiras evoluções jusfundamentais.

### **3.2 Surgimento do binômio hipossuficiência vs tratamento diferenciado do empregador: critério de solução**

Como reforçado pela doutrina, os horizontes da relação de trabalho estão em novo ponto de modificação, ao passo que a leitura da hipossuficiência esta em discussão, é neste sentido que se engaja o presente parâmetro.

Na mais pura razão, o objeto do presente elemento de mitigação da proteção do empregado na ceara trabalhista compreende o surgimento de uma questão muito singela, mas que ganha conotação relevante dentro do estudo sobre a mitigação. Na verdade o binômio entre a hipossuficiência do empregado vs. o tratamento diferenciado do empregador surge com o próprio questionamento sobre a mitigação do princípio da proteção.

Ao passo que, como já visto, a hipossuficiência do trabalhador surge com a gritante diferença econômica entre este e seu empregador, o que é inclusive o principal aspecto histórico ensejando da evolução dos Direitos do Trabalhador.

E agora com este novo aspecto social, qual seja, a evolução e formalização de empregadores que até então eram informais, surgiram novos modelos societários que apresentaram ao mundo jurídico novas formas de regulamentação do empreendedor informal.

O núcleo pulsante deste critério de mitigação reside na verdade, na equidade entre a hipossuficiência e o tratamento diferenciado do empregador na reclamação trabalhista. E neste cabe uma abertura de um parêntese para analisarmos a forma com que o princípio da proteção surge.

O olhar jurídico da hipossuficiência, ou melhor, o olhar sobre o trabalhador esta comprometido a sempre classificá-lo como sendo pobre no sentido jurídico da palavra, ou seja, a proteção do trabalhador surge com a visão de que este sempre carece de boa condição financeira e que o empregador sempre é bem sucedido.

Esta premissa parte sempre da hipossuficiência do trabalhador, e ignora qualquer outra questão, o questionamento reside ai, caminha no sentido a doutrina moderna que reforma este ângulo de visão sobre o trabalhador.

Em termos objetivos, a doutrina altera o ponto de partida para a proteção do trabalhador, e alterou inclusive seu agente, trazendo para a órbita jurídica um novo ponto de

vista, constituindo objeto não só a hipossuficiência do trabalhador, mas como também a análise conjunta sobre condição financeira do empregador.

É nestes termos que a equidade é restabelecida na relação de trabalho, pois até o momento a maior parte da Jurisprudência e até mesmo a Legislação tende a observar apenas a hipossuficiência do trabalhador, ignorando a condição do empregador.

Para esclarecer melhor toda esta questão, olhamos para a exigência do depósito recursal do Art. 899, §1º da Consolidação das Leis do Trabalho. Esta exigência contenta uma flagrante inflexibilidade da demanda em favor do trabalhador.

Talvez pelo próprio elemento temporal em que este foi escrito, mas a dúvida reside na possibilidade de, por exemplo, um Micro Empreendedor Individual respeitar e cumprir tais exigências celetistas para exercer o duplo grau de jurisdição.

A lacuna jurídica de tais elementos é percebida em decisões do Supremo Tribunal Federal, que irá julgar o Recurso Extraordinário (RE) 607447, tangendo a constitucionalidade do presente enunciado prescritivo.

Na verdade a nova ótica sobre a mitigação da proteção do trabalhador deve ser muito exaurida pelas fontes do Direito, visto que é somente através de extensa hermenêutica sobre o tema que se obterá a certeza de que a mitigação da proteção do trabalhador é regime jurídico que deve partir de uma interpretação contextual de cada caso, olhando para ambas as partes, suas características, sua condição de representação jurídica, abolindo qualquer meio que comprometa a equidade forjada nos preceitos constitucionais.

Conclui-se, portanto que o tratamento diretamente proporcional entre a hipossuficiência do trabalhador e a condição financeira do empregador, atribui flexibilidade para a proteção do trabalhador, ao passo que quanto menor a condição financeira do empregador, menor será derivadamente a hipossuficiência do trabalhador.

Partir desta premissa é concluir que esta dosimetria é um parâmetro concreto da mitigação da proteção do trabalhador, haja vista que traz nova roupagem para a ótica sobre a origem da própria hipossuficiência, a qual não surge do trabalhador, mas a *contra sensu*, tem origem na condição financeira do empregador.

Logo, existe neste contexto um erro corriqueiro no pressuposto prático/jurídico, já que o costume é atribuir origem a hipossuficiência do empregado sempre partindo do pressuposto de sua condição financeira, o que é um equívoco de interpretação, pois não há

hipossuficiência trabalhista se não há discrepância financeira entre empregador e empregado, logicamente a origem desta mesma hipossuficiência esta ligada não ao empregado mas ao empregador por sua condição financeira.

Em face disso, indica-se este parâmetro de dosimetria diretamente proporcional como elemento vital para um sistema de balanços e contrapesos, já que é diretamente proporcional a hipossuficiência do empregado e a condição econômica do empregador, torna a nascer outra teoria sendo esta inversamente proporcional, ao passo que quanto menor a hipossuficiência do trabalhador, maior deverá ser o tratamento diferenciado do empregador na ceara trabalhista, através da mitigação da proteção.

Para concluir toda esta extensa questão, há certo ciclo de derivação, no qual a hipossuficiência do trabalhador é proporcional ao nível econômico do empregador, e a mitigação da proteção do trabalhador é inversamente proporcional a esta mesma hipossuficiência do trabalhador.

#### **4 Considerações finais**

Para aqueles que olham para este trabalho e vêem uma afronta aos Direitos até então conquistados pelos trabalhadores, instigo uma reflexão sobre a flexibilidade da proteção do trabalhador, pois, nada no direito é absoluto, nosso momento histórico atual é diferenciado, algo jamais visto anteriormente.

Não se almeja neste trabalho, criar e muito menos extinguir Direitos já constituídos como fundamentais, para a estrondosa maioria da coletividade jurídica, este estudo almeja contribuir para o exercício de questionamento sobre a equidade das partes dentro do certame trabalhista.

A objetividade do presente questionamento esta localizada na flexibilização de um Direito Fundamental considerado absoluto, concreto e inflexível, a maior parte do posicionamento doutrinário jusfundamental trata desta limitação de Direitos Fundamentais como algo delicado.

E este trabalho não foge a regra, indica-se que a limitação do Direito Fundamental da Proteção do Trabalhador exige uma delicada análise jurídica da questão, mas este questionamento não deve ser abandonado por tal delicadeza.

Ao contrário, o presente tema deve servir como elemento de evolução no questionamento e legitimidade do conflito de Direitos Fundamentais, é sem sombra de dúvida um trabalho árduo e que exige precisão cirúrgica daqueles que se atrevem a analisá-lo, além de exigir coragem para afrontar o costume de intangibilidade da proteção do trabalhador, ao passo que este estudo deve desempenhar função catalisadora deste questionamento.

A presente análise do estudo indica que o empregador deve ser incluído no pensamento celetista, ao passo que a dosimetria da hipossuficiência deve partir dos dois pontos da relação de emprego ou de trabalho, deve-se pesar a condição financeira do empregador e a hipossuficiência do trabalhador, pensando a tese de que a condição financeira do empregador deve ser diretamente proporcional a hipossuficiência do empregado, ao passo que quanto maior a condição financeira do empregador maior será a hipossuficiência do trabalhador, isso proporcionará uma equidade cristalina e nestes mesmos moldes proporcionará uma efetividade dos ideais democráticos da questão

Com toda a vênua, o presente estudo convida aqueles que defendem de forma acirrada os Direitos dos Trabalhadores a refletir sobre as consequências da decisão judicial que não pondera os pontos de mitigação da proteção do trabalhador.

Isso sem sombra de dúvida afugentará qualquer viabilidade de crescimento econômico e ousar ir além, este tipo de irrelevância sobre a questão da mitigação desencadeará em uma crise de empregos no sistema capitalista, fundamento isso com base no silogismo jurídico compreendido no art. 170 da CRFB.

Em razão do medo instaurado na ordem econômica face ao “terrorismo” com que a irrelevância desta flexibilidade pode proporcionar isso põe em cheque inclusive a ordem econômica e o emprego em si mesmo, pois com tais consequências jurídicas torna-se inviável qualquer tipo de empreendimento econômico dentro do país.

Assim o presente estudo convida seus interlocutores a refletirem sobre o tema, faz um convite para pensarem e delinearem os novos rumos do Direito do Trabalho neste sentido.

## **The mitigation of fundamental guarantees for the protection of workers in workplace relations**

**Abstract:** This study presents two methodological steps to discuss the mitigation of worker protection. The first step seeks to understand its historical aspect; to justify the concepts established after the industrial revolutions and to instruct the search for the essence of the topic through Law, which are Legislation, Jurisprudence, Doctrine and Custom. In this sense, this study provides insight into how the mitigation of worker protection needs to be refined, and also encompasses a problem about its own essence and the theme's legitimacy. Furthermore, the second methodological step presents potential solutions to problems caused by the absence of equity in workplace relations, indicating two main parameters for the mitigation of such protection. In its conclusion, the study invites its interlocutors to reflect on both the consequences of every thought brought forth during its course and the future of Labor Law in this respect.

**Keywords:** Labor Law. Principle of Protection. Fundamental Rights.

### **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO NETTO, Menelick. **A sanção no procedimento legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do Direito**: definição e conceitos básicos. 4. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GRANDINETTI, Adriana. **O papel do Poder Judiciário na ponderação de princípios fundamentais**. Curitiba: Revista Bonijuris, 2007.

HABERMAS, Jürgen. Constitutional Democracy: A paradoxical union of contradictory principles? **Political Theory**, [S.l.], v. 29, n. 6, p. 766-781, dez. 2001.

\_\_\_\_\_. **Era das transições**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. São Paulo: Edição Martin Claret, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura das normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KÜMPEL, Vitor Frederico. **Introdução ao estudo do Direito**. São Paulo: Método, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **História do Direito**. 5. ed. São Paulo: Nexos, 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de Direito. Tradução Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no Direito**: do século XX à pós-modernidade. Tradução Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. v. 3.

NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do Direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Marcelo A. de Cattoni. **Teoria da Constituição**. 1. ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

\_\_\_\_\_. **Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico.** São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Lições preliminares de Direito.** São Paulo: Saraiva, 2009

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Ideias para a reforma da legislação do trabalho. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XXV, n. 82, jun. 2005.

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho.** Tradução Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Otávio Pinto e. A nova face do Direito do Trabalho: tecnologia, desemprego, trabalho autônomo e trabalho informal. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XXV, n. 82, jun. 2005.

□ Recebido: abril/2014. Aprovado: maio/2014.

