



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

EDUARDO ROCHA BÉLICO

**DIREITO DO TRABALHO E PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO: A
(IM)POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO NA SEARA
LABORAL**

Salvador
2016

EDUARDO ROCHA BÉLICO

**DIREITO DO TRABALHO E PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO: A
(IM)POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO NA SEARA
LABORAL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Profa. Adriana Brasil Vieira Wzykowski

Salvador
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

EDUARDO ROCHA BÉLICO

**DIREITO DO TRABALHO E PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO: A
(IM)POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO NA SEARA
LABORAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2017

Aos

meus pais André e Tereza, pelo apoio incondicional ao longo da minha formação e do meu desenvolvimento pessoal enquanto indivíduo, assim por todo o amor e carinho dados a todo momento.

À minha irmã, meus avós maternos e meus amigos, pela presença nos momentos de alegria e dificuldade.

À minha orientadora, Adriana Wyzykowski, por todo o apoio e acompanhamento, sem os quais não seria possível completar o presente trabalho.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, por me apoiarem ao longo de toda minha jornada acadêmica, prestando auxílio muito além do que qualquer pessoa poderia esperar. Agradeço não apenas pelo amparo financeiro e demais encargos dos estudos acadêmicos, mas principalmente por sua contribuição na minha formação enquanto pessoa, enquanto cidadão. Por todo o apoio moral e o afeto, ambos indispensáveis.

Agradeço, ainda, à minha irmã, por estar lá nos momentos de maior necessidade, sendo, constantemente, uma verdadeira amiga.

Aos meus avós maternos, sempre preocupados e interessados na minha formação, prestando a todo momento qualquer forma de auxílio que precisasse.

Aos amigos que fizeram parte da minha vida acadêmica, em especial Leonardo e todos aqueles que estiveram presentes em momentos cruciais, se mostraram verdadeiros companheiros.

Agradeço, por fim, à minha orientadora, Adriana, por toda a paciência, atenção e auxílio prestados. Por sua preocupação com o desenvolvimento do trabalho, mostrando-se presente nos momentos de necessidade, até mesmo quando enfrentava enfermidades ou não dispunha do tempo necessário.

“São as nossas escolhas que revelam o que realmente somos, muito mais do que as nossas qualidades”.

J. K. Rowling

RESUMO

O presente trabalho busca investigar a possibilidade de ocorrer a flexibilização na seara laboral, analisando-se, para isso, o instituto da autonomia privada na formação do contrato de trabalho e diante da relação empregatícia. Busca, por meio deste, compreender os limites e como se desenvolve a vontade das partes em face da relação de emprego, estudando o desequilíbrio existente na disposição das forças do contrato. Propõe analisar, ainda, a tutela fornecida ao trabalhador pelo Estado, assimilando as transformações históricas e sociais do Direito do Trabalho e como isso influenciou a disposição dos atores da relação empregatícia. Diante disso, almeja reconhecer o caráter dos direitos trabalhistas enquanto direitos sociais e pontuar a importância basilar que o Princípio da Proteção desempenha no ordenamento trabalhista. Apresenta, ainda, como funciona a autonomia privada e sua evolução, estudando sua relação com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, assim como a função social que o referido instituto vem a desempenhar. Neste processo, revela-se de vital importância perceber que deve a autonomia das partes ser adequada à Constituição Federal e à legislação infraconstitucional, devendo-se, da mesma forma, analisar sua relação com os princípios do ordenamento. Uma vez compreendido como funcionam separadamente a proteção ao trabalhador e a autonomia privada, busca-se enfrentar a possibilidade flexibilizadora no direito trabalhista. Para que se alcance esse objetivo, há que se diferenciar desregulamentação de flexibilização, perpassando pelos fundamentos e aspectos da flexibilização, para que, enfim, seja ela analisada diante do protecionismo e demais direitos fundamentais do trabalho. Por fim, cria-se a proposta de perceber a existência da flexibilização em situações fáticas no direito brasileiro e se percebe a possibilidade ou não de compatibilização entre a autonomia privada e a proteção.

Palavras-chave: autonomia privada; constituição; dignidade da pessoa humana; flexibilização; proteção; trabalhador.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
art.	artigo
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
FAT	Fundo de Amparo ao Trabalhador
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
OIT	Organização Internacional do Trabalho
PPE	Programa de Proteção ao Emprego
séc.	século
STF	Supremo Tribunal Federal
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 OS DIREITOS TRABALHISTAS SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO	14
2.1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO	14
2.2 OS DIREITOS TRABALHISTAS COMO DIREITOS SOCIAIS	16
2.3 O DESEQUILÍBRIO EXISTENTE NA RELAÇÃO DE EMPREGO	19
2.3.1 A Subordinação na Relação de Emprego	20
2.3.2 Fragilidade do Empregado	23
2.4 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E DEMAIS PRINCÍPIOS TRABALHISTAS	25
2.4.1 Papel dos Princípios Trabalhistas na Construção da Proteção	26
2.4.2 Princípio da Proteção	30
2.4.2.1 Princípio do <i>in dubio, pro operário</i>	33
2.4.2.2 Princípio da Norma Mais Favorável	34
2.4.2.3 Princípio da Condição Mais Benéfica	37
2.4.2.4 Interpretação Crítica sobre o Princípio da Proteção	39
3 A AUTONOMIA PRIVADA FACE A RELAÇÃO DE EMPREGO	41
3.1 NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE AUTONOMIA PRIVADA	41
3.1.1 A Autonomia	43
3.1.2 A Vontade	44
3.1.3 A Autonomia da Vontade	45
3.1.3.1 O Evoluir da Autonomia da Vontade	46
3.1.3.2 O Declínio do Conceito Clássico	48
3.1.4 A Autonomia Privada	50
3.2 LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA	51
3.2.1 A Autonomia Privada como Instrumento de Concreção do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	54
3.2.2 Autonomia Privada e a Função Social	58
3.3 ADEQUAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL E À LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO DO TRABALHO	60
3.4 AUTONOMIA PRIVADA DIANTE DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO	68

4 FLEXIBILIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO: POSSIBILIDADES E LIMITES NECESSÁRIOS	72
4.1 SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE FLEXIBILIZAÇÃO	73
4.1.1 Desregulamentação e Flexibilização	75
4.1.2 Flexibilização Autônoma e Flexibilização Heterônoma	77
4.2 FUNDAMENTOS DA FLEXIBILIZAÇÃO	79
4.2.1 Aspectos Constitucionais	81
4.2.2 Flexibilização e Princípios Constitucionais	86
4.2.3 Flexibilização e Princípios Trabalhistas	88
4.3 FLEXIBILIZAÇÃO DIANTE DO PROTECIONISMO	91
4.4 FLEXIBILIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO	96
4.4.1 Alteração do art. 618 da CLT	97
4.4.2 Programa de Proteção ao Emprego (PPE) e o Regime de <i>Lay-Off</i>	100
4.5 COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE AUTONOMIA PRIVADA, PROTEÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO: POR NOVAS FORMAS DE FLEXIBILIZAÇÃO	103
6 CONCLUSÃO	106
REFERÊNCIAS	112

1 INTRODUÇÃO

É de amplo conhecimento que a liberdade é um conceito que nasce junto ao ser humano. Diante dessa premissa, entende-se que, para que possa viver em sociedade, o homem terá restrições impostas às suas liberdades, sendo este um dos papéis do direito.

Ocorre que, a partir do momento que a liberdade passa a ser vista como um direito fundamental, não terá o direito apenas um papel limitador, assumindo, da mesma forma, um caráter de efetivação de liberdades.

Na seara trabalhista, é possível se enxergar essas liberdades através do exercício da autonomia privada, momento no qual são exercidas as vontades das partes para a formulação dos contratos.

Em meio ao Estado liberal clássico, chega ao ápice o entendimento de que, através do exercício de suas vontades, os particulares têm poder para regular as relações em que fazem parte, caracterizando-se, assim, a autonomia privada nas relações individuais.

Chegada a Revolução Industrial, a plena autonomia privada proporcionou um impulso na economia, mas, para muitos, o desenvolvimento industrial impossibilitou a efetivação dos seus direitos de liberdade. Como o Estado não podia mais garantir os direitos básicos de seus representados, se passa a enxergar os direitos trabalhistas como verdadeiros direitos fundamentais sociais.

Agora, diante de uma esfera protetiva, a intervenção estatal, acobertada pelo Direito do Trabalho, passa a reconhecer o desequilíbrio na relação de emprego, utilizando de suas ferramentas legais e constitucionais para efetivar os direitos do trabalhador.

Com a compreensão de que a relação de emprego é desequilibrada, apresentando em um dos seus polos o empregador, detentor do poder econômico e social, e no outro o trabalhador, como parte fragilizada da relação, torna-se preciso entender que o Direito do Trabalho é amparado por uma série de princípios, em especial o Princípio da Proteção.

Em face da relação desigual decorrente do contrato de trabalho, o Princípio da Proteção fica concebido como um dos principais pontos de amparo ao trabalhador, auxiliando-o tanto na esfera individual quanto na coletiva.

Nesse ponto, observa-se que o desnível da relação empregatícia não advém somente dos deslindes sociais e econômicos, sendo, de outras formas, influenciado também pelos poderes que o empregador revela na relação. Há uma subordinação historicamente construída, mas que ainda atinge o empregado de maneiras diversas que variam com o caso concreto.

Existe uma fragilidade, ainda, no que tange a própria condição do trabalhador, esse que, por muitas vezes, carece de informações necessárias, de um efetivo apoio do Estado ou até mesmo de outros fatores externos que diminuam a sua influência no desenvolver da relação de emprego.

Considera-se, entretanto, que o princípio protetor vai além de buscar a efetiva proteção da parte hipossuficiente, apresentando como fim o equilíbrio das partes na relação.

Busca-se esse equilíbrio não apenas com um princípio, mas sim com todo o apoio dos princípios constitucionais e infraconstitucionais, tendo sempre, como princípio norteador, a Dignidade da Pessoa Humana.

É fundamental o seu estudo e compreensão, na medida em que poderá esse instituto limitar em inúmeros meios a relação negocial, como poderá, ainda, se revelar como meio de efetivação de garantias fundamentais, visto a sua importância no ordenamento.

Entretanto, com a proteção principiológica advinda da Constituição Federal de 1988, passa a se questionar os limites da autonomia privada na relação de emprego, atacando a possibilidade de flexibilização das normas trabalhistas no ordenamento moderno.

Importante é ressaltar, da mesma forma, que a autonomia privada não é apenas uma expressão de uma norma ou de um dispositivo, mas sim a manifestação do poder de criar normas jurídicas, é a exteriorização da vontade das partes com o amparo jurídico.

De um lado, o caráter das liberdades individuais nos contratos deve ser respeitado através da autonomia privada, enquanto, do outro o princípio protetivo exerce seu papel no amparo à parte débil do contrato. Revela-se aqui uma aparente conflito, que, em primeira vista, impossibilitaria uma aplicação pacífica de um diante da existência do outro.

É a partir daí que se passa a questionar sobre a existência de meios para que autonomia privada e o princípio da proteção possam coexistir em um mesmo ordenamento.

Surge, a partir de então, a noção de que não podem os princípios figurarem como absolutos, uma vez que não se pode conceber que uma garantia fundamental seja suprimida por outra, devendo existir um espaço maleável para se ajustar os referenciais teóricos no campo prático.

No momento em que os princípios passam a funcionar como reais guias do direito trabalhista brasileiro, torna-se essencial utilizá-los na análise da possibilidade ou não da flexibilização, encarando as devidas problemáticas acerca do tema. Assim, desenvolve-se o discurso para a própria legislação trabalhista e, em seu cerne, sobre o contrato de trabalho.

Mas, evidentemente, não se pode imaginar que a noção de flexibilizar nasce somente diante da presente situação. Verifica-se a flexibilização do processo de globalização e das mudanças na economia e, conseqüentemente, na empresa que vieram com ela.

Nasce, assim, da necessidade de se encontrar meios que permitam a continuação do funcionamento da empresa diante das novas exigências do mercado de trabalho e dos novos meio de produção, sem que, nesse caminho, se atrepele o trabalhador e seus direitos. Nesse sentido, é possível ver a flexibilização como um meio de manter, inclusive, a própria condição de empregado.

Ainda que se demonstre um discurso de mudanças e inovações, o que se propõe não são alterações desreguladas e desproporcionais na legislação, mas sim meios que permitam a adequação de uma legislação construída em específico momento histórico à nova face do direito e aos casos concretos.

Não se está dizendo, com isso, que deverão ser abandonados os textos legais e constitucionais, muito pelo contrário. A proposta flexibilizadora vai além, na medida

em que toma como base, em diversos momentos, a própria Constituição Federal, permitindo que as partes negociem melhores condições sobre os contratos de trabalho e, por consequência, do bem-estar do trabalhador.

Para tanto, o presente estudo se propõe a analisar o papel do Princípio da Proteção no Direito do Trabalho, passando pela noção de direitos trabalhistas como direitos sociais e compreendendo como se desenrola a fragilidade do trabalhador diante da relação de emprego.

Da mesma forma, dispõe-se a destrinchar o instituto da autonomia privada, perpassando pelo conceito de vontade até se chegar no conceito pretendido. A partir daí, realizando uma análise com base nos princípios e direitos fundamentais sobre a autonomia privada para compreender como se relaciona com o princípio protetor.

E, através dos conhecimentos construídos, estudar a possibilidade de flexibilização na seara laboral diante do Princípio da Proteção, observando, no caminho, sua relação com a Carta Magna e com a legislação trabalhista.

2 OS DIREITOS TRABALHISTAS SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Percebe-se, inicialmente, que, como um fenômeno dinâmico, o direito se desenvolve de acordo com os fatos que ocorrem na vida social e com os valores que compõem a evolução das ideias. A partir de um intenso processo de atividade, valores e fatos se envolvem formando estruturas normativas, que vem a ser confirmadas não apenas no âmbito geral do direito, como também no Direito do Trabalho. Surge ele, como consequência da questão social precedida pela Revolução Industrial do século XVIII e da reação humanista que surgiu em seguida para garantir a dignidade do ser humano em face ao trabalho desempenhado nas indústrias¹.

Diante dos efeitos produzidos pelo capitalismo e das precárias condições de infraestrutura social, surge a discussão acerca do empobrecimento dos trabalhadores e insuficiência da indústria. Se passa a perceber, então, os desníveis entre as classes sociais de maneira bastante evidente, sendo necessário analisar mais profundamente o problema social que ai se instaurava².

Por essa razão, torna-se necessário assimilar não somente como se deu a evolução do Direito do Trabalho na história, como também o papel que passou a representar na sociedade.

2.1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

Sugere-se que os primeiros trabalhos foram os da Criação, conforme sugere a doutrina cristã, onde se afirmava que o homem estava condenado a trabalhar para remir o pecado original e resgatar a dignidade que perdera diante de Deus. Nessa primeira noção, então, o trabalho é visto como sinônimo de pena, só passando a adquirir uma valorização como atividade humana a partir da visão hebraica³.

¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.33 *et seq.*

² *Ibidem*, p.35.

³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8.ed.São Paulo: LTr, 2012, p.43.

A partir da Antiguidade Clássica, o trabalho passa a assumir um sentido material, com o trabalhador reduzido a coisa, o que tornou possível a escravidão. Proveniente de um número de fatores, a escravidão retirava do homem a posse de si mesmo, sendo aos escravos confiados os trabalhos manuais, enquanto os homens livres dedicavam-se ao pensamento e à contemplação⁴.

Apenas com a Idade Média cai a relevância do trabalho escravo, uma vez que, diante de uma economia agrária, o trabalho nos feudos era confiado ao servo, que ainda que tivessem uma vinculação similar à do escravo, já eram reconhecidos como pessoa. Essa noção ganha ainda mais ramificações com o crescimento do poderio da Igreja, se passa a ter uma noção de trabalho como dignificação do homem, o que foi importante para conceber o homem em sua dignificação pessoal e não mais sobre o coletivo⁵.

A medida que a sociedade se desenvolvia, foi introduzida a ideia de valor ao trabalho, chegando ao ponto em que as noções de salário e proteção de interesses passaram a integrar essa relação e sendo o trabalho visto como fonte de riquezas⁶.

A revolução industrial do séc. XVIII foi, assim, um dos grandes marcos do Direito do Trabalho, resultando, entre outras coisas, na divisão do trabalho e na especialização. Nesse período, a fábrica passa a figurar como ponto de aglomeração das massas operárias, ou seja, do proletariado, os cidadãos de classe mais baixa que, diante da imposição das condições de trabalho pelo empregador, com excessivas jornadas de trabalho, exploração de mulheres e menores e a insegurança em relação ao trabalho, sofreram com a indignidade do trabalho subordinado sem efetivos meios para sua proteção⁷.

Surge, assim, o Direito do Trabalho como produto do capitalismo, atado à própria evolução histórica desse sistema. Vem esse importante fenômeno como ferramenta para retificar as distorções econômico-sociais e civilizar a relação de poder criada no

⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8.ed. São Paulo: LTr, 2012, p.43 *et seq.*

⁵ *Ibidem*, p.44.

⁶ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p.30.

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.42*et seq.*

âmbito da sociedade civil. Dispõe-se ainda a fixar controles e buscar eliminar as formas mais perversas de utilização da força de trabalho pela economia⁸.

A partir deste marco, o Estado deixa de se abster e passa a intervir nas relações de emprego, impondo limitações à liberdade das partes, tendo em vista a proteção do trabalhador, através de uma legislação proibitiva de abusos do empregador para preservar a dignidade do homem no trabalho⁹.

O Direito do Trabalho surge, deste modo, como produto da história e da sociedade, sofrendo a noção de trabalho inúmeras mutações até se chegar a um entendimento de que o direito trabalhista e o trabalhador devem ser protegidos como verdadeiras garantias do ser humano.

2.2 OS DIREITOS TRABALHISTAS COMO DIREITOS SOCIAIS

Na seara trabalhista, outro ponto de discussão acerca do Princípio da Proteção recai sobre a influência dos direitos fundamentais do trabalhador como limitadores da liberdade contratual.

Destaca-se, primeiramente, que o regime jurídico das liberdades protege tanto as pessoas naturais, brasileiros ou estrangeiros no território nacional, como as pessoas jurídicas, devido ao direito à existência, à segurança e aos remédios constitucionais¹⁰.

É, da mesma forma, necessário perceber que deve ser estabelecida uma proteção aos direitos fundamentais do indivíduo, englobando diferentes espécies de direitos e a diversidade da pessoa humana, pois, apenas dessa maneira, será efetivamente protegida a dignidade da pessoa humana em face ao Estado Democrático de Direito¹¹.

Terá, então, o Direito do Trabalho, embasamento constitucional na limitação da autonomia, se utilizando até mesmo dos direitos fundamentais na proteção ao

⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14.ed. São Paulo: LTr, 2015, p.87.

⁹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p.31.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.83.

¹¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.24 *et seq.*

trabalhador. Naturalmente, a aplicação desses direitos deverá ser relativa, vez que não pode ser revestida como escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas. Não basta, de mesma forma, que existam leis para se legitimar a intervenção sobre os direitos e liberdades individuais, devendo as restrições ser adequadas e justificadas pelo interesse público, falando-se de uma real proporcionalidade¹².

Percebe-se, para tanto, que o papel limitador da intervenção estatal no que tange a proteção de direitos é essencial, sendo indispensável compreender, em meio a tal fato, o caráter de direitos sociais dos direitos trabalhistas.

Cabe, aqui, ressaltar que, desde seu reconhecimento, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações concernentes a seu conteúdo, titularidade, eficácia e efetivação. Nesse ponto, costuma-se falar em três dimensões desses direitos, existindo até mesmo entendimentos sobre outras três dimensões. Os direitos fundamentais de primeira dimensão são o produto do pensamento liberal burguês, apresentando um cunho individualista e se relacionam ao princípio da liberdade, enquanto os direitos fundamentais de segunda geração decorrem do impacto da industrialização e dos graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, caracterizando-se eles por direitos a prestações sociais estatais, mais ligados ao princípio da igualdade. Já os direitos fundamentais de terceira dimensão se relacionam à proteção de grupos humanos como direitos de titularidade coletiva, ou seja, ligados à fraternidade e à solidariedade¹³.

No tocante ao Direito do Trabalho, os direitos fundamentais de segunda dimensão, os chamados direitos sociais, são aqueles que apresentam maiores repercussões. Engloba essa dimensão a liberdade de sindicalização, o direito de greve e o reconhecimento dos direitos fundamentais aos trabalhadores, o que representa um importante marco na seara laboral¹⁴.

Os direitos sociais englobam um conjunto de faculdades através das quais pode o indivíduo solicitar, do Estado, direitos de cunho prestacional e até de abstenção, detendo eles um caráter de busca por efetivação. Deve o Estado, por intermédio dos direitos sociais, superar as desigualdades fáticas e situações ofensivas à dignidade,

¹² MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.46 *et seq.*

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p.45 *et seq.*

¹⁴ *Ibidem*, p.48.

utilizando-se das disposições constitucionais, chamados estes de direitos sociais originários, além das regulamentações legais e administrativas, sendo elas as formadoras do direito social derivado¹⁵.

O caráter intervencionista do Estado, assim, tem seus alicerces na legislação constitucional e infraconstitucional, demonstrando uma preocupação com a efetivação de direitos sociais. Similarmente, apresentam os direitos trabalhistas o mesmo caráter de efetivação na medida que dosam o natural desequilíbrio que se instaura desde a formação da relação de emprego.

É nessa perspectiva que se pode ver os direitos trabalhistas como direitos fundamentais de segunda dimensão, aqueles direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados¹⁶. A noção aqui trabalhada é a de que o Estado passa a ter uma função prestacional também diante dos direitos trabalhistas, pois, como direitos sociais, há uma necessidade subentendida de se efetivar determinadas garantias.

Neste sentido, disciplina George Marmelstein acerca da distinção entre direitos de primeira e segunda geração:

Os direitos de primeira geração tinham como finalidade, sobretudo, possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios públicos. Já os direitos de segunda geração possuem um objetivo diferente. Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhores qualidade de vida e um nível de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda geração funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade¹⁷.

A necessidade de se tratar os direitos trabalhistas como direitos sociais surge exatamente devido a disparidade de forças que se verifica na relação de emprego. Mas para que tal assimetria seja concebida, é indispensável compreender alguns preceitos básicos dessa relação.

¹⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.64 et seq.

¹⁶ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.46.

¹⁷ *Ibidem*, p.48.

2.3 O DESEQUILÍBRIO EXISTENTE NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Ainda que esteja permeada pela proteção dos direitos fundamentais, a relação trabalhista é marcada, em seu cerne, por características inerentes à formação do contrato de trabalho, através das quais se observa o latente desequilíbrio entre as partes, que traz a necessidade de uma postura de intervenção estatal.

Justifica-se essa questão exatamente pelo fator histórico pelo qual o Direito do Trabalho se desenvolveu. Com o crescimento da indústria e com o conseqüente aumento da demanda pela força de trabalho, o trabalhador não vê outra escolha senão adentrar as exaustivas linhas de trabalho para fornecer o seu sustento e o de sua família, fator esse que levou ao nascimento do proletariado. A partir daí, o trabalhador ficava sujeito às imposições do empregador e as precárias condições de trabalho¹⁸.

A revolução industrial acarretou mudanças no setor produtivo e deu origem à classe operária, trazendo uma série de transformações sociais, onde o Estado passou a intervir nas relações de trabalho para assegurar o bem comum. Ainda assim, o trabalhador foi incorporado a grupos profissionais e manteve-se uma noção mais de subordinação ao empregador, ainda que mais leve do que a verificada no período industrial¹⁹.

Assim sendo, com a formação do contrato de trabalho, inúmeras disposições e regras são estabelecidas pelo Estado como forma de assegurar a igualdade material na relação de emprego e objetivando alcançar o ideal de justiça social. Tal direcionamento se dá pela histórica posição inferior na qual se encontra o empregado diante do empregador ao se analisar a relação empregatícia²⁰.

Diante do presente quadro, nota-se que a relação de emprego não é construída apenas com as situações fáticas e sociais atuais, como também tem suas bases no próprio desenvolvimento histórico, econômico e social das posições do trabalhador e do empregador. Nesse sentido, o contrato de trabalho acaba se formando com uma

¹⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.38 *et seq.*

¹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8.ed.São Paulo: LTr, 2012, p.52 *et seq.*

²⁰ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p.138.

prejudicial tendência sobre o trabalhador, colocando-o em uma situação fragilizada, a qual exige maiores considerações.

2.3.1 A Subordinação na Relação de Emprego

Caracteriza-se a relação de emprego através de cinco principais elementos: a prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer, prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador, também efetuada com não eventualidade, sob subordinação ao tomador, além da onerosidade²¹.

Ao se compreender que o empregado deverá ser pessoa física, é possível, dessa forma, perceber que o Direito do Trabalho estabelece normas jurídicas em proteção da pessoa humana do trabalhador, sendo o veículo que vem a garantir o preceito maior de dignidade nas relações de trabalho²². Há que se ressaltar, que na realidade concreta, é possível que o empregador oriente o fornecedor da mão de obra a constituir uma empresa, o que resulta na descaracterização da relação de emprego e a pessoa jurídica é utilizada em substituição ao contrato de trabalho para potencializar lucros e resultados financeiros, livrando-se, assim, de encargos decorrentes das relações trabalhistas. A esse fenômeno se dá o nome de pejetização, mas se for demonstrado que o serviço diz respeito tão somente a uma pessoa física, surge o elemento da relação empregatícia²³.

Diretamente ligada à obrigatoriedade de pessoa física, se encontra a pessoalidade, um elemento fático-jurídico aferido na relação jurídica concreta formulada entre as partes. Incide tal elemento apenas sobre o empregado, trazendo à prestação do trabalho pela pessoa natural um efetivo caráter de infungibilidade. Deste modo, a relação jurídica formada entre as partes na relação de emprego será *intuitu personae* em relação ao prestador de serviços, que não poderá, em regra, se fazer

²¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14.ed. São Paulo: LTr, 2015, p.299.

²² GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p.148.

²³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, 2015, p.301.

substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da prestação dos serviços pactuados²⁴.

Deverá, ainda, a relação trabalhista ser permeada pela não eventualidade, o que implica dizer que será o trabalho, em primeira análise, habitual. Pode-se dizer, entretanto, que o elemento da não eventualidade também será a prestação dos serviços ligados às atividades regulares do trabalhador²⁵, assim como, pode significar, ainda, a fixação do empregado em certa fonte de trabalho, que toma os seus serviços²⁶.

Talvez um dos mais relevantes elementos da relação jurídica trabalhista, a subordinação, em seu sentido lato, é a limitação da autonomia diante de uma exigência de ordem e proteção, enquanto no sentido estrito do direito trabalhista há uma atenuação em relação ao que representava na sociedade industrial. Em razão do respeito aos direitos do homem na sociedade contemporânea, a subordinação, deixa de ser uma sujeição pessoal e passa a exprimir uma relação entre empregado e empregador, tendo por objeto a energia do trabalho²⁷.

Entende-se, portanto, que, a partir da subordinação, a prestação dos serviços deverá ser feita de forma dirigida pelo empregador, ou seja, atuará ele com seu poder de direção, o poder que o permite determinar como serão as tarefas exercidas por seus empregados. Assim, inserido na organização da atividade do empregador, deverá o empregado seguir todas as determinações e orientações, dentro dos limites legais²⁸.

²⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14.ed. São Paulo: LTr, 2015, p.301 *et seq.*

²⁵ Para que haja a relação empregatícia, é necessário que o trabalho prestado tenha caráter de permanência. Contudo, o conceito de não eventualidade é um dos mais controvertidos do Direito do Trabalho, existindo distintas teorizações da doutrina com o fim de precisar com maior clareza o exato sentido da expressão. Nesse quesito, a teoria da descontinuidade considera eventual o trabalho com rupturas e espaçamentos temporais significativos com o tomador de serviços. Por outro lado, para a teoria do evento o trabalhador eventual é aquele admitido na empresa em virtude de um determinado e específico fato, acontecimento ou evento, ensejador de certa obra ou serviço. A teoria dos fins do empreendimento informa que eventual é o trabalhador chamado a realizar tarefas não esporádicas e de estreita duração na empresa, enquanto a teoria da fixação jurídica ao tomador de serviços afirma ser eventual o trabalhador que não se fixa a uma fonte de trabalho. (DELGADO, 2015, p.302 *et seq.*)

²⁶ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p.148.

²⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 575 *passim*.

²⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Op. cit.*, 2015, p.148.

Existem, entretanto, casos em que os poderes do empregador não são exercitados, mas nem por isso deixa de existir uma relação de trabalho subordinado. Contudo, se viesse a faltar o exercício contínuo das funções de comando e direção, não haveria a subordinação, não existindo a relação empregatícia²⁹.

Já se reconhece, hoje, que a subordinação tem natureza jurídica de fenômeno derivado do contrato estabelecido entre trabalhador e tomador de serviços. Como qualquer outro fenômeno, tem sofrido ajustes e adequações ao longo dos últimos séculos, destacando-se três dimensões principais acerca desse fenômeno. A primeira, a subordinação clássica, consiste na situação jurídica derivada do contrato de trabalho através da qual o trabalhador se compromete a acolher o poder de direção empresarial a respeito da prestação dos serviços. Caracteriza-se, assim, pela dimensão original da subordinação, através da qual se verifica a intensidade das ordens proferidas pelo tomador³⁰.

A subordinação objetiva, por sua vez, se manifesta pela integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento. Fica, portanto, vinculada a um critério exclusivamente objetivo e, por meio dele, a integração do obreiro e seu labor aos objetivos da empresa é ponto decisivo da subordinação. Há, por fim, a subordinação estrutural, expressada pela inserção do trabalhador na dinâmica e funcionamento do tomador de seus serviços, mesmo que não chegue a receber ordens diretas³¹.

Há, ainda, a onerosidade, requisito esse que é depreendido do entendimento de que a relação empregatícia é uma relação de essencial fundo econômico. Ao valor econômico da força de trabalho disposta ao empregador, deve corresponder uma contrapartida econômica em benefício do trabalhador, essa que se verifica no complexo de verbas pagas ao empregado pelo empregador como forma de contraprestação aos serviços prestados, o que se pode colocar como o pagamento de verbas trabalhistas³².

O que se trata aqui é de uma relação interpessoal que apresente todos os elementos fáticos que possuam relevância jurídica. Cria-se, através destes elementos, um verdadeiro vínculo entre empregado e empregador que deve ser

²⁹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 17.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p.137.

³⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14.ed. São Paulo: LTr, 2015, p.314 *et seq.*

³¹ *Ibidem*, p.315 *et seq.*

³² *Ibidem*, p.307.

regulado pelas normas jurídicas e princípios para que os direitos e deveres de ambas as partes sejam respeitados. Nessa relação, a subordinação representa papel essencial com seu evidente caráter multidimensional, relativizando as normas restritivas de direitos sociais e fundamentais.

2.3.2 Fragilidade do Empregado

Ocorre que, desse vínculo, se passa a falar em um desequilíbrio na relação de emprego, o qual se torna ainda mais evidente através da subordinação, onde o empregado presta serviços ao empregador, submetendo-se, assim, ao seu poder diretivo, ao que se chama de subordinação jurídica. Fundamentado pelo art. 2º, caput³³, da CLT³⁴, o poder diretivo é aquele que autoriza o empregador a organizar, controlar e disciplinar a prestação de serviços pelo empregado, que fica em situação de subordinação ao empregador³⁵.

Distribui-se o poder diretivo em poder de organização, que é aquele que permite ao empregador organizar o seu empreendimento; poder de controle, que possibilita que o empregador gerencie a atividade laboral; e poder disciplinar, que dá ao empregador a faculdade de aplicar penalidades ao empregado que não seguir as regras impostas à atividade alvo da relação de emprego³⁶.

Funcionam os mencionados poderes como ferramentas para a efetivação do poder de direção do empregador, sendo, concomitantemente, instrumentos que auxiliam no desequilíbrio das forças entre empregado e empregador. Vale relembrar, que, ainda que o poder diretivo represente um desnível na externalização da autonomia dos sujeitos da relação empregatícia, são inúmeras as influências que criaram e ainda causam impacto no balanço das forças do trabalho, principalmente no tocante aos fatores históricos e sociais absorvidos pelo Direito do Trabalho. Faz-se

³³ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

³⁴ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 27 mai. 2016.

³⁵ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p.357 *et seq.*

³⁶ *Ibidem, loc. cit.*

necessário, diante disso, tratar da fragilidade que o empregado desenvolve em meio a relação de emprego.

O primeiro esboço recai sobre o reconhecimento das inferioridades que estão ligadas ao empregado, as quais se entendem como a inferioridade-constrangimento, inferioridade-ignorância e a inferioridade-vulnerabilidade. Enquanto a inferioridade-constrangimento atinge diretamente o consentimento do contratante fraco na expressão de sua liberdade, a inferioridade-ignorância reconhece que o empregado carece dos conhecimentos técnicos, não dispondo das informações necessárias à efetivação de seus direitos. Já a inferioridade-vulnerabilidade é a que coloca o empregado em papel subordinado ao poder do empregador³⁷.

Desses modelos de inferioridade, concebe-se que faltam ao trabalhador informações sobre as condições de admissão, assim como as características do serviço com ele contratado. O ideal seria que o consentimento por ele ofertado fosse carregado pelo inteiro conhecimento da causa, em especial quando se fala do contrato, que pode não garantir ao trabalhador um emprego duradouro e permanente³⁸.

Outra questão preocupante em relação a isso é o posicionamento que o empregador pode adotar face às referidas inferioridades do trabalhador, pois, mesmo que este último já esteja em certa desigualdade, pode o empregador tomar vantagem disso e se utilizar de ferramentas diversas para ludibriar e se aproveitar do hipossuficiente, como ocorre em muitos casos no plano prático.

Destarte, fica evidente uma vulnerabilidade da parte do assalariado, ficando sua própria pessoa implicada na execução do contrato. Figura, ainda, a vulnerabilidade como consequência do modelo clássico de subordinação em que o contrato coloca o obreiro, sendo necessário que a proteção ao trabalhador se desenvolva para limitar a subordinação somente à prestação do serviço e para garantir o respeito à pessoa e à suas liberdades³⁹.

Há que se entender, após essa reflexão, que não é a relação em si que priva o sujeito subordinado de suas liberdades, vez que pode existir uma colaboração com a autoridade superior. Para isso, é necessário que seja a subordinação executada

³⁷ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1997, p.22 et. seq.

³⁸ *Ibidem*, p.23.

³⁹ *Ibidem*, p.24.

diante do seu caráter moderno e multidimensional, reconhecendo-se as novas formas de subordinação, e que o Princípio da Proteção auxilie na garantia dos direitos do trabalhador para que seja possível se falar em subordinação em um sentido social⁴⁰.

Com o desnivelamento das forças na relação de emprego, o empregado se encontra desmunido para defender seus interesses, demonstrando verdadeira hipossuficiência para tutela de seus direitos individuais. E são os princípios do Direito do Trabalho e aqueles aplicados a ele que vem para trazer paridade nessa relação através de normas jurídicas de conteúdo imperativo.

2.4 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E DEMAIS PRINCÍPIOS TRABALHISTAS

A Constituição Federal de 1988 não apresentou expressamente os princípios específicos do Direito do Trabalho, mas trouxe, contudo, princípios implícitos ou induzidos que são aplicáveis às relações de trabalho. Dentre eles, merecem mérito a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho trazidos no art. 1º da Carta Maior⁴¹, além da isonomia do art. 7º e da irretroatividade da lei do art. 5º⁴².

Diante de tal percepção, é factível conceber que os demais instrumentos normativos, ao incidirem nas relações de trabalho, deverão respeitar os princípios supracitados, velando tanto pela prevalência dos valores sociais do trabalho, quanto pela dignidade do trabalhador. Resultando da intervenção básica do Estado nessas relações, será o Princípio da Proteção o verdadeiro ponto central a sustentar os referidos mecanismos de proteção, alcançando as necessidades do trabalhador com especificidade maior do que a dos princípios gerais constitucionalmente apresentados⁴³.

É considerável acentuar, que ainda que funcione como alicerce da proteção ao trabalhador, o Princípio da Proteção não atuará sozinho, pois, somente com a

⁴⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.624.

⁴¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 mai. 2016.

⁴² SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. Os Princípios do Direito do Trabalho e a Constituição de 1988. **Revista Academia Nacional de Direito do Trabalho – A Justiça do Trabalho e a Reforma do Poder Judiciário e Outros Temas**. São Paulo: LTr, Ano VIII, nº 8, 2000, p.115.

⁴³ *Ibidem*, p.114 et seq.

presença dos demais princípios do ordenamento, poderá ele funcionar como um efetivo instrumento garantidor de direitos, sendo, assim, um suporte para toda seara laboral.

2.4.1 Papel dos Princípios Trabalhistas na Construção da Proteção

Detém, portanto, o Princípio da Proteção, como suporte, em especial, os princípios da Irrenunciabilidade, da Igualdade de Tratamento, do Não-Retrocesso Social, da Primazia da Realidade e da Continuidade da Relação de Emprego.

São, pois, invocados os princípios do Direito do Trabalho como autênticos mecanismos de eficácia das regras de direito, não apenas atuando na função de preenchimento de lacunas, como dispõe art. 8º da CLT⁴⁴, mas também reajustando moldes jurídicos inadequados à proteção do trabalhador⁴⁵.

Quando se trata do Princípio da Irrenunciabilidade, compreende-se a noção de impossibilidade jurídica de se privar voluntariamente de direitos e vantagens garantidos. Nessa senda, existe uma impraticabilidade de abandono de um direito reconhecido em benefício próprio. A concepção apresentada revela uma peculiaridade do Direito do Trabalho, relacionando-se diretamente como Princípio da Indisponibilidade para a proteção e devida remuneração do trabalho humano⁴⁶.

Revela-se o Princípio da Indisponibilidade de Direitos de forma mais abrangente do que o Princípio da Irrenunciabilidade, este último que tem por objeto a renúncia, um ato unilateral por meio do qual o renunciante abdica de um direito certo e de titularidade indubitosa. Investiga-se, no entanto, que a transação é um ato bilateral por meio do qual os litigantes resolvem pôr fim ao litígio em face a uma dúvida quanto a titularidade ou extensão do direito, que, juntamente com a renúncia, não

⁴⁴ 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.

⁴⁵ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1997, p.18.

⁴⁶ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**.4.ed. São Paulo: LTr, 1978, p.66 *et seq.*

vai produzir efeitos no âmbito trabalhista por força do Princípio da Indisponibilidade⁴⁷.

Nada obstante, os princípios em questão não são absolutos, vez que poderão haver relativizações por autorização expressa de lei, assim como poderá haver a renúncia, desde que não esteja legalmente proibida, haja vício de consentimento ou prejuízo ao empregado, ao se falar de norma oriunda de trato contratual. Infere-se o caráter excepcional da renúncia para casos expressos em lei, da mesma forma como pode ocorrer com a transação, como se vê no art. 14 da Lei n. 8.036/90⁴⁸, por força do qual o empregado poderá trocar seu regime de garantia de emprego pelo regime do FGTS desde que o empregador aceite o negócio⁴⁹.

Tanto o Princípio da Irrenunciabilidade, quanto o da Indisponibilidade se baseiam no mandamento protetivo segundo o qual não é dado o direito ao empregado dispor de direito trabalhista, sendo essa uma proteção que visa proteger o trabalhador de suas próprias fraquezas⁵⁰.

Outrossim, aplica-se o Princípio da Igualdade de Tratamento para corrigir a disparidade entre empregado e empregador, mediante a desigualdade jurídica a eles estabelecida, por meio do qual se permite falar em uma igualdade de todos perante a lei, assim como uma igualdade contratual como equilíbrio da vontade decorrente da autonomia privada⁵¹.

O princípio da igualdade ou da isonomia tem previsão expressa na Constituição em seu artigo 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Deve, contudo, essa igualdade ser aplicada de acordo com as desigualdades de cada um.

⁴⁷ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.112 *et seq.*

⁴⁸ Art. 14. Fica ressalvado o direito adquirido dos trabalhadores que, à data da promulgação da Constituição Federal de 1988, já tinham o direito à estabilidade no emprego nos termos do Capítulo V do Título IV da CLT.

(...)

§4º Os trabalhadores poderão a qualquer momento optar pelo FGTS com efeito retroativo a 1º de janeiro de 1967 ou à data de sua admissão, quando posterior àquela.

⁴⁹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p.99.

⁵⁰ MARTINEZ, Luciano. *Op. cit.*, 2014, p.112.

⁵¹ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1997, p.33.

Essa igualdade acaba sendo verificada na prática de maneira desvirtuada, através da qual os empregadores buscam igualdade entre pessoas igualmente aptas para ocupar os cargos. O que acaba acontecendo, em muitos casos, é uma discriminação no ambiente de trabalho, que nada mais é do que possuir a intenção de discriminar e deter preferência de alguém por outro sem uma causa justificada, revelando preconceito em razão do sexo, cor, raça, língua, religião, opinião e outros fatores⁵².

Para que tal discriminação seja evitada e venha efetivamente a ser aplicado o Princípio da Igualdade de Tratamento, uma série de normas vem sedimentar a questão. A CLT traz em diversos dispositivos tal regramento, mas talvez ainda mais relevante seja o posicionamento adotado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT)⁵³ no art. 1º da Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho sobre discriminação em matéria de emprego e profissão⁵⁴.

O Princípio do Não-Retrocesso Social, por sua vez, surge para impedir que qualquer procedimento constitucional ou infraconstitucional venha a apresentar um retrocesso na condição social do trabalhador. Afirma Canotilho sobre o tema:

Os direitos sociais e econômicos (direitos dos trabalhadores, à assistência, à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A proibição do retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos⁵⁵.

Nota-se que o Princípio do Não-Retrocesso Social não vem expressamente previsto no texto constitucional, sendo necessário o reconhecimento de sua fundamentalidade para seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro através da segurança jurídica. Assim sendo, deve a segurança jurídica ser compreendida como

⁵² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.756.

⁵³ 1. Para fins da presente convenção, o termo "discriminação" compreende:

a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, côr, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprêgo ou profissão;

b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprêgo ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

⁵⁴ BRASIL. **Decreto nº 62.150, de 19 de Janeiro de 1968**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm>. Acesso em: 28 mai. 2016.

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p.336 *et seq.*

verdadeiro princípio constitucional norteador para que possa ser aplicado o princípio do não retrocesso social e evitar a entrada de medidas retrocessivas⁵⁶.

Luís Roberto Barroso apresenta, dessa maneira, o Princípio do Não Retrocesso Social como um princípio implícito, vez que uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente aqueles de cunho social, sob pena de promover um retrocesso e abolir um direito fundado na Constituição⁵⁷.

Tal questão se clarifica quando se percebe que o constituinte optou por eleger a dignidade da pessoa humana e o caráter protetivo do trabalho como princípios fundamentais do Estado brasileiro. Dessa forma, não se pode admitir que garantias sociais sejam desprezadas sem qualquer cerimônia e muitas vezes sob o manto do Estado, devendo a dignidade da pessoa humana ser o princípio norteador da interpretação de todo o ordenamento jurídico, inclusive no Direito do Trabalho acompanhado do Princípio da Proteção⁵⁸.

Além do mais, trabalha-se com o Princípio da Primazia da Realidade sobre a Forma, este que amplia a noção de que o operador jurídico deve se atentar mais à intenção dos agentes do que ao envoltório formal. Articula-se aqui a prática concreta efetivada ao longo da prestação dos serviços, independente da vontade das partes. Assim, quando estiver prevista uma situação no contrato que se dê de forma distinta na prática, é possível incorporar os elementos do cotidiano da prestação de serviços e até mesmo descaracterizar uma relação civil pactuada⁵⁹.

O Princípio da Primazia da Realidade se constitui, por conseguinte, como poderoso instrumento para a pesquisa e encontro da verdadeira face da relação trabalhista, apesar de que não deve ser utilizado isoladamente, devendo o intérprete seguir

⁵⁶ CONTO, Mario de. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social –Uma Análise a partir dos Pressupostos de Hermenêutica Constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008, p.89.

⁵⁷ BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites de Possibilidades da Constituição Brasileira**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.158 *et seq.*

⁵⁸ ALVAR. Maria Vitoria Queija. **Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e o Princípio do Não Retrocesso Social no Brasil**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9212#_ftnref38>. Acesso em: 31 out. 2016.

⁵⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14.ed. São Paulo: LTr, 2015, p.210 *et seq.*

estritamente a conduta especificada pela legislação⁶⁰, além de respeitar os preceitos dos demais princípios.

Ademais, aplica-se o Princípio da Continuidade da Relação de Emprego com o intuito de preservar o contrato de trabalho, trazendo segurança para o empregado durante sua vigência e favorecendo a qualidade do serviço prestado na empresa. É a partir desse princípio que se presume a continuidade do contrato de trabalho, cabendo ao empregador provar o seu término e a dispensa do empregado⁶¹.

Em virtude da Continuidade, presume-se a ocorrência de uma relação de emprego quando houver, ainda, repetibilidade da prestação do serviço ou do simples reconhecimento deste. Essa presunção, autorizada pela ideia de continuidade do vínculo do emprego, deu causa à edição da súmula 212 do TST, através da qual é dado ao tomador de serviços o ônus de provar o término do contrato de trabalho⁶².

Em companhia dos princípios supracitados, estes que encontram respaldo no art. 7º da Constituição Federal de 1988⁶³, atua o Princípio da Proteção com intuito de agasalhar a inferioridade do contratante amparado em face do sujeito ou organismo que detenha superioridade para impor as cláusulas do contrato⁶⁴. Funcionam eles como verdadeiras peças de suporte para que o trabalhador tenha seus direitos garantidos, a legislação constitucional e infraconstitucional devem atuar em harmonia com todo um rol de princípios.

2.4.2 Princípio da Proteção

É preciso, inicialmente, perceber que não detém o Direito do Trabalho função de proteger o empregado. Deve ele, por conseguinte, equilibrar as posições

⁶⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14.ed. São Paulo: LTr, 2015, p.210 *et seq.*

⁶¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p.100, *passim*.

⁶² MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.119.

⁶³ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

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;

⁶⁴ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1997, p.22 *passim*.

econômicas de ambos os pólos da relação trabalhista, concedendo garantias ao pólo mais fraco e, assim, realizando um ideal de justiça, ou seja, compensando desigualdades com intuito de igualar as posições. Certo, então, é dizer que o Direito do Trabalho detém a função social de reconhecer as desigualdades e se valer dos meios para equilibrar a relação⁶⁵.

Perante o referido entendimento, há que se reconhecer que a noção de princípio incorpora, naturalmente, as características da generalidade e da eficácia temporal permanente. Ocorre que, no direito brasileiro, o caráter geral dos princípios não alcançará todas as situações e, em especial, quando se fala em um princípio protetivo, deve se reconhecer que há um protetor e um protegido. Destarte, apenas alcançará a função protetiva desse princípio o empregado por se reconhecer que ele ocupa uma posição desfavorável que demanda proteção⁶⁶. Em suma, vem o Direito do Trabalho reconhecer a desigualdade, enquanto o princípio em tela é o meio para se garantir a proteção ao indivíduo fragilizado da relação.

É possível afirmar que esse princípio é a verdadeira razão do qual o Direito do Trabalho existe, não se confundindo com a busca da igualdade material. Ele vai além disso, atuando contra a exploração econômica e funcionando como o reconhecimento social de que a relação empregatícia implica uma troca desigual: tempo de vida/força física em troca de remuneração/valor monetário⁶⁷.

Compreendendo que este detém um papel social, fundamenta-se o Princípio da Proteção na subordinação jurídica do trabalhador ao empregador, tendo em vista a disparidade de poderes que se constrói nessa relação, assim como na dependência econômica a que fica sujeito o empregado. Também há fundamento acerca do comprometimento ao qual se dedica o trabalhador no desempenho dos serviços, hora que fica exposto aos perigos, doenças e assédios que venha a sofrer na relação, sem deixar de apontar sobre a ignorância que o empregado detém sobre seus direitos e condições de trabalho⁶⁸.

⁶⁵ ROMITA, Arion Sayão. **O Princípio da Proteção em Xequê e Outros Ensaios**. São Paulo: LTr, 2003, p.23 *et seq.*

⁶⁶ *Ibidem*, p.23 *passim*.

⁶⁷ SEVERO, Valdete Souto. **Princípio da Proteção**. Jusnavigandi. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24690/principio-da-protacao/2>>. Acesso em: 31 out. 2016.

⁶⁸ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1997, p.24 *et seq.*

Cabe perceber que a fraqueza demonstrada pelo trabalhador pode ser inerente ou relativa. Será inerente a fraqueza do co-contratante cujo estágio de desenvolvimento mental ou de conhecimento seja insuficiente para emitir um juízo acerca de seus compromissos. Enquanto isso, poderá ser relativa se a parte ignorar o conteúdo jurídico do contrato⁶⁹.

É possível, à vista disso, depreender a importância desse princípio norteador na seara trabalhista, sendo ele pautado nos flagelos sofridos pelo empregado ao longo da história. O Princípio da Proteção ganha, dessa forma, a função buscar um nivelamento ao desequilíbrio na relação de emprego, promovendo as limitações necessárias para que ocorra a redução das desigualdades.

Assim, vêm a legislação constitucional e a infraconstitucional trabalhista confirmar a intervenção estatal nas relações privadas, trazendo direitos e obrigações mínimas com objetivo de coibir excessos exploratórios decorrentes de relações desiguais. Da mesma forma, verifica-se a autotutela como técnica protetiva nas relações coletivas de trabalho⁷⁰.

Para a aplicação desse princípio protetivo, observa-se, sobre seu alcance, que não constitui uma interpretação específica, mas sim um princípio geral que alcança todo o Direito do Trabalho. Ao mesmo tempo, esse princípio se opõe, em determinados casos, à segurança jurídica e, por isso, deve ser aplicado respeitando os limites legais e constitucionais adequados sem deixar de produzir uma aplicação eficaz às normas trabalhistas⁷¹.

Ensina Américo Plá Rodriguez que a partir do momento em que é aplicado, o Princípio da Proteção se expressa sob diferentes formas, sendo externalizado pelos princípios do *in dubio, pro operario*, da Norma Mais Favorável e da Condição Mais Benéfica⁷².

Dessa forma, há que se analisar o Princípio da Proteção em suas mais diversas expressões, não se alcançando apenas o seu sentido jurídico, mas indo além e percebendo como esse instituto se desdobra na seara trabalhista.

⁶⁹ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1997, p.23.

⁷⁰ SAMPAIO, Murilo Carvalho Sampaio Oliveira. **(Re)pensando o Princípio da Proteção na Contemporaneidade**. São Paulo: LTr, 2009, p.110 *et seq.*

⁷¹ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr, 1978, p.37 *et seq.*

⁷² *Ibidem*, p.2 *et seq.*

2.4.2.1 Princípio do *in dubio, pro operário*

O princípio ou regra do *in dubio, pro operario* define-se no critério segundo o qual o juiz ou o intérprete deve escolher, ao interpretar a norma, pelo sentido mais favorável ao trabalhador. Pode, contudo, essa regra, entrar em choque com o Princípio da Igualdade de Tratamento das Partes do direito processual, pois quando se fala em divisão do ônus da prova, é essa a regra aplicável. Por essa razão, se busca não aplicar a regra do *in dubio, pro operario* para a prova do fato jurídico, restringindo-a apenas às hipóteses em que se tratar de interpretação da norma jurídica para estender um benefício ou diminuir um prejuízo⁷³.

Não há o que se falar, dessa forma, em corrigir ou integrar a norma. Aplica-se a regra apenas quando existir uma norma e for preciso determinar-lhe o verdadeiro sentido, dentre os vários possíveis. Para tanto, quando não existir uma norma, não será possível aplicar essa regra para substituir o legislador e muito menos para afastar o significado claro do texto normativo⁷⁴.

Fala-se aqui em sua aplicabilidade para casos em que se reconheça dúvida autêntica para valorar o alcance ou significado de uma prova e não para suprimir omissões. Há uma análise dos elementos probatórios, tomando as diversas circunstâncias do caso sob um juízo específico que busca justificar a maior dificuldade do trabalhador para provar fatos e trazer certos dados e informações⁷⁵.

Há ainda que se notar, que deve se preferir a interpretação da vontade do legislador em face à interpretação literal. Isso implica levar em conta, em diversos casos, que a lei buscou alcançar não apenas os interesses do trabalhador, como também os interesses obreiros-patronais com os da coletividade. Ao interpretar a norma e investigar a *ratio legis* – o espírito da lei -, deve se levar em conta que o legislador teve a preocupação em outorgar um benefício e evitar que nova norma ocasionasse certos inconvenientes, sendo necessário realizar interpretação de acordo com a

⁷³ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p.89.

⁷⁴ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr, 1978, p.45.

⁷⁵ SAMPAIO, Murilo Carvalho Sampaio Oliveira. **(Re)pensando o Princípio da Proteção na Contemporaneidade**. São Paulo: LTr, 2009, p.113 *et seq.*

vontade do legislador para evitar o perigo de que uma norma deixe de produzir os efeitos a que se propõe⁷⁶.

A aplicação desse princípio é, todavia, controversa, na medida em que José Augusto Rodrigues Pinto e outros autores entendem que não caberia estendê-lo até o campo da prova, no processo. Essa utilização iria contra a regra processual do ônus da prova, este que deriva de um dos mais essenciais princípios do Direito Processual do Trabalho, o princípio da igualdade de tratamento das partes. Deste modo, para se evitar um choque entre os princípios de direito material e de direito processual, quando se tratar da interpretação da norma jurídica, será favorecido a parte desamparada e quando se tratar da prova do fato jurídico decide-se contra quem têm o ônus de produzir a prova, mesmo que seja o empregado⁷⁷.

Para a aplicação do Princípio do *in dúbio, pro operário* será necessário, assim, uma verdadeira análise do caso concreto, no qual deverá ser observada uma real incerteza para que se adapte ao seu alcance. Nesse mesmo sentido, é preciso cautela, uma vez que não se busca com sua utilização que sejam indiscriminadamente abertas as portas da discricionariedade.

2.4.2.2 Princípio da Norma Mais Favorável

Com a aplicação do Princípio da Proteção surge um problema hermenêutico no plano das fontes do direito, haja vista o pluralismo de fontes no Direito do Trabalho, que engloba, além das leis e sentenças normativas, as convenções coletivas de trabalho, acordos e os contratos individuais. Perante o direito brasileiro e diante desse pluralismo de fontes, prevaleceria a aplicação da norma hierarquicamente superior sem quaisquer dúvidas. Em frente ao direito trabalhista, por sua vez, haveria clara dissonância com a proteção que se busca dar ao hipossuficiente. Então, por essa razão, se passa a falar em uma aplicação mais benéfica dessas fontes ao trabalhador⁷⁸.

⁷⁶ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr, 1978, p.46.

⁷⁷ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p.89.

⁷⁸ SAMPAIO, Murilo Carvalho Sampaio Oliveira. **(Re)pensando o Princípio da Proteção na Contemporaneidade**. São Paulo: LTr, 2009, p.116 *et seq.*

No tocante ao processo de hierarquização das normas, é preciso notar, ainda, que a utilização do Princípio da Norma Mais Favorável não pode comprometer o caráter sistemático da ordem jurídica, não devendo o operador jurídico realizar uma separação tópica e casuística de regras. Deverá, ao aplicar o referido princípio, focar globalmente o conjunto de regras componentes do sistema, discriminando, no máximo, os preceitos em função da matéria⁷⁹.

Quando se fala da regra da norma mais favorável, considera-se que existem inúmeras normas aplicáveis a uma mesma situação jurídica, sendo aplicada aquela que favoreça o empregado. Tal regra é verificada quando a legislação trabalhista estabelece um mínimo ao empregado e há um confronto com a convenção coletiva mais favorável⁸⁰.

A seu respeito existem critérios de aplicação que estabelecem que a comparação entre normas deve ser efetuada considerando-se seus conteúdos de maneira concreta a indagar quão favorável é a norma, além da situação da coletividade trabalhadora interessada, sem se pronunciar sobre apreciação subjetiva dos interessados⁸¹.

Diante do processo de interpretação das normas, não poderá o operador jurídico aplicar os critérios impostos pela Hermenêutica Jurídica em favor de uma simplista opção mais benéfica para o obreiro. Tal aplicação se dará, então, através de um processo interpretativo objetivo, criterioso e guiado por parâmetros técnico-científicos rigorosos, tendo em mente que a aplicação da regra que venha a beneficiar o trabalhador não pode comprometer o caráter lógico sistemático da ordem jurídica. Assim, apenas depois de respeitados os rigores da Hermenêutica Jurídica, poderá proceder o intérprete à uma escolha guiada pela regra da norma mais favorável⁸².

Quando se fala em uma variedade de fontes com vigência simultânea, surge uma dúvida dentre os juslaboralistas sobre qual seria a mais favorável ao trabalhador. Existem diferentes métodos obter essa resposta, sendo o primeiro deles a teoria da acumulação ou atomista, por meio da qual se selecionam trechos favoráveis de

⁷⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14.ed. São Paulo: LTr, 2015, p.203 *et seq.*

⁸⁰ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p.89.

⁸¹ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr, 1978, p.57.

⁸² DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p.204.

ambas normas, formando uma só norma composta de vários trechos. A ideia é pinçar e combinar, formando um dispositivo apartado⁸³.

Outra método seria o do conglobamento ou conglobamento puro, que se caracteriza pela comparação das duas normas no seu todo e, a partir desta comparação, será escolhida aquela que seja mais benéfica ao trabalhador. Nesse caso, as normas são verificadas em conjunto e qualquer norma que não for escolhida terá sua aplicação totalmente excluída. Há, por fim, há o conglobamento por institutos ou conglobamento mitigado, que surgiu para contemporanizar os métodos da acumulação e do conglobamento puro. Esse último método comporta a comparação entre as normas, comparando-se instituto⁸⁴ por instituto e, então, decidindo qual instituto é mais favorável. Institutos de cada norma serão escolhidos e cumulados levando-se o instituto como um todo e não somente as partes favoráveis. O art. 3º, II, da Lei 7.064/82⁸⁵, que trata dos trabalhadores brasileiros que laboram no estrangeiro por transferência ou porque foram contratados para laborar no estrangeiro, traz o indicativo de que o Brasil aceita esta teoria⁸⁶.

Plá Rodriguez traz da aplicação das teorias do conjunto e da acumulação. Sendo as normas comparadas em seu conjunto, é analisado o critério unitário de cada regime, excluindo a aplicação simultânea dos dois regimes. Já quando podem ser extraídas de cada norma as disposições mais favoráveis, fala-se na teoria da acumulação, somando-se as vantagens de diferentes normas. Segundo entendimento do autor, é preciso analisar o conjunto integrado por normas referentes à mesma matéria, não podendo se dissociar sem a perda de sua harmonia⁸⁷.

Percebe-se que a atuação do Princípio da Norma Mais Favorável se dá, de modo mais comum, através do conflito entre normas, onde deve ser feita a escolhida norma que se apresentar mais favorável ao empregado no caso concreto. Quando se

⁸³ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.107.

⁸⁴ "Entende-se por instituto o bloco de vantagens jurídicas que contem elementos internos pertinentes entre si" (MARTINEZ, 2014, p.108).

⁸⁵ Art. 3º - A empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços:

(...)

II - a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria.

⁸⁶ MARTINEZ, Luciano. *Op. cit.*, p.108.

⁸⁷ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr, 1978, p.58 *et. seq.*

verificar duas ou mais interpretações possíveis para uma mesmanorma, ainda, deverá ser escolhida aquela que for mais favorável ao trabalhador.

2.4.2.3 Princípio da Condição Mais Benéfica

Há, por fim, o Princípio da Condição Mais Benéfica, que pressupõe a existência de uma situação concreta previamente estabelecida, devendo ela continuar a ser aplicada se for mais favorável ao trabalhador do que a nova norma. Essa condição deve ser entendida como uma norma aplicável a um caso concreto, alcançando todos os trabalhadores, os de uma mesma profissão ou em uma situação particular de fato⁸⁸.

Distingue-se o Princípio da Condição Mais Benéfica dos anteriores, pois se situa no plano fático, sendo um resultado da comparação de situações concretas e determinadas. Fundada nesse plano dos fatos, a regra tem a função de garantir a preservação, ao longo do contrato, da cláusula mais vantajosa ao trabalhador, se revestindo do caráter de direito adquirido⁸⁹.

Nesse sentido, aprovou o TST a súmula 51 como meio de efetivação da regra da condição mais benéfica:

NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973)

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ nº 163 da SBDI-1 - inserida em 26.03.1999)⁹⁰.

Juntamente à súmula 51 do TST, foi incorporada a condição mais benéfica ao art. 468 da CLT⁹¹, assim como ao inciso I da súmula 288 do TST⁹², determinando que só

⁸⁸ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr, 1978,p.60 *passim*.

⁸⁹ SAMPAIO, Murilo Carvalho Sampaio Oliveira. **(Re)pensando o Princípio da Proteção na Contemporaneidade**. São Paulo: LTr, 2009, p.121 *et seq.*

⁹⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 51**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html>. Acesso em: 27 mai. 2016.

poderão ser suprimidas cláusulas contratuais benéficas quando suplantadas por cláusula superior ainda mais favorável.

Como se vê, diante de conflitos intertemporais de duas ou mais regras jurídicas tratando de determinada condição de trabalho, deverá ser aplicada aquela que confira melhor situação ao trabalhador, por força da aplicação da teoria do direito adquirido⁹³. Além do art. 468 da CLT, esse princípio encontra fundamento quanto a questão do direito adquirido no art. 5º, XXXVI, da CF⁹⁴ e no art. 6º, caput e § 2º, da LINDB⁹⁵.

Ainda sobre a aplicação dessa regra, é possível distinguir que a fixação de condições de trabalho mais benéficas pode ser realizada através de lei, acordo interpartes, uso ou costume, convenção coletiva e decisão unilateral, enquanto, ao se tratar do respeito a essas condições mais vantajosas, este só poderá ser obtido através da norma legal, uso ou costume e convenção coletiva. Assim, percebe-se que não podem as partes impedirem que se estabeleçam exceções à aplicação desta regra⁹⁶.

Com o Princípio da Condição Mais Benéfica se busca, então, preservar cláusulas que sejam contratuais. Assim, uma vez que o empregado é contratado na vigência de determinada cláusula e posteriormente surgir outra que vise piorar sua situação,

⁹¹ Art. 468 - 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.

⁹² COMPLEMENTAÇÃO DOS PROVENTOS DA APOSENTADORIA (nova redação para o item I e acrescidos os itens III e IV em decorrência do julgamento do processo TST-E-ED-RR-235-20.2010.5.20.0006 pelo Tribunal Pleno em 12.04.2016) - Res. 207/2016, DEJT divulgado em 18, 19 e 20.04.2016

I - A complementação dos proventos de aposentadoria, instituída, regulamentada e paga diretamente pelo empregador, sem vínculo com as entidades de previdência privada fechada, é regida pelas normas em vigor na data de admissão do empregado, ressalvadas as alterações que forem mais benéficas (art. 468 da CLT). (...)

⁹³ HASHIMOTO, Aparecida Tokumi. **Distinção entre Princípio da Norma Mais Favorável e Princípio da Condição Mais Benéfica**. Grandeiro Guimarães Advogados. Disponível em: <http://www.grandeiro.adv.br/template/template_clipping.php?Id=5756>. Acesso em: 01 nov. 2016.

⁹⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

⁹⁵ Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957)

(...)

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

⁹⁶ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr, 1978, p. 63.

não deverá ele se submeter a essa cláusula prejudicial. Trata, dessa forma, sobre a sucessão de cláusulas no tempo, de maneira que só será o trabalhador atingido por uma cláusula regulamentar posterior se for ela benéfica comparada à situação anterior/atual.

2.4.2.4 Interpretação Crítica sobre o Princípio da Proteção

Arion Sayão Romita explica que pode o Princípio da Proteção ser focado sobre quatro diferentes prismas: a visão marxista, a visão fascista, a visão pragmática e a visão realista. Exprime-se a visão marxista na dispensa de que o destinatário da proteção é o trabalhador. Por ser fundado na concessão da burguesia industrial ao operário, o Direito do Trabalho pressupõe desigualdade social e institucionaliza a dominação de classe, sendo essa a razão pela qual os pensadores dessa vertente rejeitam a noção de proteção⁹⁷.

Sobre a visão fascista, o Direito do Trabalho vê no empregado apenas um fator de produção, não se buscando uma proteção do trabalhador, mas sim do trabalho como dever social. Na visão pragmática, a proteção surge como oportunidade para o suporte e desenvolvimento dos interesses das classes. Diante da proteção oferecida pelo Direito do Trabalho, há o surgimento de atores sociais que tomam para si a tarefa de proteger o trabalhador, este último que não passa de mero instrumento para que a categoria alcance destaque social⁹⁸.

Por fim, na visão realista ou democrática, a proteção dos trabalhadores é apresentada como uma conquista do Estado social e democrático de direito. Tem a proteção, nessa visão, caráter de eliminação das desigualdades sociais e econômicas entre empregado e empregador. Mediante legislação de suporte, o Estado estimula a organização da classe trabalhadora para que ela alcance a realização dos seus interesses por meio de negociações com a classe patronal⁹⁹.

Chega-se à conclusão que apenas a visão realista é compatível com a democracia, sendo, para tanto, necessário toda uma preparação do aparelhamento estatal e das

⁹⁷ ROMITA, Arion Sayão. **O Princípio da Proteção em Xeque e Outros Ensaio**s. São Paulo: LTr, 2003, p.29 *et seq.*

⁹⁸ *Ibidem*, p.30.

⁹⁹ *Ibidem*, p.30 *et seq.*

leis. Contudo, diante do modelo capitalista o qual a maioria dos Estados adota, há uma grande contradição com a proposta do protecionismo trabalhista.

No processo capitalista de produção, fica o trabalho subordinado à iniciativa, direção e organização do capital. Ocorre que o modelo protecionista apresentado seria contrário às bases fundamentais do regime econômico e político, sendo passível dizer que em uma decisão em caso de dúvida a favor do trabalhador seria atuar contra o espírito do regime. Tal afirmação se dá, pois é o conjunto que constitui o objeto da preocupação pública e não as partes¹⁰⁰.

A partir daí, se inicia uma discussão se o Direito do Trabalho na verdade teria como finalidade o equilíbrio de interesses entre empregado e empregador, ao invés da máxima da dúvida pelo empregado. Tal conclusão é alcançada com o entendimento de que os interesses da empresa não podem ser sacrificados para salvaguardar um único empregado, além do que há um bem comum, que não deve ser abandonado em face do interesse particular. Conclui-se que se a dúvida não pode ser resolvida pelos processos comuns de hermenêutica, deveria apenas decidir a favor do trabalhador se essa decisão não atacasse os interesses da empresa no processo¹⁰¹.

¹⁰⁰ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**.4.ed. São Paulo: LTr, 1978, p.34 *et seq.*

¹⁰¹ *Ibidem, loc.cit.*

3 A AUTONOMIA PRIVADA FACE A RELAÇÃO DE EMPREGO

A partir da compreensão do caráter protetivo que deve ser adotado pelo Estado, é preciso, ainda, avaliar o trabalhador em uma esfera reduzida, seja esta a relação de emprego, onde estará ele sujeito às implicações diretas do contato com o empregador.

Nota-se que a liberdade para dispor sobre o contrato parte, na maioria dos casos, do empregador, dispondo ele da chamada liberdade contratual, que traz a possibilidade de ditar o conteúdo do contrato, enquanto cabe à parte contrária se valer mais da liberdade de contratar, que é justamente a faculdade de realizar ou não determinado contrato¹⁰².

Ao se falar em autonomia das partes, já se trata de um conceito ainda mais profundo, decorrente este do plano da bilateralidade do contrato e expressa pelo consensualismo. Esse último conceito se traduz no encontro das vontades livres e contrapostas que fazem surgir o consentimento, requisito esse fundamental ao negócio jurídico contratual¹⁰³.

Reconhecida a existência da liberdade das partes no contrato e diante da disparidade de poderes na relação empregatícia, se passa a questionar como pode haver um equilíbrio entre proteção e autonomia das partes, ou seja, como respeitar a liberdade contratual, sem que exista um desrespeito aos direitos fundamentais do trabalhador trazidos pela Constituição Federal. Para tanto, deve-se conhecer os desdobramentos da autonomia privada no ordenamento.

3.1 NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE AUTONOMIA PRIVADA

Afirma Ana Prata, em um primeiro momento, que a análise sobre o conceito e a história da autonomia privada está intimamente ligada ao conceito de sujeito

¹⁰² WALD, Arnaldo. **Obrigações e Contratos**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.162.

¹⁰³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, volume 4: Contratos, Tomo I: Teoria Geral**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.71 *et seq.*

jurídico¹⁰⁴ e de propriedade¹⁰⁵. Há que se considerar que esses três não são conceitos universais, pertencendo eles ao domínio das relações entre proprietários. A atribuição da capacidade jurídica e, por consequência, da negocial, está vinculada ao surgimento da posse privada e do direito de propriedade, na medida que, quando o indivíduo passa a poder dispor do bem, afirma-se ele na posição de exclusivo titular de um poder de produzir efeitos jurídicos como meio de transmissão do próprio bem. Portanto a atribuição da personalidade e da capacidade jurídica constitui instrumento por meio do qual se viabiliza a utilização privada autônoma¹⁰⁶.

É no direito privado romano que essa ideia é difundida, a partir do momento em que os juristas da época partiam do pressuposto que qualquer pessoa poderia, em princípio, dispor livremente dos seus bens e deveria sofrer as conseqüências das próprias decisões¹⁰⁷.

Verifica-se, assim, que a liberdade contratual é um instituto trabalhado desde o direito romano. Existia, para tanto, uma liberdade que abrangia o direito de contratar com pessoas de escolha da parte, assim como de limitar o conteúdo do contrato. Surge, nesse contexto, o poder dos contratantes disciplinarem sobre seus interesses mediante acordo de vontades¹⁰⁸.

Na seara laboral, a implantação do modo de produção capitalista levou o trabalhador à posição de mero trabalhador potencial e, apenas da sua ligação com os meios produtivos é que se tornou possível realizar acordos com o proprietário desses modos de produção. Reconhecida a propriedade do trabalhador à sua força de trabalho, passou a ser reconhecida a sua capacidade negocial e jurídica para que pudesse celebrar o contrato, sendo este o momento em que o conceito de autonomia privada ganhou um conteúdo autônomo e operativo¹⁰⁹.

¹⁰⁴ "(...) no âmbito jurídico, o termo sujeito de direito indica as entidades às quais um ordenamento jurídico atribui a faculdade de adquirir e exercer direitos e também de assumir e cumprir obrigações." (DIMOULIS, 2011, p.220.)

¹⁰⁵ É preciso pontuar que o instituto da propriedade não é foco do presente estudo. Nesse sentido, poderão elementos da propriedade ser utilizados única e exclusivamente para se complementar a análise sobre a autonomia privada e, de mesma forma, proporcionar o aprofundamento deste tema.

¹⁰⁶ PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almeida, 1982, p.7.

¹⁰⁷ BALDUS, Christian. Autonomia Privada Romana. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Ano 100, v.904, fev. 2011, p.43.

¹⁰⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais, volume 3**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.40 *et seq.*

¹⁰⁹ PRATA, Ana. *Op. cit.*, 1982, p.8 *et seq.*

Para compreender, contudo, como se molda a autonomia, exige-se que se observem suas diversas manifestações para melhor traçar as linhas de separação entre a autonomia da vontade e a autonomia privada¹¹⁰.

Para se formar a concepção da autonomia privada, é primordial passar pelo próprio conceito de autonomia e de vontade, assim como pela relação desses institutos nos negócios jurídicos.

3.1.1 A Autonomia

O vocábulo autonomia vem do grego *autos* + *nomos*, trazendo o significado de independência e autodeterminação. Configura-se, desse modo, como o direito de reger-se segundo leis próprias, a faculdade de determinar as próprias normas de conduta, sem imposições alheias. Compreende-se, então, a autonomia como o poder de se autogovernar, a partir do qual pode o indivíduo tomar decisões livremente com independência moral ou intelectual, diferente da heteronomia, que significa sujeição a uma lei exterior ou à vontade de outrem¹¹¹.

No direito, deve-se falar, especificamente, em uma liberdade jurídica que virá a corresponder a toda manifestação de liberdade pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, a noção de autonomia na área jurídica corresponde, para os particulares, ter a faculdade de agir lícitamente, a qual existe sempre que não haja vedação. O art. 5º da CF garante que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, o que traz um status constitucional sobre a liberdade jurídica¹¹².

Antes de prosseguir, contudo, é imperativo ressaltar que, ao se falar em liberdade no presente estudo, não se pode pensar que esteja ela sendo levemente utilizada sem maiores considerações. Nesse sentido, é preciso reconhecer que liberdade revela-se na condição daquele que é livre, capaz de agir por si mesmo. A dimensão desse instituto, no entanto, não para por aí, razão pela qual aponta Daniel Sarmento

¹¹⁰ CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.19, jul./set. 2004, p.83 *et seq.*

¹¹¹ *Ibidem*, p.84 *et seq.*

¹¹² MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.64.

que a liberdade envolve uma série infindável de questões filosóficas, que vão variar de acordo com as inclinações de cada um. Para sua compreensão, é necessário analisar um dos seus componentes essenciais, que é a autonomia privada¹¹³.

Ressalta, ainda, Érico de Pina Cabral, uma outra visão sobre a autonomia:

Num sentido mais filosófico, afirma Kant que autonomia é a capacidade apresentada pela vontade humana de se autodeterminar segundo uma legislação moral por ela mesma estabelecida, livre de qualquer fato estranho ou exógeno com uma influência subjulgante. Para o filósofo alemão, a razão é a lei própria da autonomia. A lei moral é baseada na autonomia, um postulado da razão prática, que é a liberdade¹¹⁴.

Perante o quanto exposto, figura a autonomia como o direito de reger-se segundo suas próprias regras, é uma autorregulação que terá implicações na ordem jurídica, devendo respeitar os limites do ordenamento para que seja exercida. É ela a base se compreender a autonomia privada, existindo, ainda outras implicações que dizem ao seu respeito.

3.1.2 A Vontade

A doutrina francesa dos séculos XIII e XIV determinava a vontade como aquilo que causava e afastava tudo o que era chamado de bem e mal ao homem. Posteriormente, concebeu-se a vontade atrelada à noção de um freio utilizado para reprimir excessos, ao mesmo tempo em que serviria como sentimento de compensação aos justos¹¹⁵.

Entende-se, hoje, a vontade como elemento necessário para que haja validade nos negócios jurídicos. Funciona ela como uma ação de um indivíduo para alcançar determinado fim, a autonomia que goza todo indivíduo por ser pessoa de direito e que inclui o aspecto psicológico: o querer¹¹⁶.

¹¹³ SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada. In: LEITE, George Salomão (Coord.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição**. 2.ed. São Paulo: Método, 2008, p.187 *et seq.*

¹¹⁴ CABRAL, Érico de Pina. A "Autonomia" no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.19, jul./set. 2004, p.85.

¹¹⁵ ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da Vontade no Direito Contratual. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.27, jul./set. 2006, p.279 *et seq.*

¹¹⁶ BALLALAI, Augusto Luppi. A Vontade como Elemento Primordial no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.8, ano 32, out./dez. 2007, p.24.

Assim, no negócio jurídico há a manifestação da vontade como forma de compor o suporte fático de certa categoria jurídica, visando a obtenção de efeitos jurídicos. Por essa razão, nos contratos, a mais importante espécie de negócio jurídico, aos figurantes é dada, em regra, a liberdade de estruturar o conteúdo da eficácia da relação jurídica resultante, alterando-a e dando sentido que pretendem ao negócio¹¹⁷.

Como nada no mundo é jurídico por si, uma exteriorização consciente da vontade somente poderá gerar um negócio jurídico se receber a incidência da norma jurídica. O que se implica aqui é que sem a previsão normativa, a vontade não poderá ser considerada negócio jurídico ou elemento constitutivo seu, sendo mero fato da vida¹¹⁸.

Ressalta-se, ainda, que todo sujeito de direito deve ser sujeito da vontade, ou seja, seus atos de vontade serão socialmente protegidos como tais. A condição dessa proteção é que seja lícito o objeto e que a situação jurídica seja uma relação entre dois sujeitos de direito¹¹⁹.

Está, diante da análise realizada, a vontade intrinsecamente ligada aos negócios jurídicos. Sua exteriorização tem a função de compor o suporte fático para, então, produzir os efeitos almejados. Será a vontade, assim a própria liberdade de estruturar o conteúdo da eficácia da relação.

3.1.3 A Autonomia da Vontade

Entende-se, segundo Orlando Gomes, por autonomia da vontade o poder de suscitar, mediante declaração de vontade, os efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica, podendo a produção desses efeitos se dar unilateralmente ou pelo concurso de vontades¹²⁰.

¹¹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.202.

¹¹⁸ *Ibidem*, p.208.

¹¹⁹ BALLALAI, Augusto Luppi. A Vontade como Elemento Primordial no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.8, ano 32, out./dez. 2007, p.25.

¹²⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24.ed. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p.22 *et seq.*

No entanto, esse conceito não foi sempre pacífico, na medida que passou por diversas transformações com a evolução do direito e da sociedade. É importante estudá-lo, diante desse fato, na sua perspectiva clássica, assim como perante as alterações conceituais que sofreu.

3.1.3.1 O Evoluir da Autonomia da Vontade

Nos primórdios do império romano o formalismo dominava a interpretação objetiva dos atos jurídicos, que produziam efeitos devido a sua forma e não a vontade dos agentes. Esse modelo de interpretação sofreu alterações até que se chegasse a uma interpretação mais subjetiva, inclusive sobre os negócios jurídicos formais.¹²¹

Observava-se, nesse período, uma declaração solene com valor normativo, baseada em um acordo entre o declarante e o destinatário. A lei privada tinha por base um negócio privado, o que se verificava quando alguém dispunha de uma coisa alheia, surgindo somente em fase seguinte a lei pública publica. Já se delineava, portanto, a autonomia da vontade¹²².

Face ao direito canônico, assumiu relevo o compromisso de cumprimento da palavra dada. O descumprimento era visto como pecado, onde o afastamento da palavra jurada caracterizava perjúrio, o que importava na danação da alma. Não se chegara, porém, à devida configuração da autonomia da vontade¹²³.

Teve ela seu apogeu após a Revolução Francesa, com a prevalência do individualismo e valorização da liberdade. Torna-se a vontade a expressão da liberdade humana, passando a figurar como a faculdade das partes de celebrar ou não contratos, respeitando a ordem pública e os bons costumes¹²⁴.

A lei de ordem pública era admitida como aresta à autonomia da vontade, limitando-a porque projetava o interesse social nas relações interindividuais. Possuíam os

¹²¹ CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.19, jul./set. 2004, p.86 *et seq.*

¹²² OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios **Informadores do Sistema de Direito Privado: A Autonomia da Vontade e a Boa-fé Objetiva**. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20090118234524.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2016.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais, volume 3**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.41.

contratos um caráter justo e conseqüentemente intangível, pois refletiam um ato da liberdade individual, além de que deviam eles ser executados a qualquer custo, de acordo com as intenções dos contratantes, salvo se por caso fortuito ou força maior¹²⁵.

Considera-se o homem, assim, livre para contratar ou não contratar, bastando que o objeto da convenção seja lícito. Somente a vontade pode fazer nascer uma obrigação, sendo exigida aqui uma vontade livre, já que esta é soberana e sem ela não há vínculo de qualquer natureza. Pressupõe-se que os interesses privados harmonizam-se com o bem-estar público e do contrato não pode surgir injustiça alguma, uma vez que as obrigações são assumidas livremente¹²⁶.

A vontade não era mais um mero elemento do negócio jurídico, mas sim um elemento especial destinado a prevalecer sobre os outros de igual natureza. Tratava-se de um princípio que se posicionava de frente com a lei. A política, assim, tornava-se contratual e o contrato se politizava em torno do princípio da autonomia da vontade.¹²⁷

Em meio ao clássico modelo liberal burguês, existia uma limitação à eficácia dos direitos fundamentais à esfera pública. Cabia, dessa forma, ao Direito Público promover a proteção dos direitos fundamentais e estabelecer balizas à atuação do Estado, restando ao Direito Privado regular as relações entre os particulares, estas pautadas pela autonomia da vontade¹²⁸.

Com a Revolução Industrial, as teorias que consagravam a obrigatoriedade do contrato e da autonomia da vontade passaram a refletir o ideal da sociedade burguesa, que teve seu regime político instituído com base na igualdade formal dos indivíduos. O discurso burguês se baseava na igualdade de tratamento, em uma isonomia decorrente da lei, que veio a ser a premissa da autonomia da vontade e

¹²⁵ ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da Vontade no Direito Contratual. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.27, jul./set. 2006, p.281.

¹²⁶ *Ibidem*, p.280.

¹²⁷ CABRAL, Érico de Pina. A "Autonomia" no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.19, jul./set. 2004, p.89 *et seq.*

¹²⁸ FAUTH, Juliana de Andrade. **Autonomia Privada e a Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas**. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,autonomia-privada-e-a-eficacia-dos-direitos-fundamentais-nas-relacoes-trabalhistas,55907.html>>. Acesso em: 23 set. 2016.

que possibilitou à liberdade contratual ser pautada pela igualdade formal, dando força obrigatória e segurança aos acordos¹²⁹.

Logo se passou a perceber que a liberdade plena na declaração de vontades, em meio a uma sociedade desigual, importava um desequilíbrio contratual. A partir daí, se passa a rechaçar a estrutura sobre a qual se alicerçou a autonomia da vontade no séc. XIX¹³⁰, vindo esse absolutismo a ser bastante criticado no séc. XX, época em que se reconheceu que o exagero do poder da vontade humana ocultava a necessidade da vida social, com os deveres e relações de interdependência que implica¹³¹.

Desenvolveu-se, então, a autonomia da vontade a partir do direito romano, chegando a seu ápice com os ideais da Revolução Francesa. Tornou-se perceptível, com o avanço da sociedade e com a busca de uma melhor proteção aos direitos sociais, que um modelo de ampla liberdade contratual não poderia respeitar a igualdade perante as desigualdades dos indivíduos, sendo preciso se pensar em outro papel para a autonomia da vontade.

3.1.3.2 O Declínio do Conceito Clássico

A partir do Estado de bem-estar-social, é que o Estado passou a contribuir de forma mais ativa no sentido de garantir a proteção dos direitos fundamentais de seus cidadãos, já que não era mais suficiente que o Poder Público simplesmente reconhecesse a autonomia das partes, sendo necessário proporcionar condições mínimas para seu aproveitamento. Introduziu-se, assim, a noção de que os direitos fundamentais, além de vincularem, subjetiva e objetivamente o Estado, vinculam também os poderes privados¹³².

¹²⁹ ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da Vontade no Direito Contratual. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.27, jul./set. 2006, p.282.

¹³⁰ *Ibidem*, loc. cit.

¹³¹ CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.19, jul./set. 2004, p.90.

¹³² FAUTH, Juliana de Andrade. **Autonomia Privada e a Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas**. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,autonomia-privada-e-a-eficacia-dos-direitos-fundamentais-nas-relacoes-trabalhistas,55907.html>>. Acesso em: 23 set. 2016.

Apesar do progresso que o advento dos direitos liberais trouxe para a humanidade, a realidade mostrava a sua insuficiência para assegurar a dignidade da pessoa humana. A industrialização acentuou o quadro da exploração do homem pelo homem, um problema que o Estado liberal não tinha como resolver¹³³.

Nota-se que o incremento da visão capitalista como forma de produção, bem como o surgimento dos direitos de segunda e terceira dimensão, levaram a uma preocupação legislativa de proteção dos vulneráveis nas relações negociais. Com o surgimento da sociedade de consumo de massa, a liberdade contratual passou a encontrar limitações em legislações de caráter protetivo¹³⁴.

Fica claro que, no curso do século XX, através do avanço tecnológico e do período de guerras, o individualismo liberal deu espaço para o intervencionismo do Estado, passando as leis civis a intervir cada vez mais na seara das relações negociais e buscando balancear a relação contratual com mecanismos a favor do hipossuficiente. Hoje, se reconhece que tanto a autonomia da vontade, quanto o consensualismo permanecem como base da noção de contrato¹³⁵.

Assim, entende-se a autonomia da vontade como a ferramenta que traz a vitalidade aos contratos, comportando, juntamente à liberdade contratual, certos limites ditados pela função social dos contratos e o valor de justiça¹³⁶. Forma-se aqui, um entendimento de que ainda que sejam as relações particulares pautadas na ideia da liberdade contratual, deve haver certa participação do Estado de forma a efetivar os direitos fundamentais no âmbito contratual.

É, também, imperativo perceber que a autonomia privada difere da autonomia da vontade, pois, por meio desta última, obriga-se o sujeito por meio de declaração de vontade, enquanto na autonomia privada, o negócio jurídico não nasce da simples manifestação de vontade. A autonomia privada nasce, assim, de uma declaração

¹³³ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.15.

¹³⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, TARTUCE, Flávio. O Princípio da Autonomia Privada e o Direito Contratual Brasileiro. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, TARTUCE, Flávio (Coords.). **Direito Contratual: Temas Atuais**. São Paulo: Método, 2007, p.43.

¹³⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, volume 4: Contratos, Tomo I: Teoria Geral**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.72 *et seq.*

¹³⁶ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, v. 3: Contratos**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.24 *et seq.*

amparada pelo ordenamento jurídico e deve obedecer todos os pressupostos de validade exigidos¹³⁷.

A autonomia da vontade está historicamente associada ao voluntarismo jurídico que nela se legitimava diante do poder da vontade, enquanto a autonomia privada carrega um fato objetivo, o poder de autorregular os seus interesses, determinando vicissitudes jurídicas como consequência dos comportamentos assumidos¹³⁸.

Nota-se com o estudo da autonomia da vontade que passou ela a figurar como um verdadeiro princípio do direito privado, incluindo tanto a noção de liberdade, quanto sua participação de determinação nos negócios jurídicos. Sofreu, contudo, certa relativização quando passou a entrar em choque com a consciência social e uma presença mais marcante do Estado.

3.1.4 A Autonomia Privada

Perante tal constatação, há de se conhecer que corresponde a autonomia privada ao poder de realização dos negócios jurídicos, um poder atribuído pelo ordenamento ao indivíduo para que este conduza suas próprias relações produzindo efeitos jurídicos. Fala-se, assim, em uma ordenação de relações jurídicas pela vontade dos particulares, sendo um princípio fundamental do direito privado que traduz a liberdade de negociar no campo do direito das obrigações¹³⁹.

Vem a autonomia privada a se caracterizar, assim, como o direito subjetivo de criar, modificar ou extinguir direitos. Aparece ela como base para toda teoria do negócio jurídico através de atos lícitos da vontade humana. Pode o indivíduo, dentro de um sistema normativo, se submeter voluntariamente a esses atos previstos ou não no ordenamento¹⁴⁰. “Traduz-se, pois no poder reconhecido pela ordem jurídica ao

¹³⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.53.

¹³⁸ ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da Vontade no Direito Contratual. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.27, jul./set. 2006, p.284.

¹³⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op. cit.*, 2005, p.46 *et seq.*

¹⁴⁰ BALLALAI, Augusto Luppi. A Vontade como Elemento Primordial no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.8, ano 32, out./dez. 2007, p.25.

homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, (...), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos.”¹⁴¹.

Desempenha, também, importante papel na proteção jurídica integral da liberdade humana, na medida que a garantia da autonomia pública do cidadão, assim como de sua autonomia privada são vitais para esse processo. Isso se justifica, pois a liberdade é esvaziada quando não são asseguradas as condições materiais mínimas para que as pessoas possam desfrutá-la¹⁴².

Nessa visão, é possível perceber a autonomia privada como um pressuposto da democracia, tendo em vista que, sem ela, não há a possibilidade de que se forme um debate franco de ideias que permita ao cidadão a realização consciente das suas escolhas políticas e a fiscalização dos governantes¹⁴³.

Disciplina Fernando Noronha, ainda, que, enquanto se falava apenas em autonomia da vontade, já subsistiam os princípios da boa-fé e da justiça contratual, mas é apenas através da autonomia privada e da liberdade contratual que estes princípios passaram a desempenhar papéis de maior peso no ordenamento¹⁴⁴.

Através da evolução do conceito de liberdade contratual e como este foi trabalhado pelo Estado é que se torna possível conhecer a importância do instituto da autonomia privada. Não se trata, portanto, de mero instrumento volitivo das partes, vez que está sujeito aos ditames do ordenamento jurídico, mas, ainda assim, revela-se como uma porta para a efetivação da vontade das partes.

3.2 LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA

Com base nos conceitos já adquiridos acerca da autonomia privada, percebe-se que é faculdade da parte contratar livre e racionalmente. Tendo o Estado delimitado a autonomia da vontade como forma de garantia do poder conferido pelo ordenamento para que os indivíduos regulem suas relações privadas, há uma afirmação ao

¹⁴¹ PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almeida, 1982, p.11.

¹⁴² SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.154.

¹⁴³ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁴⁴ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: Autonomia Privada, Boa-fé, Justiça Contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.122.

princípio da *pacta sunt servanda* e um reforço à manifestação da vontade das partes¹⁴⁵.

Há que se notar, diante disso, que como o campo de atuação desse instituto é o dos interesses privados, não poderão esses interesses regular aquelas situações onde existam interesses públicos. Assim, os atos de autonomia apresentam denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que sejam socialmente úteis, ou seja, deve a autonomia privada ser submetida à parâmetros normativos extraídos de outros valores autônomos do sistema, os quais se colocam além do comando volitivo das partes¹⁴⁶.

Além disso, não pode ela ser simplesmente determinada em abstrato, devendo ser, portanto, realizada em função do específico ordenamento jurídico no qual é estudada, dependendo do valor que o ordenamento atribui ou reconhece à liberdade da pessoa para regulamentar seus próprios interesses. Ainda, não se pode imaginar que com as profundas mudanças causadas pela Constituição Federal de 1988 permaneceria a autonomia intocável, sendo necessário notar que a atuação da vontade individual após a CF foi remodelada pela observância de princípios constitucionais como o da Dignidade da Pessoa Humana¹⁴⁷.

Como já analisado, representa a autonomia privada um dos componentes primordiais da liberdade. Importa ela no reconhecimento de que cabe a cada um o poder de decidir de sua própria vida, desde que isso não implique a lesão a direitos alheios, noção essa que muito se assemelha à essência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana¹⁴⁸.

Ainda assim, deverá ela ser conciliada com o direito das outras pessoas a uma idêntica quota de liberdade e com valores igualmente caros ao Estado Democrático de Direito. Percebe-se ser inevitável, para tanto, que o Estado intervenha em certos

¹⁴⁵ ALMEIDA, Rodrigo Andrade de. Função Social da Funcionalização da Autonomia Privada?.*In*: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a Autonomia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, Editora Juspodivm, 2014, p.159 *et seq.*

¹⁴⁶ CABRAL, Érico de Pina. A "Autonomia" no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.19, jul./set. 2004, p.118 *et seq.*

¹⁴⁷ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.79 *et seq.*

¹⁴⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.154

casos restringindo a autonomia individual, seja para proteger a liberdade dos outros, seja para favorecer o bem comum e proteger a paz jurídica da sociedade¹⁴⁹.

Na prática, assim, não será a autonomia privada exercida sem restrições. O Estado se mostra incapaz de exercer plenamente seus deveres e, por vezes, deixa de alimentar financeiramente seus programas sociais e acaba por abdicar de determinadas funções públicas¹⁵⁰. Assim, cria limitações a alguns princípios em prol de outros, de maneira a garantir direitos fundamentais dentro de um espectro possível.

Devem existir, contudo, limites à própria lei, pois há dimensões da autonomia privada tão relevantes para a dignidade da pessoa que se torna necessário protegê-las do legislador, este que é um dos aspectos centrais do constitucionalismo, o qual ocorre em proveito da proteção dos direitos da pessoa. Isso não implica, no entanto, que as liberdades fundamentais sejam absolutas, vez que pode a proteção a uma delas causar lesão à outro direito fundamental ou princípio constitucional no caso concreto. Nesses casos, deve haver uma ponderação de interesses, podendo se restringir a liberdade de forma proporcional ao caso¹⁵¹.

As limitações impostas à autonomia privada detém, portanto, o condão de garantir a eficácia de direitos fundamentais e princípios como a Dignidade da Pessoa Humana. Não pode ela, assim, ser utilizada de forma unilateral, sem influências do ordenamento jurídico e dos valores constitucionais, sofrendo limitações diretamente ligadas a esse sentido e acabando por exercer uma função social, da maneira que se verá a seguir.

¹⁴⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.155.

¹⁵⁰ ALMEIDA, Rodrigo Andrade de. Função Social da Funcionalização da Autonomia Privada?. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a Autonomia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, Editora Juspodivm, 2014, p.158.

¹⁵¹ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, 2006, p.156.

3.2.1 A Autonomia Privada como Instrumento de Concreção do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Fundamentado o papel da autonomia na expressão da vontade dos particulares, há que se entender que não se limita a esse ponto o referido instituto, podendo figurar ainda como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana¹⁵².

Surge, no primeiro momento, a necessidade de se compreender o que vem a ser essa dignidade. Preceitua Kant que a dignidade humana é o “princípio moral segundo o qual o ser humano deve ser tratado como um fim em si, e jamais meramente como um meio que visa a um fim distinto e externo a ele mesmo.”¹⁵³.

A dignidade da pessoa humana figura como um valor que brota da experiência axiológica de cada cultura humana, submetida aos efeitos do tempo e do espaço. Daí porque deve o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser compreendido em sua dimensão histórico-cultural, requerendo um conhecimento de base concreta e real¹⁵⁴.

Para enxergar esse caráter de concreção é preciso partir de duas premissas: a existência de um déficit hermenêutico em relação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, um desgaste de seu sentido, e, por consequência desse desgaste, a consideração de que a autonomia privada do sujeito em concreto pode servir como fator de redução do déficit desse sentido. Assim, torna-se evidente que a dignidade da pessoa humana é um conceito indeterminado, da mesma maneira que inúmeros outros princípios, o que cria uma duplicidade de sentidos a depender do caso concreto¹⁵⁵.

Para melhor compreensão acerca do tema, elabora Ingo Sarlet acerca do conceito da dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e

¹⁵² REQUIÃO, Maurício. Autonomia Privada Como Elemento de Concreção da Dignidade da Pessoa Humana: Considerações Preliminares. *In*: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a Autonomia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, Editora Juspodivm, 2014, p.13.

¹⁵³ KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003, p.16.

¹⁵⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.129.

¹⁵⁵ REQUIÃO, Maurício. *Op. cit.*, 2014, p.13 *et seq.*

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 humanos¹⁵⁶.

Conclui-se que a dignidade da pessoa humana trazida no art. 1º, III, da Constituição Federal da República¹⁵⁷, é fundamento do próprio Estado Democrático, desenvolvido a partir da diversidade de valores da sociedade para garantir as condições existenciais mínimas, um valor inerente a todo indivíduo que não poderá ser substituído.

Em verdade, percebe-se que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é construído por meio de características abstratas, sendo indubitável a necessidade de sua análise mediante o caso concreto. A mera definição de dignidade da pessoa humana não seria, portanto, suficiente, vez que o ser humano não é abstrato, mas sim construído através da concreção com base nos casos concretos¹⁵⁸.

Desenvolve-se o Direito porque os homens são desiguais e aspiram à igualdade. Ao viver em sociedade, o homem acaba compreendendo a necessidade racional de respeitar toda e qualquer pessoa, passando a se exprimir a noção de proporção e igualdade atrelados à ideia de justiça, estes próprios da dignidade da pessoa humana¹⁵⁹.

Essa falta de concreção concernente a dignidade é, contudo, derivada em parte da falta de concreção sobre a pessoa. Existe uma abstração do sujeito que permeia uma falsa ideologia de igualdade, mas é preciso que se veja além dessa noção, devendo reconhecer a individualidade dos sujeitos e, ainda, fornecer tratamento legal diferenciado que atenda uma igualdade real e respeite as liberdades

¹⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.62.

¹⁵⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

(...)

¹⁵⁸ REQUIÃO, Maurício. Autonomia Privada Como Elemento de Concreção da Dignidade da Pessoa Humana: Considerações Preliminares. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a Autonomia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, Editora Juspodivm, 2014, p.15 *et seq.*

¹⁵⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.129.

individuais. Essa construção de igualdade deve passar necessariamente pelo reconhecimento das desigualdades para que se conheça a dignidade da pessoa humana no caso concreto, esta baseada na individualidade a partir da liberdade e autonomia dos sujeitos.

Nessa perspectiva, a igualdade deve ser uma norma não voltada somente ao aplicador da lei, como também para o legislador, vez que não se pode buscar o nivelamento dos indivíduos apenas diante da norma, mas a sua própria edição já deve buscar um tratamento nesse sentido. Deve a lei funcionar como instrumento regulador da vida social, tratando equitativamente os cidadãos¹⁶⁰.

Funcionaria a lei em um plano material quando reconhecesse as diferenças entre as pessoas, erigindo elementos diferenciais e atribuindo relevo às divergências para fim de discriminar situações. Deve, assim, haver uma noção sobre os efeitos jurídicos correlatos e desuniformes entre si para que se realize corretamente um tratamento desuniforme no que tange as diferenças de cada um¹⁶¹.

Juridicamente, a igualdade se formaliza na atribuição de uma personalidade jurídica a todos desde o seu nascimento. Essa igualdade assume também o sentido de proibição para o Estado de discriminação entre os sujeitos, pois apenas através do reconhecimento que todos os indivíduos são iguais perante a lei é que fica possível aplicá-la. Para a lei, todos os cidadãos se encontram na mesma situação, pois todos são iguais face a um terceiro¹⁶².

Contudo, a afirmação da igualdade dos sujeitos perante a lei não tem o condão de uniformizar situações que só detinham em comum o fato de estarem na mesma posição relativa a um terceiro. Há que se reconhecer que existem relações jurídicas de autoridade/subordinação, nas quais não é possível exprimir qualquer situação de igualdade real recíproca. Isso foi reconhecido diante do contrato de trabalho e da desigualdade das partes que nele figura, desigualdade essa não somente

¹⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.10.

¹⁶¹ *Ibidem*, p.13.

¹⁶² PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almeida, 1982, p.86.

econômica, mas também concernente ao exercício de direitos e da posição dominante na celebração do contrato pelo empregador¹⁶³.

Dessa forma, a autonomia privada, ao se falar na lógica individualista, era pautada na igualdade formal, enquanto no Estado Social, existe a lógica de que deve ser reconhecida a desigualdade para que o tratamento diferenciado entre os desiguais permita à igualdade ser satisfeita substancialmente¹⁶⁴.

Através da Carta Magna, deve se reconhecer o direito à liberdade como uma prerrogativa fundamental que investe o ser humano no poder de autodeterminação, que permite a busca da realização pessoal dos sujeitos e de sua felicidade¹⁶⁵. Ainda assim, não se pode ver essa liberdade de forma isolada, devendo considerar o outro e respeitar o que determina a Constituição Federal.

Acerca do tema, o professor Willis Santiago Guerra Filho aborda a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade, através do qual poderá o Estado atender os interesses da maioria respeitando os direitos individuais fundamentais. Se valeria o Estado do princípio da proporcionalidade para ponderar até que ponto será dada preferência ao todo ou às partes, sem violar o mínimo necessário a uma existência digna¹⁶⁶.

Resta demonstrar como a autonomia privada funciona como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana. Surge o conhecimento de que, em meio à sociedade de consumo, o uso da autonomia privada compõe significativamente a existência da liberdade que possuem os indivíduos. Dessa forma, mais do que garantir a autonomia da vontade, passa a autonomia privada a assegurar a autonomia da pessoa, essa decorrente da dignidade da pessoa humana¹⁶⁷.

É vital perceber, como afirma Daniel Sarmiento, que não possuem os poderes públicos autonomia privada, estando eles ligados de forma diferente à ordem

¹⁶³ PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almeida, 1982, p.89.

¹⁶⁴ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.82.

¹⁶⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2012, p.702.

¹⁶⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A Filosofia do Direito: Aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição**. São Paulo: Atlas, 2001, p.86.

¹⁶⁷ REQUIÃO, Maurício. Autonomia Privada Como Elemento de Concreção da Dignidade da Pessoa Humana: Considerações Preliminares. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a Autonomia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, Editora Juspodvm, 2014, p.23.

pública. Pelo fato de que o princípio da legalidade assume postura mais rigorosa sobre o Estado, a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais é completa e incondicionada, enquanto os particulares são titulares de uma esfera de liberdade juridicamente protegida, que deriva do reconhecimento da sua dignidade¹⁶⁸.

Nesse sentido, tem se observado um movimento da doutrina apontando que a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais resolve-se, na maioria dos casos, através de uma ponderação, na qual deve se balancear o direito fundamental em jogo e a autonomia privada do particular¹⁶⁹.

Nessa senda, quando se fala em autonomia, deverá ela ser limitada em função da proteção da dignidade da pessoa humana, sendo ambas analisadas diante do caso concreto. Por meio dessa análise, fica possível compreender que a realização da dignidade da pessoa humana passará pela necessidade de garantir o uso da autonomia aos sujeitos, funcionando a autonomia privada como um fator de facilitação para se expressar o princípio da dignidade¹⁷⁰.

Apenas mediante uma investigação ao plano concreto seria, então, possível concretizar a dignidade da pessoa humana através da autonomia privada, restando claro que a autonomia não se mostra como uma afronta à dignidade, mas sim como uma facilitadora.

3.2.2 Autonomia Privada e a Função Social

Ao se visualizar a autonomia privada como limitadora à dignidade da pessoa humana, há uma espécie de intervenção do Estado no que se refere ao pleno exercício da autonomia. Assim, ao agir como instrumento de concreção, seria possível que a autonomia privada estivesse, de fato, sendo utilizada para realizar uma função social.

¹⁶⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.143.

¹⁶⁹ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁷⁰ REQUIÃO, Maurício. Autonomia Privada Como Elemento de Concreção da Dignidade da Pessoa Humana: Considerações Preliminares. *In*: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a Autonomia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, Editora Juspodivm, 2014, p.25 *et seq.*

Assinala Miguel Reale sobre a função social do contrato:

O que o imperativo da “função social do contrato” estatui é que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros, uma vez que, nos termos do Art. 187, “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Não há razão alguma para se sustentar que o contrato deva atender tão somente aos interesses das partes que o estipulam, porque ele, por sua própria finalidade, exerce uma função social inerente ao *poder negocial* que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária¹⁷¹.

Através desse conceito torna-se possível notar que pode o direito ter as mais diversas funções, como, por exemplo, a função de tornar possível a coesão e a integração do grupo, o que pode se realizar através de diversas estruturas normativas. Não se pode, contudo, dizer que a estrutura e a função agirão de formas independentes, vez que modificações na função poderão acarretar modificações estruturais¹⁷².

Não há surpresa quanto a essa utilização no direito brasileiro, posto haver previsão expressa a respeito da função social do contrato no Código Civil, no art. 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”¹⁷³. Ao se falar em função social do contrato, também se abrange a função social da autonomia privada, pois é justamente através do contrato que ela é exercida.

A função social do contrato exige que os acordos de vontade apresentem sintonia com os interesses da sociedade. Tal entendimento tem intuito de impedir o abuso de direito, devendo ser observados o princípio da socialidade e os valores de justiça e progresso da sociedade¹⁷⁴.

O crescimento dessa noção de função social ocorreu, principalmente, diante de um enfraquecimento do princípio da autonomia da vontade que se deu por meio da conscientização sobre a função social desempenhada pelo contrato e do equilíbrio econômico a ser preservado nas relações. É fato, que por mais que se busque uma

¹⁷¹ REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

¹⁷² BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função: Novos Estudos da Teoria do Direito**. Tradução por Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p.113.

¹⁷³ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 set. 2016.

¹⁷⁴ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, v. 3: Contratos**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.27.

proteção à expressão da vontade das partes no contrato, deve a liberdade de contratar ser exercida conforme os fins sociais do contrato¹⁷⁵.

Poderá, ainda, a autonomia das partes ser regulada de forma a favorecer aquele que não detém as ferramentas adequadas para expressar sua vontade de forma plena. Assim, se percebe uma série de proibições trazidas pela legislação que buscam reforçar a proteção do indivíduo hipossuficiente na relação. Tal proteção tem viés de condicionar a validade dos negócios jurídicos ao atendimento da função social, que é definida no caso concreto, limitando a autonomia privada em uma espécie de controle social¹⁷⁶.

Perante as considerações realizadas, é possível notar que a imposição de limites à autonomia privada não é um fim em si mesmo, mas sim um meio para se evitar consequências sociais mais desastrosas¹⁷⁷.

Percebe-se nesse contexto uma limitação à autonomia que terá, como objetivo final, que exercer uma função social que não se restrinja a garantir a liberdade contratual e a expressão da vontade das partes, mas sim desempenhar um papel muito maior no ordenamento como conciliador de princípios e direitos fundamentais.

3.3 ADEQUAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL E À LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO DO TRABALHO

Ainda que a autonomia privada contenha restrições determinantes à realização da função social e da concreção da dignidade da pessoa humana, é necessário constatar como se comporta esse instituto diante da Constituição Federal e do ordenamento jurídico, em especial o trabalhista, para que não haja uma afronta a qualquer deles.

¹⁷⁵ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, v. 3: Contratos**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.26.

¹⁷⁶ ALMEIDA, Rodrigo Andrade de. Função Social da Funcionalização da Autonomia Privada?. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a Autonomia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, Editora Juspodivm, 2014, p.161.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p.162.

Há que se verificar, inicialmente, que não existe problema em se falar sobre autonomia privada dentro do ordenamento trabalhista. Traz a CLT, no seu art. 442¹⁷⁸, que o contrato individual de trabalho é um acordo tácito ou expresso que trata das relações de emprego, momento através do qual nasce o vínculo empregatício. Contudo, podem deter os contratos no Direito do Trabalho caráter de contrato de adesão, vez que contarão, em regra, somente com a aceitação do trabalhador.

Caracteriza-se o contrato de adesão quando uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos os seus termos. O contrato de trabalho nas empresas de grandes dimensões, segundo Orlando Gomes, se realiza por adesão e regulamento ditado pelo empregador ou resultante de convenção pelo próprio pessoal, ou, ainda, pelas associações profissionais representativas da categoria¹⁷⁹.

Ocorre que, não são os contratos formados exatamente de acordo com os quereres da parte, pois a ele são incorporadas as renúncias e transigências decorrentes da negociação. Esses elementos, por sua vez, não se revelam uma afronta à autonomia das partes, visto que a parte decide livremente pela celebração do contrato, realizando um juízo próprio acerca das perdas e ganhos¹⁸⁰.

A formação dos contratos comporta, ainda, a concepção de que o microssistema jurídico do contrato conta não somente com o princípio da autonomia privada, como também o princípio da boa-fé e da justiça contratual. Os três princípios citados se autodelimitam reciprocamente, construindo a ordem pública externa dos contratos e servindo para direcionar os demais princípios que incidem sobre o contrato¹⁸¹.

Então, a formação do contrato deve observar uma série de requisitos, inclusive principiológicos, em especial quando se fala da autonomia privada. Observa-se, contudo, que a autonomia apresenta variações de acordo com o ramo do direito em

¹⁷⁸ Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

¹⁷⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24.ed. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p.112.

¹⁸⁰ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, v. 3: Contratos**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.24.

¹⁸¹ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: Autonomia Privada, Boa-fé, Justiça Contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.15.

que se encontra, podendo estar mais intimamente ligada à execução das normas, ou, ainda, restrita a certo ponto.

Ao passo que o Direito do Trabalho foi um espaço privilegiado para a manifestação da autonomia privada coletiva, houve uma notável redução da autonomia privada individual. Não cabia mais ao Estado ignorar o crescimento da força sindical e da força coletiva dos trabalhadores, fatores que levaram o Estado a reconhecer essa existência e passar a estabelecer garantias mínimas que podem ser alteradas pela autonomia privada coletiva. Nessa senda, tanto a tutela sindical, quanto o crescente intervencionismo estatal serviram para restringir a autonomia individual¹⁸².

Assim, nota-se que a autonomia privada deve respeitar os limites do ordenamento, mas não se restringe apenas a isso. Deve considerar, da mesma forma, os ditames da Constituição e os direitos fundamentais garantidos ao sujeito, reconhecendo-se que ela poderá ser limitada em prol de direitos individuais e coletivos.

Outro ponto pertinente à autonomia perpassa da noção do contratualismo. Por intermédio da expansão intervencionista do Estado, a contratualidade rompeu com o paradigma liberal e passou a ocupar uma nova ordem pública constitucional. Todavia, permaneceu o contrato de trabalho imune ao processo de mudança, principalmente no que se refere ao sujeito¹⁸³.

Não basta propiciar a presença da autonomia privada nas relações patrimoniais. A interpretação civil-constitucional impõe o reconhecimento de uma esfera de atuação da autonomia em situações existenciais, fato que permite uma abrangência da autonomia privada no Direito Civil¹⁸⁴.

Para o Direito do Trabalho, por sua vez, se percebeu um óbice diante da sua adequação à Constituição referente à contratualidade e à autonomia da vontade, que eram tidas como relação obrigacional exclusivamente patrimonial. Ocorre que o trabalho não pode ser visto meramente como interação da pessoa com a natureza, ou seja, como um produto do mercado e de natureza eminentemente patrimonial.

¹⁸² SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia Privada, Ordem Pública e Flexibilização do Direito do Trabalho. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz (Org.). **Faculdade de Direito: O Ensino Jurídico no Limiar do Novo Século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p.212 *et seq.*

¹⁸³ COUTINHO, Aldacy Rachid. A Autonomia Privada: Em Busca da Defesa dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.179.

¹⁸⁴ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.87.

Deverá, perante essa concepção, ser entendido o trabalho de forma abstrata que cumpre funções sociais distintas¹⁸⁵.

Essa percepção leva a outro tópico, pois, uma vez que o contrato de trabalho apresenta uma função além do exercício da autonomia das partes, se falaria não só em autonomia privada, mas sim numa autonomia pública-privada. Nada mais é, do que uma adequação à visão publicista do direito privado e materializadora dos direitos fundamentais¹⁸⁶. A partir da cognição de que está o contrato de trabalho sujeito à solidariedade constitucional, torna-se necessário adentrar na sua relação com a Constituição, principalmente no tocante aos direitos fundamentais.

O Direito Privado ganhou uma nova face com a Constituição Federal, que trouxe uma maior tendência de valorização do sujeito. Mas para que esse processo de constitucionalização seja analisado como um fenômeno, é preciso reconhecer que as normas que protegem a pessoa humana tem aplicação imediata nas relações privadas¹⁸⁷.

Da mesma forma, é necessário reforçar que toda e qualquer norma constitucional é dotada de eficácia jurídica, não comportando qualquer exceção. Existe, nesse contexto, somente uma variação da carga eficaz que, consoante o grau de normatividade que tenha sido outorgado pelo Texto Maior, poderá variar para mais ou para menos. O que se conclui desse pensamento é que todas as disposições constitucionais enunciam normas jurídicas efetivas, mas terão alcances e significados normativos diferentes¹⁸⁸.

Nesse diapasão, traz o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”. A isso se denomina a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que se traduz na aplicação das normas constitucionais entre particulares em pé de igualdade¹⁸⁹.

¹⁸⁵ COUTINHO, Aldacy Rachid. A Autonomia Privada: Em Busca da Defesa dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.167 *et seq.*

¹⁸⁶ *Ibidem*, p.181.

¹⁸⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, TARTUCE, Flávio. O Princípio da Autonomia Privada e o Direito Contratual Brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, TARTUCE, Flávio (Coords.). **Direito Contratual: Temas Atuais**. São Paulo: Método, 2007, p.51.

¹⁸⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2012, p.655.

¹⁸⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*, 2007, p.51.

No entanto, há que se fazer breves considerações sobre o referido dispositivo, vez que, a partir da sua análise, surge uma controvérsia referente à sua eficácia e aplicabilidade. As diferentes posições oscilam no sentido que essa norma não pode atentar contra a natureza das coisas, visto que boa parte dos direitos fundamentais alcança sua eficácia apenas nos termos e na medida da lei, além daqueles que defendem que até mesmo normas de conteúdo nitidamente programático podem ensejar, em virtude da sua aplicabilidade imediata, o gozo do direito subjetivo individual, independente da atividade legislativa¹⁹⁰.

Ingo Sarlet, por sua vez, opta por adotar o entendimento que a norma do art. 5º, § 1º, tem cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização que estabelece aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. Percebe-se que o alcance da aplicabilidade imediata dependerá do exame da hipótese em concreto, ou seja, da norma de direito fundamental em pauta¹⁹¹.

Ao dizer que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata, significa afirmar que essas normas tem eficácia plena, ou seja, não dependem de qualquer outra interposição do legislador para terem sua eficácia. Não obstante, as normas definidoras de direitos fundamentais assumem funções distintas, com funções e técnicas de positivação próprias. Assim, há uma complexa problemática de eficácia das normas definidoras, na qual devem ser levadas em conta suas funções e técnicas para a aplicação no caso concreto, o que não impede que, em regra, sejam aplicadas imediatamente as normas definidoras dos direitos fundamentais¹⁹².

Exatamente pelo fato de possuírem características específicas que se considera possível a aplicação das normas fundamentais como espécie de porta de entrada na norma infraconstitucional, o que cria, em algumas situações, a eficácia horizontal

¹⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p.271 *et seq.*

¹⁹¹ *Ibidem*, p.278 *et seq.*

¹⁹² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2012, p.656.

mediata que dependerá da boa-fé objetiva e da função social do contrato, dentre outros princípios constitucionais¹⁹³.

Já se percebe a importância dessa concepção para o direito contratual, incidindo imediatamente e com eficácia as normas constitucionais sobre os contratos. Outro fator importante recai sobre a valorização da autonomia privada, que vem a ser reforçada pela liberdade constitucionalmente garantida, mas que encontra seus limites diante da dignidade da pessoa humana¹⁹⁴.

Garantir a liberdade implica, então, no reconhecimento da liberdade do outro, o que vai além dos deveres do Estado e do indivíduo, mas encontra seu embasamento na solidariedade. Isso vem a representar o respeito e a tutela à autodeterminação quanto aos aspectos da personalidade, sem que se viole a dignidade alheia¹⁹⁵.

Conclui-se, assim, por meio da eficácia imediata¹⁹⁶, que as normas de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis às relações jurídicas entre particulares, o que traz limites juridicamente legítimos à autonomia privada, assim como outras consequências. Tal posicionamento decorre do fato de que, por ser princípio basilar do direito privado, limitações à autonomia poderiam implicar na própria identidade do direito privado¹⁹⁷.

¹⁹³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, TARTUCE, Flávio. O Princípio da Autonomia Privada e o Direito Contratual Brasileiro. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, TARTUCE, Flávio (Coords.). **Direito Contratual: Temas Atuais**. São Paulo: Método, 2007, p.51 *et seq.*

¹⁹⁴ *Ibidem*, p.52 *et seq.*

¹⁹⁵ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.109.

¹⁹⁶ Existem, sobre o tema, inúmeras teorias que abordam o plano da eficácia dos direitos fundamentais sobre diversos aspectos. Essas variações, contudo, não são objeto do presente trabalho, vez que seu estudo exige considerações que não são foco do presente. No entanto, não desmerece realizar breves comentários acerca dessas teorias.

Apresentada no atual estudo, a teoria eficácia direta ou imediata trata da aplicação direta dos direitos fundamentais, o que implica dizer que na sua aplicação nas relações entre Estado e Cidadãos, não é necessária nenhuma ação intermediária para que sejam utilizados nas relações interprivadas; Ainda, a teoria da aplicação indireta ou mediata, critica a teoria anterior e afirma que deve a aplicação dos direitos fundamentais ser vista sob sua dimensão negativa, que traz uma vedação ao legislador na edição de lei que viole direitos fundamentais e uma dimensão positiva, devendo o legislador implementar direitos fundamentais, mas ponderando aqueles que devem ser aplicados às relações privadas; A teoria da ineficácia horizontal dos direitos fundamentais ou *State Action* surge na doutrina norte americana e não nega aplicação dos direitos fundamentais entre particulares, mas tenta contornar a falta de regulamentação. Tenta, assim, afastar a impossibilidade de aplicação definindo, ainda que de forma casuística e assistemática em que situações essa aplicação poderia ocorrer. (SILVA. 2005, p.54 *et seq.*)

¹⁹⁷ STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.22 *et seq.*

Diante da evidente tensão entre autonomia privada e direitos fundamentais, existe a necessidade de se pontuar que a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares não é linear e absoluta. Isso ocorre, pois os direitos fundamentais sequer são ilimitados, além de que os particulares são titulares de outros direitos constitucionais e deve se considerar, ainda, a autonomia privada como um bem constitucionalmente protegido que traz garantias ao indivíduo na esfera privada¹⁹⁸.

Transportando esse pensamento para um âmbito maior, é viável se discutir a reflexão hermenêutica sobre o conflito de princípios, a exemplo da liberdade e dignidade da pessoa humana. Robert Alexy, em sua análise, dispõe que um desses princípios deve recuar, sem que seja considerado o outro inválido, aplicando-se uma técnica de ponderação de pesos. A partir daí poderia se falar em, por exemplo, realizar uma ponderação sobre o princípio da liberdade contida na autonomia privada e o princípio da função social no âmbito contratual¹⁹⁹.

Em uma análise do plano fático, infere-se que não será o Estado o único capaz de ferir os direitos fundamentais dos indivíduos, figurando, em sua própria realidade, sujeitos do direito privado possuidores de determinada superioridade, a exemplo do empregador, que podem violar os direitos de outrem. Depreende-se que, da mesma forma que um ou mais direitos entram em contradição no caso concreto, também poderá isso se repetir com os demais dispositivos constitucionais, uma vez que são potencialmente contraditórios, pois revelam uma multiplicidade ideológica e podem entrar em colisão²⁰⁰.

Perante as formulações mais recentes da teoria da eficácia imediata, é o entendimento da resolução como colisões de direitos fundamentais que tem prevalecido, uma vez reconhecida a autonomia privada como objeto da tutela constitucional. No plano concreto, a existência de um direito fundamental em jogo em uma relação contratual não é o bastante para afastar a eficácia do princípio da autonomia privada automática e diretamente. Ainda, assim como os direitos

¹⁹⁸ STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.24 *et seq.*

¹⁹⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, TARTUCE, Flávio. O Princípio da Autonomia Privada e o Direito Contratual Brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, TARTUCE, Flávio (Coords.). **Direito Contratual: Temas Atuais**. São Paulo: Método, 2007, p.54.

²⁰⁰ SCHNEIDER, Aline. **Direitos Fundamentais x Autonomia Privada: Análise Teórica e Prática do Princípio da Proporcionalidade como Método de Resolução de Conflitos Contratuais Privados nas Relações de Consumo**. Âmbito Jurídico. Disponível em: < http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16164>. Acesso em: 27 set. 2016.

fundamentais, pode o princípio da autonomia privada operar como fundamento de restrição a direitos fundamentais²⁰¹.

Estaria, ainda, a autonomia privada diante de outro dilema. Em regra, como as normas restritivas da autonomia constituem exceção, não seria possível utilizar analogia ou interpretação extensiva. Todavia, poderá eventualmente uma norma restritiva da autonomia privada admitir esses dois institutos, quando tiverem por fundamento a proteção da parte vulnerável da relação negocial, a exemplo do trabalhador. A Constituição reforça a proteção aos vulneráveis, especificamente sobre os trabalhadores, no seu art. 7º²⁰², mas prevê, ainda, outras hipóteses que, juntamente ao artigo citado, são devidamente relacionadas à autonomia privada²⁰³.

Conquanto os fatos expostos, deve se pontuar que o princípio da autonomia privada figura como um princípio fundamental com aplicação direta na órbita contratual. Ademais, pode ele ser conceituado como um regramento básico de ordem particular, por força do qual, entram fatores de natureza psicológica, política, econômica e social na formação dos contratos²⁰⁴.

Há um consenso que deve a autonomia privada sofrer restrições em face aos direitos fundamentais. Contudo, não é por essa razão que se reduz, em qualquer ponto, o valor da autonomia enquanto direito constitucionalmente garantido. O que se busca nos casos em que há o conflito é aplicar as técnicas adequadas para que todos os princípios envolvidos não tenham sua validade prejudicada e, de maneira ainda mais prejudicial, haja um desrespeito à Constituição Federal e à dignidade dos sujeitos da relação negocial.

²⁰¹ STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.29.

²⁰² Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

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;

(...)
²⁰³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, TARTUCE, Flávio. O Princípio da Autonomia Privada e o Direito Contratual Brasileiro. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, TARTUCE, Flávio (Coords.). **Direito Contratual: Temas Atuais**. São Paulo: Método, 2007, p.55

²⁰⁴ *Ibidem*, p.76.

3.4 AUTONOMIA PRIVADA DIANTE DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Compreendida essa questão e pacificado que a autonomia privada consiste em uma liberdade de negociação dentro dos limites propostos no ordenamento jurídico, ao tratar deste conceito na relação de emprego, há que se notar que, figurando os direitos trabalhistas como direitos sociais, serão eles passíveis de proteção estatal, logo sendo acobertados pelo próprio Princípio da Proteção²⁰⁵.

Tal entendimento foi intensificado com o Estado de bem-estar-social que, conforme visto, contou com um aumento da participação do Estado que passa a garantir os tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação e educação assegurados a todo o cidadão²⁰⁶. Com esse modelo estatal, o direito passa a adquirir maior aspecto protetivo e, em caráter especial, o Direito do Trabalho passa a figurar como instrumento de efetivação desse modelo.

O fim Direito do Trabalho, entretanto, não parece ser exatamente a proteção do trabalhador, pois não seria possível a existência do regime capitalista e de um ramo do direito em contradição com a classe dirigente. Assim, a finalidade imediata do Direito do Trabalho é a proteção do Trabalhador, mas a finalidade mediata é o equilíbrio social²⁰⁷.

Deste modo, o direito trabalhista deve regular a relação de trabalho para realizar o ideal de justiça mediante a previsão de garantias que compensem a desigualdade social e econômica. Devem, para tanto, a justiça e o direito perseguir soluções de equilíbrio harmônico e devem sempre estar a serviço da coletividade²⁰⁸.

Dessa forma, se passa a falar nos direitos trabalhistas como limitadores da autonomia privada, sendo eles aplicados como uma intervenção atrelada à ideia de

²⁰⁵ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. **A Autonomia Privada e a Relação de Emprego sob a Perspectiva do Direito Individual do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2239>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

²⁰⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PAQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 5. ed., Brasília: Editora da Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000, p. 416.

²⁰⁷ SAMPAIO, Murilo Carvalho Sampaio Oliveira. **(Re)pensando o Princípio da Proteção na Contemporaneidade**. São Paulo: LTr, 2009, p.135.

²⁰⁸ ROMITA, Arion Sayão. **O Princípio da Proteção em Xequê e Outros Ensaios**. São Paulo: LTr, 2003, p.24.

justiça social. Assim, é através da norma jurídica, em relação a toda a sociedade e a economia capitalista, que se reafirma o Direito do Trabalho²⁰⁹.

Percebe-se que diante de uma relação entre uma parte débil e outra detentora de um poder social, o respeito ao princípio da proteção sobre a autonomia privada possibilita garantir a fruição dos direitos fundamentais pelo trabalhador, inclusive enquanto cidadão. Não atingirá, nesse processo, somente direitos trabalhistas, como também os direitos da personalidade do trabalhador²¹⁰.

É preciso, na presença desse cenário, reconhecer que nas relações de emprego sempre existirá a pessoa humana, impregnada de direitos fundamentais que salvaguardam a sua dignidade. Mas essa pessoa acaba sendo colocada à disposição dos interesses do capital que permeiam o contrato de trabalho, momento esse que se torna indispensável a dignidade. É por meio dela que pode o contrato de trabalho se constituir como instrumento hábil a permitir a sobrevivência na sociedade capitalista e a integridade psíquica e intelectual relevantes à proteção da identidade pessoal de cada um²¹¹.

Ainda assim, deve-se lembrar que não podem os interesses econômicos subjugar o valor social do trabalho, ou seja, não podem diminuir a proteção com uma fundamentação meramente econômica em face de uma crise. São nesses momentos que é preciso se reforçar os princípios, o que não quer dizer que permanecerão eles absolutos um sobre o outro, mas que não podem eles simplesmente serem abandonados²¹².

Verifica-se, para tanto, na contratualidade laboral, que a proteção ganha sentido no momento em que é traduzida diante da observância e da efetivação dos direitos que todos possuem. Esses direitos seriam aqueles que provêm da área que possibilita os

²⁰⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. São Paulo: LTr, 2006, p. 122.

²¹⁰ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. **A Autonomia Privada e a Relação de Emprego sob a Perspectiva do Direito Individual do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2239>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

²¹¹ COUTINHO, Aldacy Rachid. A Autonomia Privada: Em Busca da Defesa dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.180 *et seq.*

²¹² SAMPAIO, Murilo Carvalho Sampaio Oliveira. **(Re)pensando o Princípio da Proteção na Contemporaneidade**. São Paulo: LTr, 2009, p.133.

projetos de vida, que nada mais é do que o direito ao trabalho, aquele garantidor da fonte de todas as riquezas e que é conhecido como o trabalho vivo²¹³.

Devem esses direitos de caráter protetivo ser entendidos como os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. São, assim, direitos subjetivos constitucionais, nos quais há a demarcação das esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia, bem como a exigibilidade e a realização dessa demarcação²¹⁴.

Outra questão é que funciona a desigualdade como elemento essencial para o desenvolvimento da eficácia imediata. Reconhecendo a condição de desigualdade existente entre as partes, é possível notar que quanto maior for a desigualdade, maior deve ser a proteção à parte mais fraca da relação, admitindo-se a incidência dos direitos fundamentais para promover o equilíbrio interpartes²¹⁵.

Assim, o modelo de efeitos diretos dos direitos fundamentais nas relações particulares sustenta que a solução para o desnível existente entre as partes na relação empregatícia deve ser tratado como se atentasse o Estado contra os direitos da parte hipossuficiente, visto que já existe uma fraqueza econômica e social do indivíduo diante do Estado e que deve se reconhecer que necessita a parte de proteção também em face das pessoas privadas²¹⁶.

Ocorre que, a atual crise econômico-política que atinge as mais diversas áreas da sociedade chegou também ao Direito do Trabalho, que passa, portanto, por um período de questionamento dos princípios que o norteiam, sobretudo o Princípio da Proteção. Assim, se inicia o neoliberalismo que, conseqüentemente, passa a propor a flexibilização do Direito do Trabalho²¹⁷.

Percebe-se a proteção, muito mais do que o princípio garantidor de redução das desigualdades em frente a relação de emprego, um elemento essencial de garantia

²¹³ COUTINHO, Aldacy Rachid. A Autonomia Privada: Em Busca da Defesa dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.180.

²¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução por Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.450 *et seq.*

²¹⁵ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. **A Autonomia Privada e a Relação de Emprego sob a Perspectiva do Direito Individual do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2239>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

²¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

²¹⁷ *Ibidem*, p.217.

do trabalho. Não poderá, assim, ser afastado pela autonomia privada, mas poderá, a partir da análise do caso concreto, ser ponderado.

4 FLEXIBILIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO: POSSIBILIDADES E LIMITES NECESSÁRIOS

Diante da análise que perpassa a efetivação do princípio da autonomia privada e do Princípio da Proteção, há que se discutir a possibilidade ou não de ocorrer uma flexibilização das normas trabalhistas, o que, em outros termos, significa discutir uma flexibilização da própria CLT e do Direito do Trabalho.

Para tanto, é preciso compreender que flexível é aquilo que pode se dobrar ou curvar com facilidade, é algo maleável, moldável e que pode se adaptar às circunstâncias²¹⁸. Assim, falar em flexibilizar o Direito do Trabalho é torná-lo mais ajustável às situações fáticas, com menor rigidez e valorizando o eficaz ao invés do válido. Seria, dessa forma, um processo de adaptação das normas trabalhistas à realidade²¹⁹.

Funciona ela como afastamento da rigidez de algumas leis para permitir, diante de situações que assim exijam maior dispositividade das partes para alterar ou reduzir as condições de trabalho. Seria, todavia, prejudicial que fosse esse processo desordenado no Direito do Trabalho, pois figuraria como mero apêndice da Economia e transformaria por completo sua fisionomia originária, passando a existir um atrito entre sua finalidade de proteção do trabalhador e a busca pelos fins econômicos²²⁰.

É vital, em meio a esse processo, a percepção de que funciona ele como uma adaptação, uma vez que não gera mudanças na estrutura do Direito do Trabalho, mas sim diante das situações fáticas, como as retrações ou expansões econômicas e transformações sociais ou políticas²²¹. É perceptível, então, que o processo de flexibilização seria capaz de funcionar como uma ferramenta de adaptação das normas trabalhistas ao dilema da efetivação do Princípio da Proteção em face à autonomia privada.

²¹⁸ FLEXÍVEL. *In*: Michaelis - Dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2015. Disponível em: <www.dlinguaport.com.br/ciencia.phju345734>. Acesso em: 24 out. 2016.

²¹⁹ MAGANO, Octavio Bueno. A Flexibilização da CLT. *In*: CARRION, Eduardo; CARRION, Valentin(Dirs.). **Trabalho & Doutrina: Processo Jurisprudência**. Ribeirão Preto: Saraiva, 2002, p.3.

²²⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Flexibilização do Direito do Trabalho: Dimensão e Experiência Brasileira. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v.369, set./out. 2003, p.35.

²²¹ MAGANO, Octavio Bueno. *Op. cit.*, 2002, p.3.

Contudo, deve tal concepção ser estudada a fundo, analisando não somente suas repercussões no Direito do Trabalho, como também seus deslindes constitucionais, assim como seja verificado o respeito à base principiológica e normativa do ordenamento.

4.1 SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE FLEXIBILIZAÇÃO

Inicialmente, há que se compreender que existe uma rigidez do Direito do Trabalho que está ligada à noção de proteção do trabalhador em sua condição de hipossuficiente. Noção essa já trabalhada em conjunto com o conhecimento de que há uma carência de proteção do Estado, que deveria efetivar a proteção por meio de normas rígidas e imperativas, que não poderiam sofrer alterações, mesmo diante da vontade das partes²²².

Percebe-se no direito brasileiro que há uma codificação rígida, através da qual a norma legal escrita é colocada entre a decisão do litígio e os princípios gerais que a informam. Assim, uma vez que o direito trabalhista é permeado pelo princípio tuitivo (da proteção), sua hermenêutica fica toda condicionada à ele, então até que se altere a rigidez, não será plausível se falar em um resultado flexível²²³.

Essa visão do Direito do Trabalho, analisando-se tão somente o aspecto de garantir um aumento à tutela dos trabalhadores, tem sido acusada de integrar um fator de rigidez diretamente no mercado de emprego e de elevar o custo do trabalho, o que contribui para proporcionar um decréscimo dos níveis de emprego e estimular o desemprego²²⁴.

Em sentido oposto, sofreu severa relativização essa rigidez com a globalização da economia. Iniciado com os choques petrolíferos na Europa, esse processo de globalização trouxe consigo a flexibilização das normas que compõe o Direito do Trabalho, além de, em alguns casos, a própria revogação de algumas delas. Com o

²²² MAGANO, Octavio Bueno. A Flexibilização da CLT. *In*: CARRION, Eduardo; CARRION, Valentin(Dirs.). **Trabalho & Doutrina: Processo Jurisprudência**. Ribeirão Preto: Saraiva, 2002, p.3.

²²³ COSTA, Orlando Teixeira. **Rigidez e Flexibilidade do Direito do Trabalho no Brasil**. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1334348/3.+Rigidez+e+flexibilidade+do+Direito+do+Trabalho+no+Brasil>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

²²⁴ CREPALDI, Joaquim Donizeti. **O Princípio de Proteção e a Flexibilização das Normas do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p.57.

final da guerra fria e a queda do império soviético, países plenamente desenvolvidos passaram a divulgar intensa campanha em prol da liberalização do comércio mundial, o que acabou por acarretar profundas inovações no campo da estruturação empresarial e das relações de trabalho²²⁵.

Foi nesse cenário que o movimento capitalista globalizado levou ao barateamento da produção de maneira geral, caracterizada pela utilização da robótica e consequente diminuição do número de empregados. Tal situação chegou ao Brasil, gerando uma busca pelo barateamento da produção que acarretou, muitas vezes, no corte de empregados, terceirização e flexibilização nas relações trabalhistas²²⁶.

A globalização da economia trouxe, assim, uma ruptura de pensamento entre os defensores do Estado social e os adeptos do Estado liberal. Enquanto os primeiros prezam pela intervenção do estatal nas relações de trabalho fundada nos princípios formadores da justiça social e na preservação da dignidade humana, os neoliberais optam pela omissão estatal, desregulamentando o Direito do Trabalho na medida do possível, a fim de que as condições de emprego sejam ditadas pelo mercado de trabalho²²⁷.

Autores que defendem a flexibilização apontam que funciona ela como antônimo de rigidez. Seria, para tanto, a capacidade de adaptação do regime normativo e das instituições à vontade das partes na relação de trabalho. A tratam, ainda, como uma adequação normativa laboral, uma diversificação da proteção que atenderia as alterações na economia, refletidas nas relações entre trabalho e capital²²⁸.

O principal fundamento dos defensores da flexibilização das normas de proteção ao trabalho recai sobre a preservação do emprego e a diminuição do desemprego. Tal processo poderia ocorrer inclusive em países em desenvolvimento, onde a redução do custo da mão-de-obra é essencial para a participação dos produtos e serviços nacionais no comércio mundial. Na prática, contudo, a globalização da economia

²²⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. Conferência de Abertura. *In: Fórum Internacional da Flexibilização no Direito do Trabalho. Anais do Fórum Internacional da Flexibilização no Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, 2003, p.25.

²²⁶ MACHADO, Sérgio Junqueira. A Flexibilização da CLT. *In: CARRION, Eduardo; CARRION, Valentin (Dirs.). Trabalho & Doutrina: Processo Jurisprudência*. Ribeirão Preto: Saraiva, 2002, p.3.

²²⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Op. cit.*, 2003, p.26.

²²⁸ CREPALDI, Joaquim Donizeti. **O Princípio de Proteção e a Flexibilização das Normas do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p.58.

levou a uma crise que adquiriu características estruturais, gerando milhões de desempregados e não alcançando os objetivos almejados²²⁹.

Fica, deste modo, colocada em cheque a possibilidade de se aplicar a flexibilização no Direito do Trabalho e, por consequência, nas relações de emprego. Ainda assim, não se cogita apenas a visão dos autores neoliberais a respeito da flexibilização. Deve buscar a possibilidade de utilizá-la em diferentes graus e com divergentes significados que variem de acordo com a sua aplicação.

4.1.1 Desregulamentação e Flexibilização

Partindo de uma premissa flexibilizadora, muitos empregadores tem buscado um quadro de mudanças, onde se verifica, de fato, uma verdadeira desregulamentação e desconstitucionalização dos direitos do trabalhador. Desregulamentar, por sua vez, significa retirar as normas heterônomas das relações de trabalho, passando elas a serem reguladas pelas vontades dos sujeitos, ou seja, extinguir as regras imperativas e ampliar a liberdade de convenção²³⁰.

Não há, dessa forma, que se confundir flexibilização com desregulamentação, pois esta última é caracterizada pela ausência total do Estado na disciplina das relações de trabalho, caracterizando uma ruptura com a norma existente, enquanto a primeira propõe aplicar de uma outra maneira aquilo que já está regulado²³¹.

No direito trabalhista, a desregulamentação se concretiza na retirada do manto normativo trabalhista clássico sobre determinada relação por meio de lei e de maneira a permitir a efetivação de outra regência normativa. Aponta ela no sentido de alargar espaços para novas fórmulas jurídicas menos interventivas e protecionistas utilizando iniciativas legais para abrir exceção ao império da normatização clássica²³².

²²⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. Conferência de Abertura. *In: Fórum Internacional da Flexibilização no Direito do Trabalho. Anais do Fórum Internacional da Flexibilização no Direito do Trabalho.* Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, 2003, p.29.

²³⁰ CREPALDI, Joaquim Donizeti. **O Princípio de Proteção e a Flexibilização das Normas do Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2003, p.57.

²³¹ *Ibidem*, p.58.

²³² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 14.ed. São Paulo: LTr, 2015, p.69.

Ao se falar em legislação trabalhista e desregulamentação, Alice Monteiro de Barros aponta que o capítulo da CLT que mais sofreu dos efeitos da desregulamentação foi aquele que abarca o trabalho da mulher. Após a Constituição Federal de 1988, a desregulamentação normativa sobre o tema teria o intuito de promover a igualdade da mulher no mercado de trabalho. Em 1989 houve a expressa revogação dos arts. 379 e 380 da CLT, que continham a restrição ao trabalho noturno da mulher, dentre outros artigos que acrescentavam à desigualdade entre os sexos²³³.

Ao se trabalhar com a flexibilização, em outro sentido, o preceito legal trabalhista é apenas atenuado em seus comandos e efeitos, em decorrência de permissivo estipulado em norma estatal ou integrante de instrumento coletivo negociado. Ou seja, seu objetivo é mitigar a amplitude dos comandos do Direito do Trabalho, no qual se percebe uma diminuição da imperatividade das normas justralhistas ou dos seus efeitos, em conformidade com a autorização fixada por norma heterônoma estatal ou norma coletiva negociada²³⁴.

Infere-se, assim, que os efeitos da desregulamentação são muito mais perceptíveis e duradouros que os da flexibilização, pois a desregulamentação do trabalho retorna à concepção liberal de contrato com a valorização da autonomia dos indivíduos. Com ela, é reduzida a proteção do Direito do Trabalho às categorias mais fragilizadas e há uma erosão dos princípios trabalhistas, principalmente o da proteção²³⁵.

Exige-se, diante do quanto exposto, cautela na aplicação dos conceitos. A partir da compreensão de que os efeitos da desregulamentação podem afetar muito mais profundamente o ordenamento, torna-se imperioso realizar uma verdadeira análise prévia a sua aplicação, considerando-se os princípios constitucionais e trabalhistas, com especial destaque ao Princípio da Proteção. Ressalta-se que tal ponderação não deverá ser realizada somente diante dos casos de desregulamentação, como também naqueles de flexibilização, ainda que em menor grau.

²³³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8.ed.São Paulo: LTr, 2012, p.70 *et seq.*

²³⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14.ed. São Paulo: LTr, 2015, p.67.

²³⁵ CREPALDI, Joaquim Donizeti. **O Princípio de Proteção e a Flexibilização das Normas do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p.58 *et seq.*

4.1.2 Flexibilização Autônoma e Flexibilização Heterônoma

Nesse contexto, nota-se que o fenômeno da flexibilização pode também ser analisado como uma desregulamentação normativa tomada pelo Estado, a qual consiste em derrogar vantagens de cunho trabalhista, substituindo-as por benefícios inferiores. A esse fenômeno é dado o nome de flexibilização heterônoma²³⁶.

Configura-se a flexibilização heterônoma trabalhista nas situações em que uma norma jurídica estatal realiza a atenuação da regra legal abstrata, ou, ainda, quando essa norma estipular a outro agente que o faça, como no caso do processo negocial coletivo, o que acaba por envolver as regras autorizadas da própria flexibilização autônoma. O limite aqui encontrado são as disposições constitucionais, uma vez que não pode a norma legal ir de encontro à Constituição Federal²³⁷.

Em sentido contrário, Alice Monteiro de Barros fala em uma regulamentação laboral de novo tipo, seja ela aquela que pressupõe a substituição das garantias legais pelas garantias convencionais. Nessa hipótese, denomina-se a flexibilização autônoma, na qual existe uma primazia da negociação coletiva e traduz uma forma de adaptação das normas trabalhistas às modificações do mercado de trabalho²³⁸. Encontra ela amparo nos incisos VI, XIII e XIV do art. 7º da Constituição Federal de 1988²³⁹.

A flexibilização autônoma trabalhista se compõe, assim, nas situações em que a negociação coletiva sindical é realizada, o que leva à atenuação da regra constitucional ou legal. Destaca-se aqui que essa espécie de flexibilização encontra seus limites não somente na Constituição, como também no disposto na legislação

²³⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8.ed. São Paulo: LTr, 2012, p.69.

²³⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14.ed. São Paulo: LTr, 2015, p.67 *et seq.*

²³⁸ BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, 2012, p.69 *et seq.*

²³⁹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

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

(...)

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;

heterônoma estatal e nas normas de tratados e convenções internacionais ratificados²⁴⁰.

O desrespeito a esses limites legais e constitucionais leva à invalidade da respectiva cláusula inserida no instrumento coletivo, a exemplo dos casos de tentativas irregulares de flexibilização como a diminuição do intervalo para refeição e descanso em jornadas superiores a seis horas, do período de uma hora para trinta minutos. O que se verifica no caso concreto são tentativas de se utilizar as negociações coletivas trabalhistas para desrespeitar as fronteiras máximas definidas pela ordem jurídica²⁴¹.

Fica evidente, dessa forma, a importância de se compreender que pode a flexibilização ser utilizada de diferentes formas, contanto que não sejam violados os dispositivos da Constituição Federal. Surge aí uma necessidade de modernização do Direito do Trabalho para que possa ele suprir as necessidades dos trabalhadores e gerar uma proteção mínima contra o desemprego e demais problemas decorrentes da globalização.

Nesse sentido, torna-se possível falar na flexissegurança, que segundo José Affonso Dallegrave Neto surgiu para combater os elevados índices de desemprego existentes na Dinamarca e se apresenta como uma terceira via entre o modelo da desregulamentação e da segurança do emprego. Através deste instituto se busca o equilíbrio entre a flexibilidade do mercado de trabalho e a proteção dada ao trabalhador, proporcionando maior quantidade e qualidade dos postos de trabalho²⁴².

A Flexissegurança pode ser compreendida como uma forma global de política do mercado de trabalho, combinando disposições contratuais flexíveis sem deixar o trabalhador desamparado, propiciando segurança através de auxílio social e uma forte política de recolocação do mercado de trabalho. É uma medida que permite aos

²⁴⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14.ed. São Paulo: LTr, 2015, p.68.

²⁴¹ *Ibidem, loc. cit.*

²⁴² DALLEGRAVE NETTO, José Afonso. **Flexissegurança nas Relações de Trabalho. O Novo Debate Europeu**. Calvo. Disponível em: <http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/jose_affonso_dallegrave_netto/jose_dallegrave_netto_flexisseguranca.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2016.

trabalhadores encontrarem um novo emprego com maior facilidade e com amparo de um forte componente de segurança²⁴³.

Cresce, diante desse quadro, a percepção de que a flexibilização não pode ser vista de maneira unidimensional, haja vista suas variadas formas de aplicação, assim como seu intuito de adaptação do direito trabalhista à realidade atual, sem abandonar as noções básicas de proteção ao trabalhador. É a partir daí que se torna possível enxergar a flexibilização como um meio de efetivação de direitos e garantias, mas que depende de extrema cautela.

4.2 FUNDAMENTOS DA FLEXIBILIZAÇÃO

É uma característica do pós-modernismo a tendência da desconstituição dos grandes sistemas construídos pelas épocas filosóficas anteriores. Assim, houve uma valorização pelo individualismo, que influenciou ideias políticas, econômicas e sociais, não deixando o direito fora desse processo. Esse movimento representa, no direito, o ato de limitar ao estritamente necessário o elemento intervencionista do Estado e dos estatutos protetores, ideia essa que se contrapõe à teia protetora do Direito do Trabalho, que por muitas vezes vai de encontro às vontades do mercado²⁴⁴.

No que se refere aos aspectos econômicos da sociedade, há uma coincidência com a tendência do neoliberalismo de redução da presença do Estado a um mínimo possível. A presença estatal e a garantia de emprego se revelam nesses modelos como verdadeiros empecilhos à livre-iniciativa e à concorrência. Como a concorrência funciona como a melhor garantia para o empregador e as normas protetoras a limitam, passa a existir uma pressão para a alteração desse pensamento²⁴⁵.

Nota-se na regulação a capacidade de provocar uma série de custos, principalmente no que concerne a ineficiência econômica das empresas sujeitas a essa regulação.

²⁴³ SANTOS, Nathalia Carolini Mendes dos. **Flexisegurança – A Reforma do Mercado de Trabalho**. Revista Científica Integrada. Disponível em: <<http://www.unaerp.br/revista-cientifica-integrada/edicoes-especiais/1686--64/file>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

²⁴⁴ SILVA, Antônio Álvares da. **Flexibilização das Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002, p.59

et seq.

²⁴⁵ *Ibidem*, p.60 *et seq.*

Surgia no setor privado um incentivo às privatizações e ao movimento de desregulação, ambos evidentes consequências da necessidade de liberalização da vida econômica em geral²⁴⁶.

Seguindo a linha das motivações econômicas e filosóficas sobre o modelo protecionista, também se verifica algo similar no direito. Aqui, seu papel na alteração do modelo recai principalmente na abstenção, na qual a lei não deve fixar direitos individuais. Então, cumpre ao Direito do Trabalho, em especial, retirar a capa protetora e intervencionista, deixando aos autores toda a parte negocial da relação de trabalho. Com uma regulação mínima, se torna possível falar no nascimento da flexibilização e sua reivindicação como instrumento moderno de construção do ordenamento jurídico²⁴⁷.

Apesar da flexibilização ter sua origem na economia, tem ela reflexos no Direito do Trabalho e é hoje aplicável a qualquer ramo da ordem jurídica. A globalização da economia estimulou a polêmica entre defensores do Estado social e do Estado liberal, mas existe uma concordância no sentido que a flexibilização nas relações trabalhistas nesse meio e diante da crise da oferta de empregos tem o objetivo de evitar a extinção das empresas, com evidentes reflexos nas taxas de desemprego²⁴⁸.

A flexibilização trabalhista encontra, assim, fundamentação no campo filosófico, econômico e jurídico, revela-se em uma atenuação do véu protetivo e intervencionista para que a liberdade negocial e, de mesmo modo, a autonomia das partes, sejam exercidas com maior liberdade. O que se verá, a seguir, é que deverá ela ser analisada mediante o que dispõe a Constituição Federal, além dos princípios constitucionais e trabalhistas.

²⁴⁶ QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Principais Aspectos Jurídicos da Privatização. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Orgs.). **Curso de Direito Administrativo Econômico**, vol III. São Paulo: Malheiros, 2006, p.105.

²⁴⁷ SILVA, Antônio Álvares da. **Flexibilização das Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002, p.63 *et seq.*

²⁴⁸ CREPALDI, Joaquim Donizeti. **O Princípio de Proteção e a Flexibilização das Normas do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p.68 *et seq.*

4.2.1 Aspectos Constitucionais

Para compreender o processo de flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil, é imperioso compreender que as regras jurídicas e constitucionais respondem ao comportamento histórico do país. São, dessa forma, produtos da história política que podem vir a ser desenvolvidas dentro de uma racionalidade acadêmica, mas acabam se aproximando mais da racionalidade histórica do país²⁴⁹.

Assim, a partir da análise dos ramos que fazem a árvore jurídica do direito contemporâneo, percebe-se que o Direito do Trabalho faz parte de uma importante tradição e é marcado pelo desenvolvimento jurídico através das décadas. Difere-se inicialmente dos demais ramos do direito, pois trata de segmentos sociais classicamente destituídos de riqueza e poder, conferindo-lhes certo prestígio e integração ao sistema. Com seu pioneiro posicionamento, o Direito do Trabalho tem sua inovadora perspectiva incorporada no novo constitucionalismo, que passa a conferir, no plano constitucional, a cidadania e importância aos setores sociais destituídos de riqueza e poder²⁵⁰.

O aprofundamento do processo de constitucionalização da visão social do direito traz consigo a descoberta de novos institutos jurídicos decisivos na configuração do direito e notoriamente fundamentais. Nesse quadro de avanço da visão social do direito é que a Constituição Federal de 1988 ganha destaque principalmente por seu enfoque na dimensão social da estruturação e do funcionamento da democracia. Foi ela que estabeleceu uma conexão decisiva e irretratável entre a perspectiva social e o funcionamento do Estado²⁵¹.

Nesse momento, muito se discutiu e trabalhou acerca da definição da internalização ou constitucionalização dos direitos trabalhistas, assim como sobre a definição da ordem econômica, o que se perpetuou com o caráter liberal da Constituição. Diante dos já mencionados incisos do art. 7º da Carta Magna, foi introduzida a possibilidade de negociação substitutiva, o que, em outras palavras, revela-se uma clara hipótese

²⁴⁹ JOBIM, Nelson. Aspectos Constitucionais da Flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil. *In*: Fórum Internacional da Flexibilização no Direito do Trabalho. **Anais do Fórum Internacional da Flexibilização no Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, 2003, p.319.

²⁵⁰ DELGADO, Maurício Godinho. O Direito Constitucional e a Flexibilização das Normas Trabalhistas. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Direito Previdenciário**. Porto Alegre: Magister, v. 32, set./out. 2009, p.72 *et seq.*

²⁵¹ *Ibidem*, p.75.

de transferência aos agentes econômicos a possibilidade de negociação, ou seja, uma flexibilização²⁵².

Süssekind acredita que teria sido mais eficiente que o texto constitucional tivesse possibilitado à lei ordinária indicar, de maneira restritiva, as hipóteses em que as partes pudessem flexibilizar a aplicação do preceito estatal por meio de convenção ou acordo coletivo. Obviamente, aponta que deveriam ser fixados os limites insusceptíveis de serem desrespeitados diante da autonomia dos atores sociais²⁵³.

Por sua vez, a legislação infraconstitucional já criava em 1988 a possibilidade de flexibilização de normas em alguns casos sem a presença sindical. Não foram essas possibilidades, contudo, recebidas pela Constituição, que optou pelo instituto da negociação coletiva como fonte criadora de normas jurídicas somente nos casos em que um dos sujeitos fosse a entidade sindical obreira²⁵⁴.

Em verdade, a flexibilização já se encontrava no direito brasileiro desde 1966. Já vinha ela sendo praticada em razão das circunstâncias socioeconômicas com a Lei n. 5.017/66, que conferiu ampla liberdade patronal para despedir empregados. O regime era opcional, mas foi tornado obrigatório pela Constituição de 88²⁵⁵. É possível citar, ainda, as leis terceirizantes, especialmente a Lei n. 6.019/74, conhecida como lei do trabalho temporário. Mas, ainda assim, a flexibilização no direito brasileiro só ganha maiores contornos a partir da sua instituição na norma constitucional²⁵⁶.

Mesmo diante do caráter protetivo adotado pela Constituição, percebe-se uma valorização em relação aos acordos e convenções coletivas do trabalho que, por não estarem no campo da legalidade, estariam sujeitas a um controle de

²⁵² JOBIM, Nelson. Aspectos Constitucionais da Flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil. *In*: Fórum Internacional da Flexibilização no Direito do Trabalho. **Anais do Fórum Internacional da Flexibilização no Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, 2003, p.330 *et seq.*

²⁵³ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.55.

²⁵⁴ DELGADO, Maurício Godinho. O Direito Constitucional e a Flexibilização das Normas Trabalhistas. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Direito Previdenciário**. Porto Alegre: Magister, v. 32, set./out. 2009, p.75.

²⁵⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. Conferência de Abertura. *In*: Fórum Internacional da Flexibilização no Direito do Trabalho. **Anais do Fórum Internacional da Flexibilização no Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, 2003, p.33.

²⁵⁶ CREPALDI, Joaquim Donizeti. **O Princípio de Proteção e a Flexibilização das Normas do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p.70.

constitucionalidade do STF e, por conseguinte, à ação direta de inconstitucionalidade²⁵⁷.

Para efeito de melhor compreensão, figura o controle de constitucionalidade como instrumento garantidor para que todos os atos normativos infraconstitucionais guardem compatibilidade com a respectiva Constituição. Tem o objetivo de instituir barreiras à introdução de normas inconstitucionais no cenário jurídico e, caso essas barreiras se mostrem ineficazes, deve reconhecer a existência da norma inconstitucional no sistema²⁵⁸.

Funciona o controle de constitucionalidade das leis através da adoção de formas variadas nos diversos sistemas constitucionais, o que revela seu caráter flexível e a capacidade de adaptação desse instituto. Com a Constituição de 88, há uma ampliação do direito de propositura da ação, trazendo ela uma série de instrumentos que fortaleceram o controle de constitucionalidade²⁵⁹.

Quando exercido reservada e exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal diante da constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais em face da Constituição, passa ele a exercer um controle abstrato das normas, controle esse que poderá ser exercido por meio de ajuizamento de ação direta, cujo pedido principal é a própria declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade. A esse controle se dá o nome de controle concentrado de constitucionalidade, dentro do qual está englobada a ação direta de inconstitucionalidade²⁶⁰.

Ocorre que, quando se coloca os acordos coletivos de trabalho nesse patamar, o exercício da vontade privada ou sindical dos trabalhadores e empregadores passaria não mais pelo Tribunal Superior do Trabalho, mas sim pelo Supremo Tribunal Federal em seu controle abstrato das normas. O problema desse cenário é que se cria uma grande divergência interna no processo produtivo e incerteza sobre o

²⁵⁷ JOBIM, Nelson. Aspectos Constitucionais da Flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil. *In*: Fórum Internacional da Flexibilização no Direito do Trabalho. **Anais do Fórum Internacional da Flexibilização no Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, 2003, p.331 *et seq.*

²⁵⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 19.ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2015, p.58 *et seq.*

²⁵⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade** – Comentários à Lei n. 9.868, de 10- 11- 1999. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.42.

²⁶⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2012, p.345.

espaço, onde deveria haver uma unidade sindical, mas acaba se criando uma confusão no processo produtivo²⁶¹.

O processo de flexibilização não se encontra, dessa forma, sempre em harmonia com a Constituição, como se pode ver acima. O que persiste sobre o tema é uma intensa análise doutrinária que perpassa pelos mais diversos aspectos do ato de flexibilizar. Nesse quesito, ressalta-se que a Constituição não criou um vácuo normativo, buscando trazer limitações tímidas, mas sensíveis, acerca da questão.

Os direitos sociais previstos no art. 7º da Lei Maior trazem liberdades positivas obrigatórias para um Estado Social de Direito. São, deste modo, normas de ordem pública, com características imperativas, que não se submetem à vontade das partes. Sob a ótica laboral, há um caráter detalhista e flexível que permite o processamento da flexibilidade quanto a alguns aspectos laborais, sob a tutela sindical²⁶², conforme o inciso VI do art. 8º da Constituição Federal²⁶³.

Impera-se notar, ainda, que o art. 60, IV, da CF estatui a não possibilidade da proposta de emenda que viabilize a abolição de direitos e garantias individuais, vide aqueles tutelados pelo art. 7º, o que confere a eles a hierarquia de cláusula pétrea, ou seja, dispositivos que não podem ser alterados, nem mesmo por meio de emenda à Constituição. Assim, os direitos e garantias individuais de índole trabalhista não poderão ser abolidos, o que implica afirmar que não poderá a redação das referidas normas ser alterada, desde que não modifique a sua essência de forma a tornar inviável o exercício dos direitos subjetivos ou a preservação das garantias constitucionais²⁶⁴.

Observa-se uma pontualidade nas hipóteses de flexibilização normativa e se percebeu com a Constituição que se fosse estendida a flexibilização a pontos exacerbados, haveria uma descaracterização do Direito do Trabalho como política pública de distribuição de renda e poder. Seria, para tanto, diluída sua função de

²⁶¹ JOBIM, Nelson. Aspectos Constitucionais da Flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil. *In*: Fórum Internacional da Flexibilização no Direito do Trabalho. **Anais do Fórum Internacional da Flexibilização no Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, 2003, p.332 *et seq.*

²⁶² CREPALDI, Joaquim Donizeti. **O Princípio de Proteção e a Flexibilização das Normas do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p.74.

²⁶³ Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

(...)

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

²⁶⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.85 *et seq.*

indutor da inclusão social, razão pela qual, optou o constituinte por trazer hipóteses de flexibilização sempre com a presença do sindicato obreiro²⁶⁵.

Amauri Mascaro Nascimento entende que a Constituição Federal de 1988 rompeu, em grande parte, com as limitações impostas pela CLT ao direito coletivo do trabalho e tem a proposta de tornar menos rígidas as normas sobre jornada de trabalho, mas nota que nunca houve tanta preocupação com os direitos da personalidade do trabalhador quanto agora. Aponta a ampliação da jurisprudência trabalhista diante do direito à intimidade ou à privacidade e uma série de outras questões individuais da pessoa e afirma que, mesmo com o esforço protecionista, o quadro de flexibilização não trouxe os resultados esperados²⁶⁶.

É notável que a Carta Magna delimitou os parâmetros gerais aplicáveis à extensão da negociação coletiva trabalhista e a respectiva flexibilização das normas jurídicas, enfatizando o caráter imperativo do Direito do Trabalho e prestigiando a negociação coletiva, mas não a ponto de que ela se coloque no sentido contrário aos objetivos civilizatórios do ramo trabalhista. Preocupou-se a Constituição, então, com um equilíbrio das dinâmicas sociojurídicas, incentivando o papel equitativo do Direito do Trabalho e permitindo certa adequação setorial negociada em aspectos pontuais²⁶⁷.

Ainda assim, há que se perceber que existe um claro problema, vez que flexibilizar está vinculado a resultados e não somente a princípios e regras, ou seja, deve se verificar um núcleo mínimo de garantias, mas é necessário que se tenha clareza de que determinados espaços podem ser levados em conta no processo produtivo²⁶⁸. A questão é que não se pode enxergar a flexibilização como um instrumento de uma única via, pois, para que se pense nesse processo de atenuação das normas, é preciso analisar não somente suas permissões constitucionais, como também os princípios a ele relacionados e sua ligação com a legislação trabalhista infraconstitucional.

²⁶⁵ DELGADO, Maurício Godinho. O Direito Constitucional e a Flexibilização das Normas Trabalhistas. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Direito Previdenciário**. Porto Alegre: Magister, v. 32, set./out. 2009, p.80.

²⁶⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Flexibilização do Direito do Trabalho: Dimensão e Experiência Brasileira. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v.369, set./out. 2003, p.38.

²⁶⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.*. 2009, p.81.

²⁶⁸ JOBIM, Nelson. Aspectos Constitucionais da Flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil. *In*: Fórum Internacional da Flexibilização no Direito do Trabalho. **Anais do Fórum Internacional da Flexibilização no Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, 2003, p.332 *et seq.*

4.2.2 Flexibilização e Princípios Constitucionais

Perante tal noção, entende-se que os principais princípios trazidos pela Constituição tem significativa importância na questão social e na trabalhista, sem considerar os princípios trabalhistas acolhidos no corpo da Carta Maior. Esses princípios revelam o evidente equilíbrio estabelecido entre a visão econômica e a visão social, sendo atrelados a uma ideia de justiça social. O que se quer com isso é que não cumpram eles apenas um papel social, mas sim uma função que assegure uma dinâmica socialmente incluyente para o sistema econômico²⁶⁹.

Um dos mais importantes princípios para o tema em questão é, sem dúvidas, o princípio da valorização do trabalho e do emprego. Funciona ele como um princípio jurídico, assim como um direito social, que detém caráter multidimensional por seu padrão jurídico singular que não foi atribuído a nenhum outro princípio na Constituição, reforçando o caráter social do direito trabalhista. Agregada a essa dimensão, foi também atribuído o princípio da justiça social, que garante que o bem-estar dos indivíduos não passe apenas por sua qualidade pessoal e individual²⁷⁰.

O trabalho é percebido no seu caráter fundamental principalmente diante do art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948²⁷¹, mas foi detalhadamente regulamentado pelo constituinte brasileiro. O primeiro direito fundamental do trabalhador que se observa, assim, é o direito ao trabalho e à proteção contra o desemprego²⁷².

Nesse aspecto, merece destaque o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que, no Direito do Trabalho, ganha maior relevância no que se refere à dignidade do trabalhador. Proclamado nas constituições democráticas, esse princípio passou a se constituir no vértice para qual convergem todos os direitos individuais e coletivos. Contudo, é extremamente perverso se pugnar pela dignidade do trabalho humano em face a economia globalizada, pois, mesmo estando a flexibilização dos direitos

²⁶⁹ DELGADO, Maurício Godinho. O Direito Constitucional e a Flexibilização das Normas Trabalhistas. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Direito Previdenciário**. Porto Alegre: Magister, v. 32, set./out. 2009, p.76.

²⁷⁰ *Ibidem*, p.76 et seq.

²⁷¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

²⁷² MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.193.

trabalhistas prevista na Carta Magna, as adequações às novas realidades sociais somente são aplicáveis em situações excepcionais. Deve-se contemplar a garantia da justa compensação para se efetuar uma adequação de trabalho, além de que devem as adequações ser realmente favoráveis ao empregado. Portanto, nunca poderá a flexibilização ser um achatamento dos postulados tradicionais do Direito do Trabalho²⁷³.

Há que se ter em mente, a todo momento, que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana figura como princípio ético-jurídico capaz de orientar o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, estabelecendo que os direitos e garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros. Por essa razão, não pode deixar de ser percebido como uma verdadeira fonte dos direitos fundamentais²⁷⁴.

O que se percebe é que, dentro de uma economia globalizada que depende dos baixos custos de produção, há um apreço pelo processo de desregulamentação, o que acaba por conferir maior liberdade ao setor produtivo. As empresas dos mais diversos segmentos têm recorrido à terceirização, causando uma proliferação de prestadores de serviço e, conseqüentemente, colocando o trabalhador em um papel de empresário, assumindo os riscos do seu negócio. É nesse sentido que não se pode confundir flexibilização com desregulamentação, uma vez que ainda se está longe de um nível de desenvolvimento social que dê às partes total liberdade de negociação, havendo que se considerar que, para seguir com o processo flexibilizador, a dignidade do trabalhador não pode ser abandonada²⁷⁵.

A partir desta linha de pensamento, verifica-se que o Direito do Trabalho não pode sucumbir à modernização e qualquer mudança que se verifique no plano prático. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana deve ser visto como o princípio central do ordenamento jurídico, não podendo nenhum ato validado sobre a perspectiva da lei se atentar direta ou indiretamente a este princípio²⁷⁶.

²⁷³ ZANOTI, André Luiz Depes; ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. **A Dignidade da Pessoa Humana e a Flexibilização das Relações do Direito do Trabalho**. Portal Nacional de Direito do Trabalho. Disponível em: < <http://www.pelegrino.com.br/doutrina/ver/descricao/99> >. Acesso em: 28 out. 2016.

²⁷⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direitos Fundamentais: Reflexões e Perspectivas**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p.53.

²⁷⁵ PELLEGRINA, Maria Aparecida. A Flexibilização da CLT e a Dignidade do Trabalhador. In: CARRION, Eduardo; CARRION, Valentin (Dirs.). **Trabalho & Doutrina: Processo Jurisprudência**. Ribeirão Preto: Saraiva, 2002, p.18 *et seq.*

²⁷⁶ ZAMBOTTO, Martan Parizzi. **Os limites e os riscos da flexibilização das normas trabalhistas**. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em:

Ao se falar em flexibilização, é preciso ter muito cuidado ao modificar direitos fundamentais por meio de uma negociação coletiva, mesmo que expressamente autorizada pela Constituição. Deve essa norma coletiva obedecer e estar de acordo com todos os princípios aplicados ao Direito do Trabalho, especialmente o da dignidade da pessoa humana²⁷⁷.

Nota-se que, com a flexibilização trabalhista, pode vir a ocorrer a perda ou diminuição de direitos do empregado. Para tanto, é necessário manter o reconhecimento da hipossuficiência do operário diante do empregador funcionando como contrapeso diante do desequilíbrio instaurado nas relações de trabalho. Em razão dessa evidente hipossuficiência, não se admite a supressão total ou parcial dos direitos trabalhistas tradicionalmente assegurados por condições menos favoráveis ao empregado, sem que se proporcione a ele justa compensação, manutenção do pleno direito à cidadania e a preservação da dignidade humana²⁷⁸.

Dessa passagem se conclui que não se admite, na busca da redução de custos, que os avanços vão de encontro à preservação da dignidade da pessoa humana. Mais do que isso, deve haver uma harmonização entre o processo de flexibilização e os princípios constitucionalmente previstos para que não se perca o caráter social do direito trabalhista e, por consequência, que seja prejudicado o trabalhador.

4.2.3 Flexibilização e Princípios Trabalhistas

No momento em que a necessidade empresarial passa a estabelecer novos padrões de comportamento nas relações de trabalho e inicia o Direito do Trabalho a proporcionar a disponibilidade das suas formas com a eliminação do caráter cogente e imperativo da ordem pública, os princípios trabalhistas que serviram como instrumento integrador e de proteção do trabalhador passam a sofrer fortes ataques.

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12541&rev>. Acesso em: 28 out. 2016.

²⁷⁷ ZAMBOTTO, MartanParizzi. **Os limites e os riscos da flexibilização das normas trabalhistas**. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12541&rev>. Acesso em: 28 out. 2016.

²⁷⁸ ZANOTI, André Luiz Depes; ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. **A Dignidade da Pessoa Humana e a Flexibilização das Relações do Direito do Trabalho**. Portal Nacional de Direito do Trabalho. Disponível em: <<http://www.pelegrino.com.br/doutrina/ver/descricao/99>>. Acesso em: 28 out. 2016.

É ai que o papel designado às entidades sindicais de proteção dos interesses coletivos e individuais dos trabalhadores passa a ser o de uma política de manutenção dos mínimos para a subsistência do trabalhador e de veiculação da política de flexibilização²⁷⁹.

A partir desse momento, o modelo padrão do contrato de trabalho passa a conviver com formas atípicas e flexíveis, como a terceirização e o contrato por prazo determinado, que passam a determinar um processo de precarização laboral e mitigação da dignidade da pessoa humana. Fica, por conseguinte, a utilização dos princípios do Direito do Trabalho cada vez mais dificultada, vista a utilização de novas formas e métodos contratuais²⁸⁰.

Ainda que não exista uma unanimidade sobre os princípios do Direito do Trabalho, deve-se considerar a presença de alguns deles que revelam maior relação com a flexibilização das normas trabalhistas, sejam eles o Princípio da Proteção, da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, da continuidade e o da primazia da realidade²⁸¹.

Dizer que são irrenunciáveis as regras trabalhistas é afirmar que as alterações feitas pelo empregador com objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar os processos trabalhistas não terão qualquer efeito. A continuidade do contrato de trabalho, por sua vez, revela a intensão do ordenamento pela manutenção da relação de emprego. O princípio da irrenunciabilidade não encontra seu embasamento na Constituição, enquanto o princípio da continuidade sofreu mitigação coma extinção da estabilidade após a Carta Maior de 1988 e através da contratação por prazo determinado²⁸².

O notável dentre os princípios supracitados é que, uma vez que a flexibilização for realizada por meio de lei, podem esses princípios ser altamente prejudicados e, a depender do caso, podem até mesmo vir a desaparecer. O mesmo ocorre com o princípio da primazia da realidade que nos casos do funcionário público que não

²⁷⁹ BARROSO, Fábio Túlio; TEIXEIRA, Sérgio Torres. **Os Princípios do Direito do Trabalho Diante da Flexibilidade Laboral.** Jus Laboris. Disponível em: <http://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/13662/004_teixeira_barroso.pdf?sequence=4&isAllo wed=y>. Acesso em: 28 out. 2016.

²⁸⁰ *Ibidem*.

²⁸¹ MARTINS, Sergio Pinto. A Flexibilização da CLT e os Princípios do Direito do Trabalho. *In*: CARRION, Eduardo; CARRION, Valentin (Dirs.). **Trabalho & Doutrina: Processo Jurisprudência.** Rio de Janeiro: Saraiva, 2002, p.16.

²⁸² *Ibidem*, p.17.

presta concurso de admissão. Mesmo que se encontre a subordinação e os demais elementos da relação empregatícia, só receberá esse indivíduo o pagamento da contraprestação pactuada, mas não é reconhecido o vínculo de emprego com a Administração Pública²⁸³.

Já decidiu o Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA NULA. FGTS. INCIDÊNCIA DO ART. 19-A DA LEI N. 8.036/1990. JULGADO RECORRIDO DIVERGENTE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL. RECURSO PROVIDO. Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: "AÇÃO ORDINÁRIA - SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA IRREGULAR - [I]NEXISTÊNCIA DE VÍNCULO CELETISTA - FGTS - VERBA NÃO DEVIDA. - Ainda que em contratação irregular, não faz jus o servidor público municipal às verbas próprias do regime celetista, tal como o FGTS, as quais não são extensíveis aos servidores públicos pelo artigo 39, § 3º, da CF/88. (...) Antes de qualquer coisa, esclareço que, como cediço, a Constituição Federal estabelece no artigo 37, inciso II, que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, sendo admitida, contudo, pela Magna Carta, a contratação por tempo determinado para atender necessidades temporárias de excepcional interesse público, conforme a lei estabeleça, nos termos do art. 37, IX. (...) Com efeito, o fato de entender-se pela nulidade da contratação não afasta a existência de vínculo jurídico-administrativo (de natureza estatutária) estabelecido entre as partes através do contrato temporário, já que este, conforme a base legal apontada nos contratos, encontra-se regido, na hipótese, pela Lei Municipal 1.522 (Estatuto do Funcionário Público Municipal de Ponte Nova). Ressalto que, embora nulo o contrato, por ofensa ao art. 37, II, da CF, tenho manifestado no sentido de que, sendo incontroverso o vínculo de trabalho entabulado entre as partes, bem como a efetiva prestação dos serviços, é assegurado ao servidor contratado a devida contraprestação pecuniária, sendo, por outro lado, devidas também as parcelas constitucionalmente asseguradas aos servidores investidos em cargo público, que não apenas os salários, sob pena de enriquecimento ilícito do Município e violação direta ao princípio constitucional da moralidade, norteador do Direito Administrativo brasileiro, e à própria valorização do trabalho humano.(...)"²⁸⁴.

Sob outra perspectiva, surge o princípio do não retrocesso social como forma de resistência à investida do Direito Flexível do Trabalho. Caracteriza-se esse princípio pela ideia de que os ganhos sociais e econômicos jamais poderão ser ceifados ou anulados, passando a noção de que qualquer direito social consagrado jamais

²⁸³ MARTINS, Sergio Pinto. A Flexibilização da CLT e os Princípios do Direito do Trabalho. *In*: CARRION, Eduardo; CARRION, Valentin (Dirs.). **Trabalho & Doutrina: Processo Jurisprudência**. Ribeirão Preto: Saraiva, 2002, p.17.

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 752212 – Proc. 10521080790343001. Recorrente: Messias de Souza. Recorrido: Município de Ponte Nova. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DJ 19 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+752212%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/marpjj6>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

poderá ser eliminado. Considera-se ele como um verdadeiro princípio de resistência à flexibilização trabalhista, sendo levado em conta o elemento finalista de melhorada condição social do trabalhador disposta no caput do art. 7º da Constituição como instrumento de realização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana²⁸⁵.

Talvez aquele que mais tenha implicações diante da flexibilização na seara laboral, o Princípio da Proteção é resultante de normas imperativas, de ordem pública, correspondendo à intervenção do Estado na relação de emprego e causando uma intervenção na autonomia das partes²⁸⁶. Sua já trabalhada finalidade de propiciar o equilíbrio entre as partes cria uma série de repercussões sobre a flexibilização, razão pela qual merece maior consideração.

4.3 FLEXIBILIZAÇÃO DIANTE DO PROTECIONISMO

Historicamente, o Direito do Trabalho sempre contou com uma visão protecionista sobre o trabalhador. Nesse contexto, se caracterizou o Princípio da Proteção pela interferência básica do Estado nas relações de trabalho, por meio de normas de ordem pública, para compensar a desigualdade econômica sofrida pelo trabalhador com uma proteção jurídica favorável²⁸⁷.

O princípio protetivo se verifica, assim, através dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais do art. 7º da Constituição, assim como ao longo da CLT, como nos arts. 444²⁸⁸ e 620²⁸⁹. Entretanto, permite ele recortes pela própria lei que objetivam

²⁸⁵ BARROSO, Fábio Túlio; TEIXEIRA, Sérgio Torres. **Os Princípios do Direito do Trabalho Diante da Flexibilidade Laboral**. Jus Laboris. Disponível em: <http://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/13662/004_teixeira_barroso.pdf?sequence=4&isAlloWed=y>. Acesso em: 28 out. 2016.

²⁸⁶ FREDIANI, Yone. A Flexibilização da CLT – Impactos da Flexibilização da Legislação Trabalhista no Mercado de Trabalho – O Que Não Pode Ser Negociado. *In*: CARRION, Eduardo; CARRION, Valentin (Dir.). **Trabalho & Doutrina: Processo Jurisprudência**. Ribeirão Preto: Saraiva, 2002, p.8.

²⁸⁷ MORAIS, Maria Christina Filgueira de. **A Flexibilização Trabalhista como Consequência da Atual Conjuntura Econômica Mundial**. Jus Navigandi. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12133/a-flexibilizacao-trabalhista-como-consequencia-da-atual-conjectura-economica-mundial/1>>. Acesso em: 29 out. 2016.

²⁸⁸ Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

²⁸⁹ Art. 620. As condições estabelecidas em Convenção quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acôrdio.

não onerar demais o empregador e impedir o progresso no campo das conquistas sociais²⁹⁰.

Conforme já trabalhado, esse princípio é fundado na ideia de proteção ao trabalhador hipossuficiente, buscando conferir a ele um status social, o que está ligado a própria razão de ser do Direito do Trabalho²⁹¹.

Retornando a doutrina de Plá Rodríguez, o Princípio da Proteção seria o critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho. Responde, assim, ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes, que é o trabalhador. Enquanto no direito comum muito se busca assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no direito trabalhista o foco central recai na proteção de uma das partes com o objetivo de alcançar uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes²⁹².

Por outro lado, posicionamentos menos tradicionalistas vêm surgindo nas últimas décadas, como apontou José Augusto Ferreira da Silva durante o Fórum Internacional sobre a Flexibilização no Direito do Trabalho de 2003 que a feição protecionista vem sendo posta em cheque, vez que, hoje, não teria mais razão de ser, servindo como uma das responsáveis pela crise da economia e pelo deficiente funcionamento do sistema produtivo. Destacou a necessidade de resposta das empresas às exigências, cada vez maiores, do mercado e à introdução de novas tecnologias e processos de industrialização²⁹³.

É preciso considerar o período de grandes transformações em que vivemos, conforme já trabalhado, através do qual, cresce o discurso da flexibilização das normas que regulam as relações de trabalho. Diante de uma ordem pública social permeada por uma legislação trabalhista mais dispositiva e menos imperativa, aonde a autonomia privada é consagrada em situações cruciais da relação de emprego,

²⁹⁰ CREPALDI, Joaquim Donizeti. **O Princípio de Proteção e a Flexibilização das Normas do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p.79.

²⁹¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p.94 *et seq.*

²⁹² RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr,1978, p. 37 *et seq.*

²⁹³ SILVA, José Augusto Ferreira da. Flexibilização do Direito do Trabalho em Portugal. *In*: Fórum Internacional da Flexibilização no Direito do Trabalho. **Anais do Fórum Internacional da Flexibilização no Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, 2003, p.153.

falar em flexibilização do Direito do Trabalho se revela em um processo de adaptação das normas trabalhistas à realidade latente²⁹⁴.

A economia mundial tem sofrido uma série de transformações com a crise financeira iniciada nos anos 70 e 80, na Europa Ocidental; os avanços tecnológicos e a quebra das barreiras alfandegárias com a mundialização da economia. Esses fatores e outros alteraram os métodos de produção e trabalho, criando uma imposição de crescimento da produção para disputar o mercado globalizado. Ainda, a crise imobiliária e econômica americana e a crise econômica que atravessa o Brasil com gastos excessivos com a previdência, programas sociais e com a corrupção na Petrobrás tem agravado o cenário de caos econômico²⁹⁵.

A partir daí, se tem buscado um Direito do Trabalho mais flexível, aberto a mudanças e adaptável à nova situação econômica mundial. Flexibilizar passa a ser uma solução considerada, na qual a intervenção estatal nas relações trabalhistas sofreria alterações, autorizando, em determinados casos, regras menos rígidas, de forma a possibilitar a manutenção da empresa e dos empregos²⁹⁶.

Não há dúvidas de que o Princípio da Proteção é fundamental à orientação de todo o sistema trabalhista, não visando apenas garantir uma remuneração mensal ao trabalhador. Ao proteger o trabalho e o trabalhador contra atos imotivados ou arbitrários, o princípio visa à proteção da sociedade como um todo. Entretanto, em tempos de crise econômico-financeira, seja interna ou social, não é incomum que seja ele colocado à prova ou mesmo, atenuado²⁹⁷.

Nesses momentos, há uma natural tendência de que os trabalhadores sigam o caminho da luta coletiva, ganhando a autonomia privada coletiva uma outra dimensão, além de que o próprio empresário desenvolve a mentalidade de busca da negociação coletiva para minimizar os efeitos da crise. Nota-se, assim, que os atores

²⁹⁴ MORAIS, Maria Christina Filgueira de. **A Flexibilização Trabalhista como Consequência da Atual Conjuntura Econômica Mundial.** Jus Navigandi. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12133/a-flexibilizacao-trabalhista-como-consequencia-da-atual-conjectura-economica-mundial/1>>. Acesso em: 29 out. 2016.

²⁹⁵ BOMFIM, Vólia. **Tendências do Direito do Trabalho e Flexibilização de suas Regras.** Gen Jurídico. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/10/03/tendencias-do-direito-do-trabalho-e-flexibilizacao-de-suas-regras/>>. Acesso em: 29 out. 2016.

²⁹⁶ *Ibidem.*

²⁹⁷ MAIA, Andressa Retori Teixeira. **Flexibilização das Normas Trabalhistas em Tempos de Crise: Uma Análise das Regras de Lay-off e do Programa de Proteção ao Emprego (PPE).** Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/flexibilizacao-das-normas-trabalhistas/>>. Acesso em : 29 out. 2016.

sociais procuram a via da negociação em face do fracasso e/ou ausência da política governamental²⁹⁸.

Diante desse aspecto, é preciso analisar o papel da flexibilização em frente ao alcance da ordem pública na esfera trabalhista. Em primeiro lugar, a função limitadora que a ordem pública exerce sobre a autonomia privada não configura a exigência da supremacia do interesse público sobre o interesse dos particulares, mas sim a exigência de que os particulares não subvertam os valores fundamentais que estruturam a sociedade por meio das convenções²⁹⁹.

Perante essa constatação, é fundamental conceber que o garantismo do Direito do Trabalho, ou seja, as normas que visam a proteção do trabalhador e a garantia de benefícios, nasceu como exigência social da proteção dos operários de fábrica e se consolidou com a necessidade de reconhecer a cidadania ao trabalhador. Com a CLT, ganhou moldura e destaque e encontrou suporte no Princípio da Proteção³⁰⁰.

É indispensável, no cenário atual, notar que mesmo em um panorama de crescimento econômico, grande parte da receita de uma empresa será gasta no pagamento dos encargos fiscais e com o cumprimento da legislação trabalhista. Diante de um panorama de crise econômica, por sua vez, não seria absurdo conceber que a redução da mão de obra seria uma das primeiras medidas adotadas pelo empregador para reduzir despesas de forma imediata. Em outra linha, deve se reconhecer que os princípios não são instituídos sem razão, não sendo plausível que um princípio seja facilmente descartado em detrimento de outro, mesmo em tempos de crise³⁰¹.

Dessa forma, sabe-se que o legislador assegura aos trabalhadores um patamar mínimo de direitos, considerando-se a dignidade e o valor do trabalho humano, fazendo com que a ordem pública promova a regulação social através de princípios intangíveis. O que não se pode deixar de lado é que, segundo o Princípio da Norma

²⁹⁸ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia Privada, Ordem Pública e Flexibilização do Direito do Trabalho. *In*: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz(Org.). **Faculdade de Direito: O Ensino Jurídico no Limiar do Novo Século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p.218.

²⁹⁹ *Ibidem*, p.219.

³⁰⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.58.

³⁰¹ MAIA, Andressa Retori Teixeira. **Flexibilização das Normas Trabalhistas em Tempos de Crise: Uma Análise das Regras de Lay-off e do Programa de Proteção ao Emprego (PPE)**. Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/flexibilizacao-das-normas-trabalhistas/>>. Acesso em: 29 out. 2016.

Mais Favorável aplicado às normas jurídicas trabalhistas em força do Princípio da Proteção, é próprio do Direito do Trabalho que as normas mais gerais e abstratas estabeleçam um mínimo de garantias sem proibir as normas de categoria inferior. Para tanto, o que se aplica é a normas mais concreta, elaborada dentro dos limites das normas mais gerais e abstratas³⁰².

Não haveria, dessa maneira, a substituição de uma norma por outra, mas a aplicação de ambas, pois mesmo que a norma mais favorável seja de categoria inferior à norma de categoria superior, contém ela as condições previstas nesta última. Ainda assim, devem ser observados os limites da ordem pública para que se possa falar em flexibilização³⁰³.

Nesse sentido, aponta José Augusto Rodrigues Pinto:

Se praticada sem a necessária prudência, para atender ao interesse puramente capitalista, a flexibilização pode desaguar na pura e simples desregulamentação das relações de trabalho, que determinará, sem dúvida, uma espécie de regresso do Direito do Trabalho, enquanto ramo da ciência jurídica, ao campo privado, pois foi o intervencionismo vigoroso e extenso da norma de interesse social que encorpou seu tecido publicista e até inspirou classificá-lo para além do Direito Público, formando o que seria o *tertium genus* do Direito Social³⁰⁴.

Retira-se desse ponto a existência de uma necessidade de conciliar a flexibilização com medidas protetoras mínimas, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro é marcado pela intervenção estatal nas relações de trabalho. Fato esse notado na mitigação da autonomia privada e na impossibilidade de determinados direitos serem modificados, o que, ainda que eventualmente se tenha a concordância das partes, acaba impedindo a realização de ajustes³⁰⁵.

Em contrapartida a esses entendimentos clássicos, tem se percebido uma tendência majoritária relativa no Direito do Trabalho que reafirma a favorabilidade do princípio da norma favorável ao trabalhador como forma de hierarquização das normas jurídicas trabalhistas. Também retorna a discussão da teoria da incorporação dos direitos adquiridos, na qual a renúncia a direitos adquiridos é aceita mediante

³⁰² SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia Privada, Ordem Pública e Flexibilização do Direito do Trabalho. *In*: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz(Org.). **Faculdade de Direito: O Ensino Jurídico no Limiar do Novo Século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p.220.

³⁰³ *Ibidem*, *loc. cit.*.

³⁰⁴ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p.73 *et seq.*

³⁰⁵ SOUZA, Alexandre Moraes e. **Flexibilização das Normas Trabalhistas**. Universo Jurídico. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/7141/flexibilizacao_das_normas_trabalhistas>. Acesso em: 30 out. 2016.

acordos coletivos, sendo a tutela legal substituída pela tutela convencional dos sindicatos e dos órgãos de representação dos trabalhadores³⁰⁶.

A própria Constituição Federal reconhece a possibilidade das garantias mínimas serem objeto de revisão mediante negociação coletiva, cabendo aos sindicatos a tarefa de atuar na representação de trabalhadores na efetivação das condições de trabalho quer no local de trabalho, quer no setor de atividade em que atua³⁰⁷.

Nesta direção, constata-se que a flexibilização possibilita uma rediscussão das normas trabalhistas para além das regras rígidas da CLT, sendo possível encontrar meios de manter os contratos de trabalho sem onerar o empregador em momentos em que a situação financeira interna ou externa da empresa não esteja favorável, ainda se respeitando o Princípio da Proteção. Contudo, flexibilizar não se trata de abandonar a letra da lei ou mitigar direitos em suas raízes, o que se observa é um modelo de flexibilização por adaptação, por meio da qual se procura enquadrar a legislação à situação econômica social, sem restringir ilimitadamente direitos³⁰⁸.

Fica evidente que deve a flexibilização ser utilizada como instrumento de reestruturação da sociedade, adaptando as necessidades de mercado, que englobam os encargos excessivos dos empregadores, mantendo-se essas alterações dentro de uma alçada mínima de garantias protetivas. Não se busca, assim, a flexibilização como uma ferramenta de desregulamentação, mas sim como um meio de adaptação das normas do Direito do Trabalho à realidade atual.

4.4 FLEXIBILIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

A partir da compreensão de que se busca construir um Direito do Trabalho flexível, que se adapte às necessidades dos novos tempos e que não prejudique o

³⁰⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.57.

³⁰⁷ JOÃO, Paulo Sérgio. **Flexibilização no Contrato de Trabalho é Possível**. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-30/reflexoes-trabalhistas-flexibilizacao-contrato-trabalho-possivel>>. Acesso em: 30 out. 2016.

³⁰⁸ MAIA, Andressa Retori Teixeira. **Flexibilização das Normas Trabalhistas em Tempos de Crise: Uma Análise das Regras de Lay-off e do Programa de Proteção ao Emprego (PPE)**. Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/flexibilizacao-das-normas-trabalhistas/>>. Acesso em: 29 out. 2016.

trabalhador³⁰⁹, é preciso analisar alguns aspectos dessa flexibilização no direito brasileiro.

4.4.1 Alteração do art. 618 da CLT

Um dos mais recentes pontos de discussão recai sobre o Projeto de Lei nº 4.962/2016³¹⁰, atualmente apensado ao Projeto de Lei nº 427/2015³¹¹, que está em tramitação no Congresso Nacional. O referido projeto dispõe sobre a possibilidade das negociações entre as partes da relação trabalhista estabelecerem condições diferentes daquilo que reza a CLT, sem pressupor a supressão de direitos ou a formalização do desequilíbrio entre as partes³¹².

O projeto de lei altera o art. 618 da CLT, nos mesmos moldes da intenção do governo de Temer³¹³. O presidente da República em exercício já anunciou que a reforma trabalhista está sendo elaborada pelo governo e que não tem o objetivo de retirar direitos, mas sim de manter empregos. A proposta é que o Executivo tem a proposta de transformar a CLT em uma legislação simplificada e com clareza, mas sem retirar os direitos básicos dos trabalhadores³¹⁴.

A intenção do projeto, assim como se mostrou em projetos anteriores, corresponde a um objetivo claro do governo, que é fazer com que o negociado prevaleça sobre o

³⁰⁹ SILVA, Antônio Álvares da. **Flexibilização das Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002, p. 59 *et seq.*

³¹⁰ BRASIL. Projeto de Lei nº 4.962/2016. Altera a redação do artigo 618 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2081782>>. Acesso em: 30 out. 2016.

³¹¹ BRASIL. Projeto de Lei nº 427/2015. Acrescenta dispositivos à CLT (Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943), dispendo sobre o procedimento conjunto de jurisdição voluntária na Justiça do Trabalho, para possibilitar a homologação de acordo extrajudicial firmado pelos interessados. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=947816>>. Acesso em: 30 out. 2016.

³¹² ZAVANELLA, Fabiano. **A Prevalência do Negociado sobre o Legislado**. Jusbrasil. Disponível em: <http://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/399946519/a-prevalencia-do-negociado-sobre-o-legislado?ref=topic_feed>. Acesso em: 30 out. 2016.

³¹³ DOCA, Geralda. Flexibilização da CLT Entra na Pauta do Governo Temer. **O Globo**. mai. 2016, Atualizado jul. 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/flexibilizacao-da-clt-entra-na-pauta-do-governo-temer-19353463>>. Acesso em: 30 out. 2016.

³¹⁴ MATOSO, Filipe. Temer defende reforma trabalhista e diz que é saída para manter empregos. **G1**, Brasília, 24 ago. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/08/temer-defende-reforma-trabalhista-e-diz-que-e-saida-para-manter-empregos.html>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

legislado³¹⁵. Pretende-se, assim, dar nova dimensão à negociação coletiva, facultando às categorias patronal e profissional o estabelecimento de regras específicas para a relação de trabalho. Claro que, quando houver confronto entre as condições negociais e normas de eminente caráter público, como as normas relativas à segurança e saúde do trabalhador, a vontade das partes não poderá prevalecer³¹⁶.

É preciso notar, diante do quanto discutido, que em decisão recente do Supremo Tribunal Federal proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 323, o ministro Gilmar Mendes concedeu medida cautelar para suspender todos os processos e efeitos de decisões no âmbito da Justiça do Trabalho que carregam a discussão da aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas, questionando a Súmula 277 do TST³¹⁷. Afirma que, mesmo depois de expirada a validade das cláusulas previstas em convenções ou acordos coletivos, a súmula contraria os preceitos constitucionais da separação dos poderes e da legalidade³¹⁸.

(...)Desse modo, em análise mais apurada do que se está aqui a discutir, em especial com o recebimento de informações do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho da 1ª e da 2ª Região, bem como por verificar, em consulta à jurisprudência atual, que a Justiça Trabalhista segue reiteradamente aplicando a alteração jurisprudencial consolidada na nova redação da Súmula 277, claramente firmada sem base legal ou constitucional que a suporte, entendo, em análise preliminar, estarem presentes os requisitos necessários ao deferimento do pleito de urgência.

Reconsidero, por esses motivos, a aplicação do art. 12 da Lei 9.868/1999.

Em relação ao pedido liminar, ressalto que não tenho dúvidas de que a suspensão do andamento de processos é medida extrema que deve ser adotada apenas em circunstâncias especiais. Em juízo inicial, todavia, as razões declinadas pela requerente, bem como a reiterada aplicação do entendimento judicial consolidado na atual redação da Súmula 277 do TST, são questões que aparentam possuir relevância jurídica suficiente a ensejar o acolhimento do pedido.

Da análise do caso extrai-se indubitavelmente que se tem como insustentável o entendimento jurisdicional conferido pelos tribunais trabalhistas ao interpretar arbitrariamente a norma constitucional.

³¹⁵ SILVA, Antônio Álvares da. **Flexibilização das Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002, p.86.

³¹⁶ FREDIANI, Yone. A Flexibilização da CLT – Impactos da Flexibilização da Legislação Trabalhista no Mercado de Trabalho – O Que Não Pode Ser Negociado. *In*: CARRION, Eduardo; CARRION, Valentin (Dir.). **Trabalho & Doutrina: Processo Jurisprudência**. Ribeirão Preto: Saraiva, 2002, p.9.

³¹⁷ As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

³¹⁸ NOTÍCIAS DO STF. **Ministro suspende efeitos de decisões da Justiça do Trabalho sobre ultratividade de acordos**. Supremo Tribunal Federal. 14 out. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=327394>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

Ante o exposto, defiro o pedido formulado e determino, desde já, ad referendum do Pleno (art. 5º, §1º, Lei 9.882, de 1999) a suspensão de todos os processos em curso e dos efeitos de decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho que versem sobre a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas, sem prejuízo do término de sua fase instrutória, bem como das execuções já iniciadas³¹⁹.

Percebe-se que existe esse movimento de expansão da liberdade negocial no direito brasileiro, mas ainda há pontos de discussão que precisam ser melhor trabalhados no que diz respeito à negociação coletiva e seus limites.

Ainda assim, reconhecido que a Constituição aponta quem são os agentes negociadores na negociação coletiva, ela também estabelece a possibilidade de redução salarial e alteração de jornada por meio da negociação coletiva. Nesse quesito, a jurisprudência se construiu e se consolidou sobre a possibilidade de negociar ou justificar ajustes, ainda que autorizados legalmente, quando se tratar da melhoria da condição social do empregado³²⁰.

Há que se notar, ainda, que o modelo de unicidade sindical que ainda vigora não é adequado para se pensar em avanço nas negociações coletivas. Diante dessa questão, a ratificação da Convenção nº 87 da OIT pelo Brasil seria medida de vital importância para que se possa efetivamente sustentar a prevalência do negociado sobre o legislado, vez que, a partir daí, os sindicatos irão se fixar pela competência e excelência nos serviços ofertados aos associados, alcançando, assim, efetiva representatividade³²¹.

Quando se trata da referida Convenção, se introduz o regime da pluralidade dos sindicatos. Com ele é conferida a plena liberdade de associação, funcionando, assim, como o regime compatível para a plena liberdade sindical, sem a imposição da lei, que permite uma verdadeira unidade dos sindicatos e reafirma a prevalência do negociado sobre o legislado³²².

³¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 323 Distrito Federal. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 14 out. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF323.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

³²⁰ ZAVANELLA, Fabiano. **A Prevalência do Negociado sobre o Legislado**. Jusbrasil. Disponível em: <http://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/399946519/a-prevalencia-do-negociado-sobre-o-legislado?ref=topic_feed>. Acesso em: 30 out. 2016.

³²¹ *Ibidem*.

³²² SILVA, José Ajuricaba da Costa e. **Unidade e Pluralidade Sindical**. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <www.tst.jus.br/documents/1295387/1334672/5.+Unidade+e+pluralidade+sindical>. Acesso em: 26 nov. 2016.

Alice Monteiro de Barros afirma que os críticos da unicidade sindical percebem nesse regime uma violação à liberdade sindical, o que impede aos componentes de determinada categoria a livre escolha de sindicato para se filiarem. É nesse quadro que um indivíduo não filiado, por exemplo, será submetido à decisão do sindicato que abarca toda a categoria, ainda que não esteja de acordo com a sua vontade³²³.

O modelo de negociação coletiva, hoje, no Brasil, sofre de várias limitações constitucionais e legais, principalmente no que se refere a sua estrutura, recaindo sobre o fato do não reconhecimento da personalidade jurídico-sindical as centrais sindicais³²⁴.

O que se mostra com isso, é que sem devida menção a uma profunda análise e reforma do sistema sindical brasileiro, em nada refletirá no cenário concreto, uma vez que as questões continuarão sendo judicializadas e em sua maioria decididas contrariamente ao ajustado sempre que houver algum indício de piora da condição social do empregado sem justa ou aparente motivação³²⁵. Em outras palavras, é dizer que o que o projeto traz já existe de alguma maneira, podendo ser encontrado em meio a legislação ou na jurisprudência.

4.4.2 Programa de Proteção ao Emprego (PPE) e o Regime de *Lay-Off*

Em 2015, uma medida provisória, posteriormente convertida em lei, foi instituída pelo Governo Federal com intuito de possibilitar a recuperação de empresas em crise econômico-financeira e, principalmente, evitar o aumento dos índices de desemprego no país. Trata-se da Lei 13.189 de 2015, conhecida como Programa de Proteção ao Emprego (PPE). O programa foi instituído em face ao cenário de crise no país, que tem ocasionado a recessão de atividades econômicas em diversos

³²³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8.ed.São Paulo: LTr, 2012, p.1234 *et seq.*

³²⁴ CREPALDI, Joaquim Donizeti. **O Princípio de Proteção e a Flexibilização das Normas do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p.86.

³²⁵ ZAVANELLA, Fabiano. **A Prevalência do Negociado sobre o Legislado**. Jusbrasil. Disponível em: <http://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/399946519/a-prevalencia-do-negociado-sobre-o-legislado?ref=topic_feed>. Acesso em: 30 out. 2016.

setores por todo o território nacional, inclusive em razão do índice de desemprego que, em agosto de 2015, atingiu o percentual de 7,6%, segundo IBGE³²⁶.

O PPE figura como uma tentativa do Poder Executivo de auxiliar as empresas, que, devido à crise, sofreram diminuição da demanda e necessitam diminuir a produção através da redução turnos e outros gastos. Visa, ainda, proteger o trabalhador contra a dispensa arbitrária, mesmo diante da redução salarial, acompanhada de redução da carga horária. Busca, por fim, diminuir os gastos do Governo com seguro desemprego, vez que os gastos com o programa seriam menores que os gastos com pagamento de seguro desemprego. Vale ressaltar que o programa é alternativo, podendo a empresa aderir ou por buscar outros institutos equivalente com a suspensão do contrato de trabalho por *lay-off*³²⁷.

Objetiva-se com o PPE³²⁸ manter ativa a empresa e intocáveis os empregos que esta proporciona. De acordo com a lei, a adesão deve ser feita através de acordo coletivo com propósito específico e participação do Sindicato profissional representativo da categoria. Traz, ainda, algumas limitações e deveres ao empregador como a possibilidade de redução de até 30% da jornada de trabalho de todos os empregados ou de um setor específico da empresa, com redução proporcional do salário; a compensação pecuniária aos empregados com salário reduzido por força do programa; e a vedação às empresas aderentes de dispensar arbitrariamente ou sem justa causa os empregados participantes³²⁹.

Em face aos movimentos flexibilizadores, considera-se que muitos trabalhadores perdem sistematicamente a proteção institucional de que dispunham e ficam cada vez mais dependentes de barganhas isoladas. Nesse quesito, uma possível solução

³²⁶ MAIA, Andressa Retori Teixeira. **Flexibilização das Normas Trabalhistas em Tempos de Crise: Uma Análise das Regras de *Lay-off* e do Programa de Proteção ao Emprego (PPE)**. Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/flexibilizacao-das-normas-trabalhistas/>>. Acesso em: 29 out. 2016.

³²⁷ ZUZA, Diego dos Santos. **Entenda o Programa de Proteção ao Emprego – PPE**. Jus Brasil. Disponível em: <<https://dizuza.jusbrasil.com.br/artigos/242383182/entenda-o-programa-de-protecao-ao-emprego-ppe>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

³²⁸ BRASIL. **Lei 13.189**, de 19 de novembro de 2015. Institui o Programa de Proteção ao Emprego - PPE. Brasília, DF, 19 nov. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13189.htm>. Acesso em: 30 out. 2016.

³²⁹ FIGUEIREDO, Mayra Freire de. **O Programa de Proteção ao Emprego (PPE) e a Mitigação do Princípio da Proteção ao Trabalhador**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17746>. Acesso em: 30 out. 2016.

para o crescente e estrutural desemprego estaria na redução das jornadas de trabalho como outra saída aos elevados índices de desemprego³³⁰.

Surge, dessa maneira, outro comportamento típico dos períodos de crise, que é a adoção do regime de *lay-off*, uma medida emergencial apresentada pela possibilidade de redução da jornada de trabalho e, conseqüentemente do salário, por tempo determinado, segundo o Art. 2º da Lei 4.923/65 e pela suspensão temporária do contrato de trabalho para requalificação profissional do empregado, conforme a Lei 7.998/90 c/c art. 476-A da CLT e com a Resolução 591 de 2009 do Ministério do Trabalho e Emprego³³¹.

Enquanto a redução de jornada e a conseqüente redução salarial possibilitam a convivência harmônica dos princípios da proteção e da preservação da empresa, permitindo o equilíbrio e a recuperação da saúde econômica da empresa, a suspensão do contrato de trabalho também funciona como ferramenta de recuperação em situação de crise econômica, assegurando a eficácia do princípio da preservação da empresa e, na mesma medida, protegendo os postos de trabalho em razão da manutenção dos contratos³³².

No caso do *lay-off*, observou-se no início do ano de 2016 o caso da Ford, que precisou suspender temporariamente o contrato uma porcentagem dos empregados da fábrica de Camaçari, região metropolitana de Salvador. A proposta de suspensão foi de cinco meses, iniciando-se em março, funcionando como medida para evitar demissões na montadora³³³. O empregado que tem seu trabalho suspenso passa a receber o salário de acordo com o teto do FAT, enquanto o restante pode ser pago pela empresa, a título de complementação compensatória. Esse complemento salarial é fundamental para que os trabalhadores não sofram perdas financeiras e,

³³⁰ TORRES, Júlio. A Flexibilização dos Direitos e das Relações de Trabalho: Implicações no Direito do Trabalho. **Revista Jurídica da UNEB**. Salvador: FUNDEJUSF, Ano 1, n.1, jun. 2003, p.75.

³³¹ MAIA, Andressa Retori Teixeira. **Flexibilização das Normas Trabalhistas em Tempos de Crise: Uma Análise das Regras de *Lay-off* e do Programa de Proteção ao Emprego (PPE)**. Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/flexibilizacao-das-normas-trabalhistas/>>. Acesso em: 29 out. 2016.

³³² *Ibidem*.

³³³ REDAÇÃO G1 BAHIA. Ford suspende temporariamente contrato de 1,8 mil funcionários na BA. **G1**, 13 fev. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bahia/noticia/2016/02/ford-suspende-temporariamente-contrato-de-18-mil-funcionarios-na-ba.html>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

apesar da legislação não obrigar a empresa realizar esse procedimento, o sindicato no caso da Ford conseguiu implementá-lo através do diálogo³³⁴.

Comparando-se brevemente o *lay-off* com o PPE, percebe-se que no primeiro o trabalhador ganha seguro desemprego limitado e, no máximo, por cinco meses renováveis, enquanto no PPE, terá ele mais acesso ao seguro desemprego e já desfruta do período de seis meses renováveis. Outro ponto que se observa é que, com o PPE, há uma vantagem no caso de empresas que optam por evitar demissões e já tinham adotado o *lay-off* pelo período máximo³³⁵.

É factível, perante os assuntos acima trabalhados, que a flexibilização não permanece exclusivamente no campo da discussão doutrinária, permeando, de mesma forma, o ordenamento de diferentes modos. É com ela que se percebe que o direito não pode ficar inerte às mudanças econômicas e sócias, existindo a necessidade de que medidas práticas sejam tomadas para reverter quadros de depreciação ao empregador e ao trabalhador. Nesse caminho, não se pode esquecer, contudo, do aspecto protetivo do Direito do Trabalho, devendo a flexibilização ser aplicada com cautela e somente diante de real necessidade.

4.5 COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE AUTONOMIA PRIVADA, PROTEÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO: POR NOVAS FORMAS DE FLEXIBILIZAÇÃO

Através do assuntos estudados, percebe-se que, uma vez reconhecida a fragilidade do trabalhador em face das mudanças sociais e, principalmente, do plano reduzido da relação de emprego, o Estado passa a participar mais ativamente com um caráter protetor em relação à parte hipossuficiente e, ainda, passa a existir a necessidade de um contrabalanço à formação do contrato de trabalho e às imposições do empregador.

³³⁴ PESQUISA WEB – ECONOMIA. Sindicato explica como vai funcionar o LAYOFF com os funcionários da Ford. **Camaçari Notícias**, 16 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.camacarinoticias.com.br/noticias/2/13387,sindicato-explica-como-vai-funcionar-o-layoff-com-os-funcionarios-da-ford.html>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

³³⁵ REDAÇÃO FOLHA DE SÃO PAULO – SEDE SÃO PAULO. Entenda o plano de proteção ao emprego, lançado por Dilma. **Folha de São Paulo**, 06 jul. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/asm/2015/07/1652432-entenda-o-plano-de-protacao-ao-emprego.shtml>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

Não há dúvidas, no contexto apresentado, que a autonomia privada é fundamental instrumento de efetivação das liberdades individuais, caracterizando-se como o direito das partes de criar, modificar ou extinguir direitos, na medida em que desempenha o papel de garantir a autonomia do cidadão em face aos deslindes sociais.

Encontra, por sua vez, a autonomia privada, seus limites no confronto com os interesses públicos. Não é cabível que a autonomia das partes desconsidere os interesses sociais e gerais, devendo ela ser submetida às leis e princípios do ordenamento para que haja uma adequação de interesses diversos.

Nesse sentido, a Dignidade da Pessoa Humana se revela como cardeal princípio para delimitar os alcances da autonomia privada, funcionando, especificamente no que se refere ao Direito do Trabalho, como um imprescindível meio de intermediação entre a abrangência do Princípio da Proteção e a expressão da vontade das partes.

É possível constatar que, por mais que não se possa afastar a aplicação dos direitos fundamentais da pessoa humana e, de mesmo modo, a proteção dada ao trabalhador, é possível realizar uma ponderação do direito fundamental no caso prático. Aqui, deverá ser mantido o cerne desse direito fundamental, não sendo aceitável a sua desvirtuação, mas poderão as garantias fundamentais ser adaptadas à situação fática e atuarem como limitadoras e em conjunto com a autonomia privada para equilibrar os interesses do empregador e a proteção ao trabalhador.

Não se deve, de mesmo modo, enxergar a autonomia privada como uma antagonista na construção da relação empregatícia. A imposição de limites que é feita a ela ocorre para garantir que sua expressão esteja de acordo com uma função social, ou seja, que as vontades dos contratos estejam em sintonia com os interesses da sociedade.

Deste modo, deverá a autonomia privada ser garantida na seara individual e coletiva, desde que esteja nos conformes da legislação constitucional e infraconstitucional, assim como da base principiológica do ordenamento. Diante desse aspecto, deverá o princípio da proteção ser aplicado em harmonia à autonomia das partes, de modo a que um direito não perpassa pelo outro, mantendo-se os direitos fundamentais do trabalhador e a Dignidade da Pessoa Humana como guias para uma compatibilização nos casos práticos.

A partir desse entendimento é que se abre o espaço para compreender a possibilidade de ocorrer o processo de flexibilização na seara laboral, assim como os seus limites. Isso se torna extremamente relevante diante de um quadro de mudanças sociais e de mercado que tem mostrado uma série de inconsistências do ordenamento com o cenário atual.

Do momento em que se percebe que o contrato de trabalho não é estático, ou seja, rígido e imutável diante de regras protetoras, a autonomia privada ganha espaço para se desenvolver. É viável ressaltar que não necessariamente a expressão da autonomia das partes terá efeitos flexibilizadores, como a alteração de uma norma, mas será, certamente, um facilitador para a negociação coletiva, além de auxiliar na adaptação das normas trabalhistas às modificações do mercado de trabalho.

Pontua-se, ainda, que ao se falar em um movimento flexibilizador no direito trabalhista, não se está simplesmente apresentando uma abstenção total do Estado e uma ruptura com a norma existente, o que se caracterizaria como uma desregulamentação. O proposto aqui é uma atenuação do preceito legal trabalhista, uma mitigação dos seus comandos e efeitos, sem retirar o manto protetivo do Direito do Trabalho.

Há, portanto, um direcionamento favorável à flexibilização na seara laboral, tendo em vista que não pode o direito se manter rígido diante das alterações sociais. As mudanças sofridas no mercado de trabalho não influenciam apenas o mercado, alcançando, de mesmo modo ou até mais intensamente, os sujeitos que dele fazem parte. Ou seja, em frente ao quadro de crise econômica hoje enfrentado, os esforços das empresas para manter suas portas abertas diante de altas prestações e custos reflete na própria permanência do trabalhador na atividade laboral, haja vista os altos índices de desemprego.

A flexibilização se apresenta, para tanto, como um meio real de garantia do emprego. Não se deve, diante dessa fato, pensar que figura como instrumento de expressão da vontade do empregador para desconstituir a proteção à parte fragilizada da relação. Percebe-se a flexibilização, assim, como um mecanismo de adequação social que, indubitavelmente, deverá respeitar a norma constitucional e manter seus limites delineados pelo ordenamento e os princípios que o regem.

5 CONCLUSÃO

Prestou, este trabalho monográfico, em aprofundar o instituto da flexibilização, para tanto, investigando sua relação com o Princípio da Proteção e, ainda, observando-se como se comporta a autonomia privada dos particulares face ao caráter protetivo do Direito do Trabalho.

Diante disso, foi possível concluir que a evolução da sociedade, desde a Antiguidade Clássica, até os dias atuais, foi determinante para a construção do Direito do Trabalho, este que sofreu inúmeras alterações no decorrer da história, evoluindo de uma noção inicial de pena, para a concepção da escravidão, ainda nos seus estágios iniciais.

Transformou-se, então, o trabalho na noção de dignificação, na Idade Média, sofrendo na Revolução Industrial seus mais marcantes efeitos, que mudaram grande parte da sua dinâmica, mas continuou o trabalhador em uma posição inferior e, nesse período, ainda com extremos encargos e em péssimas condições.

Surge o direito trabalhista como produto do capitalismo, onde a abstenção do Estado era elemento em um primeiro momento. Apenas diante do Estado de bem-estar social é que novos contornos são tomados e passa o Estado a intervir nas relações interparticulares.

Foi demonstrada, ai, a necessidade de se estabelecer uma proteção aos direitos fundamentais do indivíduo, tratando de uma série de direitos e tendo como base a Constituição Federal para tal. Ficaria sedimentado, neste ponto, o papel intervencionista do Estado no que tange a proteção de direitos, que se efetiva com o caráter social dos direitos trabalhistas.

Indo além, percebeu-se os direitos trabalhistas como direitos fundamentais de segunda dimensão, entrando no rol de direitos econômicos, sociais e culturais baseados na igualdade impulsionada após a Revolução Industrial.

A partir dessa compreensão, foi possível se iniciar o estudo do desequilíbrio existente na relação de emprego, que toma como ponto de partida o fato de que a relação de emprego não é construída apenas de situações fáticas e sociais atuais, mas também do próprio desenvolvimento histórico, econômico e social das posições

do trabalhador e do empregador, que delinearam uma posição de inferioridade para o obreiro.

Na subordinação, foi examinado que o empregado deve seguir, dentro dos limites legais, todas as determinações e orientações do empregador, que age por meio do seu poder de direção, sendo essa a subordinação clássica, que é mais atrelada ao posicionamento desfavorável ao trabalhador na relação. Por outro lado, a subordinação objetiva e a estrutural trazem novas visões, vinculando o trabalhador de formas mais equitativas ao contrato de trabalho.

A fragilidade do empregado voltou à discussão, concebendo-se que está o trabalhador sujeito à um número de inferioridades, seja por sua falta de conhecimentos técnicos, pela sua posição de vulnerabilidade ou por sua falta de informações mais geral.

Entram os princípios do Direito do Trabalho, diante dessa situação, para remediar o estado vulnerável do trabalhador para trazer paridade nessa relação através de normas jurídicas de conteúdo imperativo. Nesse quadro, o Princípio da Proteção revela-se como principal meio de efetivação desse ideal, mas concluiu-se que ele não age sozinho.

Nesse caminho, há que se garantir a continuação da relação de emprego por meio dos princípios da Irrenunciabilidade, da Igualdade de Tratamento, do Não-Retrocesso Social, da Primazia da Realidade e da Continuidade da Relação de Emprego. Figuram todos como meios de proteger o trabalhador e reforçar o cumprimento de suas garantias fundamentais.

Ao se tratar do Princípio da Proteção, percebeu-se seu caráter norteador na seara laboral, assim como seu papel de equilibrar a relação de emprego, promovendo limitações que objetivem a redução das desigualdades. Vai ele além, alcançando todo o direito trabalhista, atuando, ainda, contra a exploração econômica.

Foram, então, trabalhados os princípios mais ligados ao protecionismo, o Princípio do *in dubio, pro operário*, o Princípio da Norma Mais Favorável e o Princípio da Condição Mais Benéfica. Todos eles atuam lado a lado com o princípio protetor, buscando maneiras de salvaguardar o trabalhador diante da disparidade de forças que tem com o empregador.

Tornou-se necessário, em seguida, perseguir o estudo da autonomia privada e seu desenrolar diante da relação de emprego. Constatou-se que é através da liberdade contratual que se pode alterar o conteúdo do contrato, enquanto a liberdade de contratar dá à parte a faculdade de realizar o contrato ou não.

Diante dessa liberdade das partes no contrato, percebe-se que foi no direito romano que essa ideia foi difundida e, na seara laboral, foi o modo de produção capitalista que impulsionou a capacidade negocial do trabalhador para celebrar o contrato.

Foi iniciado, então, o estudo da autonomia privada, se compreendendo, inicialmente, que autonomia é o direito de reger-se segundo leis próprias, é expressão da vontade humana de autodeterminação. Por outro lado, a vontade é percebida como uma expressão do aspecto psicológico do indivíduo que vem, em seu fim, a ser um requisito de validade dos negócios jurídicos.

É, deste modo, a exteriorização consciente da vontade que pode gerar um negócio jurídico, desde que receba a incidência da norma jurídica. Por esse meio, tem a função de compor o suporte fático e produzir os efeitos almejados.

Antes de se chegar à autonomia privada, houve uma evolução do conceito de autonomia da vontade, essa reconhecida como o poder de suscitar, mediante declaração de vontade, os efeitos tutelados pela ordem jurídica.

A autonomia da vontade evoluiu de uma noção da liberdade para se contratar, bastando apenas que o objeto fosse lícito, através da qual somente a vontade tinha o condão de fazer nascer a obrigação. Contudo, com a busca de uma melhora na proteção dos direitos sociais, percebeu-se que esse modelo não respeitava as desigualdades dos indivíduos, ocorrendo um declínio do conceito clássico da autonomia da vontade.

Após percorrer sua evolução histórica, é possível perceber a autonomia privada como o poder de realização dos negócios jurídicos, por meio do qual pode o homem determinar os seus respectivos efeitos. É através dela que se efetivam os princípios da boa-fé e da justiça contratual.

Ainda, notou-se que essa autonomia encontra limites na própria Constituição e diante dos princípios do ordenamento jurídico. Nesse sentido, deve a autonomia privada caminhar junto ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, funcionando ela como meio de concreção desse princípio, vez que devem os atos de autonomia

ser dirigidos à realização de interesses e de funções que sejam socialmente úteis, respeitando os valores autônomos do sistema que se posicionam além do comando volitivo das partes.

Tal posicionamento foi adotado em virtude do caráter norteador da dignidade humana no ordenamento pátrio. Para que esse princípio seja efetivado, é preciso que a autonomia das partes haja dentro dos seus moldes, assim como deve o ordenamento funcionar de maneira convergente para a sua utilização.

Dessa concepção, constatou-se que a autonomia vai além de expressar as vontades das partes diante do ordenamento, expressando ela uma real função social que concilie os princípios e direitos fundamentais ao exercício da liberdade contratual.

Foi possível, enfim, concluir que funcionam os direitos trabalhistas como limitadores da autonomia privada, mas que seu caráter protetivo não a exclui. O que se busca com o Princípio da Proteção é o equilíbrio das partes diante das desigualdades econômicas e sociais, mas, para tanto, não poderão ser esquecidos os direitos de liberdade das partes, devendo a autonomia privada e a proteção serem reconhecidas no seu caráter fundamental para o trabalhador e sendo ambas aplicadas em excessos.

Com esse pensamento, se passou a discutir a possibilidade de ocorrer uma flexibilização no Direito do Trabalho, que, em outras palavras, se percebeu ser um ajustamento das normas trabalhistas às situações fáticas, aonde se valoriza o eficaz ao invés daquilo que está previsto.

É reconhecido que a rigidez do direito trabalhista se chocou, por diversas vezes, com os efeitos da globalização da economia. Em face dos novos meios de produção e de um exigente mercado de trabalho, percebeu-se uma relativização desse caráter rígido ocorrendo atos flexibilizadores e até mesmo de revogação.

Perante isso, constatou-se que flexibilização e desregulamentação são institutos diferentes. Enquanto se busca a atenuação dos comandos e efeitos trabalhistas, na desregulamentação há a retirada das normas heterônomas das relações de trabalho, uma extinção das regras imperativas. Pode, então, a desregulamentação afetar muito mais profundamente o ordenamento e exige-se extrema cautela na sua utilização.

Compreendeu-se, a seguir, que pode a flexibilização ser utilizada de diferentes formas, mas que o desrespeito aos limites legais e constitucionais causa a invalidade da cláusula flexibilizadora.

O passo seguinte foi notar que o processo de flexibilização deve se encontrar sempre em harmonia com os dispositivos constitucionais, encontrando ai seus limites. Ao passo que a Carta Magna possibilita a flexibilidade quanto a alguns aspectos laborais sob a tutela sindical, ela o faz de maneira pontual, não a estendendo a pontos exacerbados.

A Constituição se preocupou, assim, com o equilíbrio das dinâmicas sóciojurídicas, estabelecendo, ainda, um equilíbrio entre a visão econômica e a visão social diante dos seus princípios. Percebeu-se, aqui, a importância do Princípio da Valorização do Emprego e da Dignidade da Pessoa Humana, assim como seu caráter social.

Ao se falar em flexibilização, é preciso cautela para se tratar com direitos fundamentais por meio de uma negociação coletiva, mesmo que expressamente autorizada pela Constituição. Deve ela estar de acordo com todos os princípios aplicados ao Direito do Trabalho, sendo necessário manter o reconhecimento da hipossuficiência do operário diante do empregador. Nesse caminho, deve haver uma harmonização entre flexibilização e os princípios constitucionais para que não se perca o caráter social do Direito do Trabalho.

Seguindo esse caminho, se passou a falar na flexibilização em face ao princípio protetor. É reconhecido seu caráter inabalável de amparo preferencial ao trabalhador, mas constatou-se que nas últimas décadas posicionamentos menos tradicionalistas passaram a questionar o referido princípio pelo fato de que o atual cenário de crises não pode ser solucionado com comportamentos tímidos do Estado.

Ganhou força o discurso da flexibilização, passando-se a perseguir uma legislação trabalhista mais dispositiva e menos imperativa, aonde a autonomia privada fica consagrada em situações cruciais da relação de emprego e normas trabalhistas se revelem mais adaptadas à realidade.

Foi alcançada a conclusão de que flexibilizar não comporta o abandono da lei ou a mitigação dos direitos em suas raízes. Sem sentido tem sido, assim, o de adaptar a legislação à situação econômica social, sem criar uma restrição ilimitada de direitos. Figura, nesse pólo, a flexibilização como instrumento de reestruturação da

sociedade, adaptando as necessidades de mercado, que englobam os encargos excessivos dos empregadores, existindo essas alterações dentro de uma alçada mínima de garantias protetivas.

Perante essa constatação foi possível concluir que, não só é possível ocorrer a flexibilização na seara laboral, como já existem situações no ordenamento jurídico brasileiro que refletem essa possibilidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução por Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Rodrigo Andrade de. Função Social da Funcionalização da Autonomia Privada?. *In*: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a Autonomia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

ALVAR. Maria Vitoria Queija. **Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e o Princípio do Não Retrocesso Social no Brasil**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9212#_ftnref38>. Acesso em: 31 out. 2016.

ARAUJO, Luiz Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 19.ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2015.

ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da Vontade no Direito Contratual. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.27, jul./set. 2006.

BALLALAI, Augusto Luppi. A Vontade como Elemento Primordial no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.8, ano 32, out./dez. 2007.

BALDUS, Christian. Autonomia Privada Romana. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Ano 100, v.904, fev. 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8.ed.São Paulo: LTr, 2012.

BARROSO, Fábio Túlio; TEIXEIRA, Sérgio Torres. **Os Princípios do Direito do Trabalho Diante da Flexibilidade Laboral**. Jus Laboris. Disponível em: <http://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/13662/004_teixeira_barroso.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 28 out. 2016.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites de Possibilidades da Constituição Brasileira**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função: Novos Estudos da Teoria do Direito**. Tradução por Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PAQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 5. ed., Brasília: Editora da Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000.

BOMFIM, Vólia. **Tendências do Direito do Trabalho e Flexibilização de suas Regras**. Gen Jurídico. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/10/03/tendencias-do-direito-do-trabalho-e-flexibilizacao-de-suas-regras/>>. Acesso em: 29 out. 2016.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 set. 2016.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 27 mai. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 mai. 2016.

_____. **Decreto n. 62.150**, de 19 de Janeiro de 1968. Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. Brasília, DF, 19 jan. 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm>. Acesso em: 28 mai. 2016.

_____. **Decreto-Lei n. 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, RJ, 04 set. 1942. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

_____. **Lei 13.189**, de 19 de novembro de 2015. Institui o Programa de Proteção ao Emprego - PPE. Brasília, DF, 19 nov. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13189.htm>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. **Lei 7.064**, de 6 de dezembro de 1982. Dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior. Brasília, DF, 6 dez. 1982. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7064.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

_____. **Lei 8.036**, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Brasília, DF, 11 mai. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm>. Acesso em: 31 out. 2016.

_____. Projeto de Lei nº 427/2015. Acrescenta dispositivos à CLT (Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943), dispondo sobre o procedimento conjunto de jurisdição voluntária na Justiça do Trabalho, para possibilitar a homologação de acordo extrajudicial firmado pelos interessados. **Câmara dos Deputados**. Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=947816>>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. Projeto de Lei nº 4.962/2016. Altera a redação do artigo 618 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Câmara dos Deputados**. Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2081782>>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 323 Distrito Federal. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 14 out. 2016. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF323.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 752212 – Proc. 10521080790343001. Recorrente: Messias de Souza. Recorrido: Município de Ponte Nova. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DJ 19 mar. 2014. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+752212%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/marpjj6>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 51**. Disponível em:
<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html>. Acesso em: 27 mai. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 277**. Disponível em:
<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-277>. Acesso em: 25 nov. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 288**. Disponível em:
<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-288>. Acesso em: 30 out. 2016.

CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, n.19, jul./set. 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CONTO, Mario de. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social – Uma Análise a partir dos Pressupostos de Hermenêutica Constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

COSTA, Orlando Teixeira. **Rigidez e Flexibilidade do Direito do Trabalho no Brasil**. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1334348/3.+Rigidez+e+flexibilidade+do+Direito+do+Trabalho+no+Brasil>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A Autonomia Privada: Em Busca da Defesa dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CREPALDI, Joaquim Donizeti. **O Princípio de Proteção e a Flexibilização das Normas do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2012.

DALLEGRAVE NETTO, José Afonso. **Flexisegurança nas Relações de Trabalho. O Novo Debate Europeu**. Calvo. Disponível em: <http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/jose_afonso_dallegrave_netto/jose_dallegrave_netto_flexiseguranca.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. São Paulo: LTr, 2006.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 14.ed. São Paulo: LTr, 2015.

_____. O Direito Constitucional e a Flexibilização das Normas Trabalhistas. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Direito Previdenciário**. Porto Alegre: Magister, v. 32, set./out. 2009.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito: Definição e Conceitos Básicos, Norma Jurídica**. 4.ed. São Paulo: RT, 2011.

DOCA, Geralda. Flexibilização da CLT Entra na Pauta do Governo Temer. **O Globo**. mai. 2016, Atualizado jul. 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/flexibilizacao-da-clt-entra-na-pauta-do-governo-temer-19353463>>. Acesso em: 30 out. 2016.

FAUTH, Juliana de Andrade. **Autonomia Privada e a Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas**. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,autonomia-privada-e-a-eficacia-dos-direitos-fundamentais-nas-relacoes-trabalhistas,55907.html>>. Acesso em: 23 set. 2016.

FIGUEIREDO, Mayra Freire de. **O Programa de Proteção ao Emprego (PPE) e a Mitigação do Princípio da Proteção ao Trabalhador**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17746>. Acesso em: 30 out. 2016.

FLEXÍVEL. *In*: Michaelis - Dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2015. Disponível em: <www.dlinguaport.com.br/ciencia.phju345734>. Acesso em: 24 out. 2016.

FREDIANI, Yone. A Flexibilização da CLT – Impactos da Flexibilização da Legislação Trabalhista no Mercado de Trabalho – O Que Não Pode Ser Negociado. *In*: CARRION, Eduardo; CARRION, Valentin (Dir.). **Trabalho & Doutrina: Processo Jurisprudência**. Ribeirão Preto: Saraiva, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, volume 4: Contratos, Tomo I: Teoria Geral**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24.ed. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

_____; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 17.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais, volume 3**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A Filosofia do Direito: Aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição**. São Paulo: Atlas, 2001.

HASHIMOTO, Aparecida Tokumi. **Distinção entre Princípio da Norma Mais Favorável e Princípio da Condição Mais Benéfica**. Grandeiro Guimarães Advogados. Disponível em: <http://www.grandeiro.adv.br/template/template_clipping.php?Id=5756>. Acesso em: 01 nov. 2016.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, TARTUCE, Flávio. O Princípio da Autonomia Privada e o Direito Contratual Brasileiro. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, TARTUCE, Flávio (Coords.). **Direito Contratual: Temas Atuais**. São Paulo: Método, 2007.

JOÃO, Paulo Sérgio. **Flexibilização no Contrato de Trabalho é Possível**. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-30/reflexoes-trabalhistas-flexibilizacao-contrato-trabalho-possivel>>. Acesso em: 30 out. 2016.

JOBIM, Nelson. Aspectos Constitucionais da Flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil. *In*: Fórum Internacional da Flexibilização no Direito do Trabalho. **Anais do Fórum Internacional da Flexibilização no Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, 2003.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

MACHADO, Sérgio Junqueira. A Flexibilização da CLT. *In*: CARRION, Eduardo; CARRION, Valentin (Dir.). **Trabalho & Doutrina: Processo Jurisprudência**. Ribeirão Preto: Saraiva, 2002.

MAGANO, Octavio Bueno. A Flexibilização da CLT. *In*: CARRION, Eduardo; CARRION, Valentin(Dirs.). **Trabalho & Doutrina: Processo Jurisprudência**. Ribeirão Preto: Saraiva, 2002.

MAIA, Andressa Retori Teixeira. **Flexibilização das Normas Trabalhistas em Tempos de Crise: Uma Análise das Regras de Lay-off e do Programa de Proteção ao Emprego (PPE)**. Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/flexibilizacao-das-normas-trabalhistas/>>. Acesso em : 29 out. 2016.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade – Comentários à Lei n. 9.868, de 10- 11- 1999**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. A Flexibilização da CLT e os Princípios do Direito do Trabalho. *In*: CARRION, Eduardo; CARRION, Valentin (Dir.). **Trabalho & Doutrina: Processo Jurisprudência**. Ribeirão Preto: Saraiva, 2002.

MATOSO, Filipe. Temer defende reforma trabalhista e diz que é saída para manter empregos. **G1**, Brasília, 24 ago. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/08/temer-defende-reforma-trabalhista-e-diz-que-e-saida-para-manter-empregos.html>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. **Apresentação do Programa de Proteção ao Emprego**. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/apresentacoes/apresentacoes-2015/apresentacao_ppe.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAIS, Maria Christina Filgueira de. **A Flexibilização Trabalhista como Consequência da Atual Conjuntura Econômica Mundial**. Jus Navigandi. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12133/a-flexibilizacao-trabalhista-como-consequencia-da-atual-conjectura-economica-mundial/1>>. Acesso em: 29 out. 2016.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, v. 3: Contratos**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Flexibilização do Direito do Trabalho: Dimensão e Experiência Brasileira. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v.369, set./out. 2003.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: Autonomia Privada, Boa-fé, Justiça Contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOTÍCIAS DO STF. **Ministro suspende efeitos de decisões da Justiça do Trabalho sobre ultratividade de acordos**. Supremo Tribunal Federal. 14 out. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=327394>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. **Princípios Informadores do Sistema de Direito Privado: A Autonomia da Vontade e a Boa-fé Objetiva**. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20090118234524.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. Conferência Internacional do Trabalho. Genebra. **C111 Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação**. 1958. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/472>>. Acesso em: 31 out. 2016.

PELLEGRINA, Maria Aparecida. A Flexibilização da CLT e a Dignidade do Trabalhador. In: CARRION, Eduardo; CARRION, Valentin (Dirs.). **Trabalho & Doutrina: Processo Jurisprudência**. Ribeirão Preto: Saraiva, 2002.

PESQUISA WEB – ECONOMIA. Sindicato explica como vai funcionar o LAYOFF com os funcionários da Ford. **Camaçari Notícias**, 16 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.camacarinoticias.com.br/noticias/2/13387,sindicato-explica-como-vai-funcionar-o-layoff-com-os-funcionarios-da-ford.html>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almeida, 1982.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Principais Aspectos Jurídicos da Privatização. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Orgs.). **Curso de Direito Administrativo Econômico**, vol III. São Paulo: Malheiros, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

REDAÇÃO FOLHA DE SÃO PAULO – SEDE SÃO PAULO. Entenda o plano de proteção ao emprego, lançado por Dilma. **Folha de São Paulo**, 06 jul. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2015/07/1652432-entenda-o-plano-de-protecao-ao-emprego.shtml>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

REDAÇÃO G1 BAHIA. Ford suspende temporariamente contrato de 1,8 mil funcionários na BA. **G1**, 13 fev. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bahia/noticia/2016/02/ford-suspende-temporariamente-contrato-de-18-mil-funcionarios-na-ba.html>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

REQUIÃO, Maurício. Autonomia Privada Como Elemento de Concreção da Dignidade da Pessoa Humana: Considerações Preliminares. *In*: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a Autonomia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, Editora Juspodivm, 2014.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr, 1978.

ROMITA, Arion Sayão. **O Princípio da Proteção em Xequê e Outros Ensaios**. São Paulo: LTr, 2003.

SAMPAIO, Murilo Carvalho Sampaio Oliveira. **(Re)pensando o Princípio da Proteção na Contemporaneidade**. São Paulo: LTr, 2009.

SANTOS, Nathalia Carolini Mendes dos. **Flexisegurança – A Reforma do Mercado de Trabalho**. Revista Científica Integrada. Disponível em: <<http://www.unaerp.br/revista-cientifica-integrada/edicoes-especiais/1686--64/file>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

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

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. Os Princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada. In: LEITE, George Salomão (Coord.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição**. 2.ed. São Paulo: Método, 2008.

SCHNEIDER, Aline. **Direitos Fundamentais x Autonomia Privada: Análise Teórica e Prática do Princípio da Proporcionalidade como Método de Resolução de Conflitos Contratuais Privados nas Relações de Consumo**. Âmbito Jurídico. Disponível em: < http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16164>. Acesso em: 27 set. 2016.

SEVERO, Valdete Souto. **Princípio da Proteção**. Jusnavigandi. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24690/principio-da-protacao/2>>. Acesso em: 31 out. 2016.

SILVA, Antônio Álvaresda. **Flexibilização das Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

SILVA, José Ajuricaba da Costa e. **Unidade e Pluralidade Sindical**. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <www.tst.jus.br/documents/1295387/1334672/5.+Unidade+e+pluralidade+sindical>. Acesso em: 26 nov. 2016.

SILVA, José Augusto Ferreira da. Flexibilização do Direito do Trabalho em Portugal. *In*: Fórum Internacional da Flexibilização no Direito do Trabalho. **Anais do Fórum Internacional da Flexibilização no Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, 2003.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia Privada, Ordem Pública e Flexibilização do Direito do Trabalho. *In*: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz(Org.). **Faculdade de Direito: O Ensino Jurídico no Limiar do Novo Século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direitos Fundamentais: Reflexões e Perspectivas**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

_____. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Alexandre Moraes e. **Flexibilização das Normas Trabalhistas**. Universo Jurídico. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/7141/flexibilizacao_das_normas_trabalhistas>. Acesso em: 30 out. 2016.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. Conferência de Abertura. *In*: Fórum Internacional da Flexibilização no Direito do Trabalho. **Anais do Fórum Internacional da Flexibilização no Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, 2003

_____. **Direito Constitucional do Trabalho**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Os Princípios do Direito do Trabalho e a Constituição de 1988. **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho – A Justiça do Trabalho e a Reforma do Poder Judiciário e Outros Temas**. São Paulo: LTr, Ano VIII, nº 8, 2000.

TORRES, Júlio. A Flexibilização dos Direitos e das Relações de Trabalho: Implicações no Direito do Trabalho. **Revista Jurídica da UNEB**. Salvador: FUNDEJUSF, Ano 1, n.1, jun. 2003, p.75.

WALD, Arnaldo. **Obrigações e Contratos**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. **A Autonomia Privada e a Relação de Emprego sob a Perspectiva do Direito Individual do Trabalho**, p. 2. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2239> > Acesso em 03 abr. 2016.

ZAMBOTTO, Martan Parizzi. **Os limites e os riscos da flexibilização das normas trabalhistas**. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12541&rev>. Acesso em: 28 out. 2016.

ZANOTI, André Luiz Depes; ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. **A Dignidade da Pessoa Humana e a Flexibilização das Relações do Direito do Trabalho**. Portal Nacional de Direito do Trabalho. Disponível em: <<http://www.pelegrino.com.br/doutrina/ver/descricao/99> >. Acesso em: 28 out. 2016.

ZAVANELLA, Fabiano. **A Prevalência do Negociado sobre o Legislado**. Jusbrasil. Disponível em: <http://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/399946519/a-prevalencia-do-negociado-sobre-o-legislado?ref=topic_feed>. Acesso em: 30 out. 2016.

ZUZA, Diego dos Santos. **Entenda o Programa de Proteção ao Emprego – PPE**. Jus Brasil. Disponível em: <<https://dizuza.jusbrasil.com.br/artigos/242383182/entenda-o-programa-de-protecao-ao-emprego-ppe>>. Acesso em: 26 nov. 2016.