



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU
DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO

NEILSON SANTOS DA ANUNCIAÇÃO

FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS E A
GARANTIA DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Salvador
2017

NEILSON SANTOS DA ANUNCIÇÃO

**FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS E A
GARANTIA DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de
Direito e Gestão como requisito parcial para a
obtenção de grau de Especialista em Direito e
Processo do Trabalho

Salvador
2017

NEILSON SANTOS DA ANUNCIAÇÃO

**FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS E A
GARANTIA DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Direito do Estado, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2017

Dedico o presente trabalho aos meus amigos, em especial, Fábio Alexandre e Edyneuza Ávila por serem minha fonte de inspiração e me ensinar como ser melhor e como superar as adversidades ao longo do caminho com maestria, serenidade e humildade.

AGRADECIMENTOS

A Deus, Ser supremo que me proporcionou o Dom da vida, saúde, inteligência e que vem me proporcionando grandes vitórias.

Aos meus pais, Eugênia de Jesus Santos da Anunciação e Manoel Nascimento da Anunciação, sempre presentes ao meu lado através dos ensinamentos e valores que norteiam minha caminhada.

“Um desafio de todos e de cada um que um dia sonhou
com uma sociedade mais justa e mais igual.
A responsabilidade é de cada um de nós” (DIAS, 2010)

RESUMO

O presente estudo cujo tema abordado traz relatos de diversos autores sobre a “Flexibilização das normas trabalhistas e a garantia dos princípios do Direito do Trabalho”, cujo objetivo geral é relatar de forma concisa a flexibilização das normas trabalhistas no Brasil e o vínculo aplicativo do princípio da irrenunciabilidade e sua efetividade, garantindo assim os direitos individuais e coletivos com relação entre trabalho e emprego, buscando uma proteção mínima ao trabalhador, preservando a dignidade humana (principalmente no aspecto do empregado) para estabelecer certo equilíbrio na relação empregado empregador. E como objetivos específicos: conceituar o direito do trabalho, descrever os princípios do direito do trabalho; analisar o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas e avaliar a flexibilidade das normas trabalhistas. O Direito do Trabalho, que foi conquistado pelos trabalhadores através de grandes lutas, é hoje formado por princípios norteadores do direito, tendo como objetivo a tutela do trabalhador devido a sua condição de hipossuficiente perante o empregador, visando assim uma igualdade substancial, sem perder de vista a dignidade do trabalhador enquanto pessoa humana. Para a classe empresária, a rigidez das normas trabalhistas retarda o desenvolvimento da economia, prejudica o seu poder diretivo, dificulta o aproveitamento de novas tecnologias e com isto a torna menos competitiva. A metodologia é do tipo bibliográfica e descritiva, onde o investigador recorre à observação e a reflexão para munir-se de instrumentos que possibilitem uma intervenção capaz de adequar à realidade que o cerca. A pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, construído principalmente de livros e artigos. Portanto, conclui-se que o ganho com a flexibilização das leis trabalhistas longe de reverter em emprego, aumenta o lucro das empresas, em detrimento dos direitos dos trabalhadores.

Palavras-Chave: Direito do Trabalho, Princípios, Flexibilização, Normas trabalhistas.

ABSTRACT

The present study, the subject of which deals with reports of several authors on the "Flexibilization of labor standards and the guarantee of the principles of Labor Law", whose general objective is to report in a concise way the flexibilization of labor standards in Brazil and the application link of the principle Guaranteeing the individual and collective rights with respect to work and employment, seeking a minimum protection to the worker, preserving the human dignity (mainly in the aspect of the employee) to establish a certain balance in the employer employee relationship. And as specific objectives: to conceptualize labor law, to describe the principles of labor law; Analyze the principle of non-negotiability of labor rights and evaluate the flexibility of labor standards. Labor Law, which was won by the workers through great struggles, is nowadays made up of guiding principles of law, aiming at the protection of the worker due to his condition of being insensitive to the employer, aiming at a substantial equality, without losing of Dignity of the worker as a human person. For the business class, the rigidity of labor standards slows down the development of the economy, impairs its managerial power, hampers the use of new technologies and thereby makes it less competitive. The methodology is bibliographic and descriptive, where the researcher uses observation and reflection to provide instruments that enable an intervention capable of adapting to the reality that surrounds it. Bibliographic research is developed based on material already elaborated, constructed mainly of books and articles. Therefore, it is concluded that the gain from flexibilization of labor laws, far from reverting to employment, increases corporate profits, to the detriment of workers' rights.

Key-words: Labor Law, Principles, Flexibilization, Labor Standards.

LISTA DE ABREVIATURA

a.C.	Antes de Cristo
ART	Artigo
CB	Constituição Brasileira
CC	Código Civil
CCB	Código Civil Brasileiro
CF	Constituição Federal
CIPA	Comissão Interna de Prevenção de Acidentes
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CM	Carta Magna
CUT	Central única dos Trabalhadores
DT	Direito do Trabalho
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
OIT	Organização Internacional do Trabalho
RFB	República Federativa do Brasil
RLAN	Refinaria Landulfo Alves
TST	Supremo Tribunal do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ORIGEM, EVOLUÇÃO E PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO	14
2.1 O DIREITO DO TRABALHO ONTEM E HOJE	18
2.2 TEORIA GERAL DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO	21
2.2.1 Princípio de Proteção	23
2.2.1.1 Denominações	28
2.2.1.2 Regra do <i>in dubio pro operário</i>	28
2.2.1.3 Regra da norma mais favorável	30
2.2.1.4 Regra da Condição mais benéfica	31
2.2.2 Princípio da Continuidade	33
2.2.2.1 Recepção pelo direito positivo brasileiro	34
2.2.2.2 Consequência do Princípio da Continuidade	35
3 PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE: CONCEITO E FUNDAMENTAÇÃO	40
3.1 O PRINCÍPIO NO DIREITO BRASILEIRO	43
3.2 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ	45
3.2.1 Críticas ao Princípio da boa-fé	46
3.2.2 Abrangência	46
3.2.3 Aplicação no Direito do Trabalho	47
3.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE	48
3.3.1 Relativismo da igualdade	50
3.3.1.1 Princípio de não discriminação	52
3.4 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE	53
3.4.1 Ausência de conteúdo concreto	54
3.4.2 Aplicações do princípio da razoabilidade	54
3.5 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA	55
3.6 PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE	56
3.6.1 Exigência de boa-fé	57
3.6.2 Dignidade da atividade humana	57
3.6.3 Desigualdade das partes	58

3.6.4 Interpretação racional da vontade das partes	58
3.6.5 O Princípio no Direito Brasileiro	58
4 FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS	60
4.1 FLEXIBILIZAÇÃO E FLEXIBILIDADE	61
4.2 FLEXIBILIZAÇÃO DE ADAPTAÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO DE DESREGULAMENTAÇÃO	62
4.3 FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS NO BRASIL	63
4.3.1 Flexibilização do vínculo empregatício	63
4.3.2 Flexibilização do salário	65
4.3.3 Flexibilização da jornada de trabalho	66
4.3.4 Flexibilização na forma de contratação	67
4.3.4.1 Contrato de Trabalho temporário	69
4.3.4.2 Contrato por prazo determinado	70
4.3.4.3 Trabalho a tempo parcial	71
4.3.4.4 Subcontratação	71
5 CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	74

1. INTRODUÇÃO

Uma das formas pelas quais o Direito se manifesta é a de princípio. Princípio é uma norma de ampla abrangência que não traz em si um comando, mas sim uma diretriz abstrata, que orienta, que inspira.

De acordo com Donizetti e Quintella (2016), o Estado brasileiro, oficialmente chamado de República Federativa do Brasil (RFB), rege-se pela Constituição Federal (CF) de 1988. A Constituição de 1988 fundou o Estado em uma série de princípios gerais do Direito que foram elevados à categoria de princípios constitucionais. Nesse sentido, os arts. 1^o e 3^o têm extrema importância, pois são a luz e o caminho a serem seguidos pelo Direito brasileiro.

O Direito do Trabalho (DT), que foi conquistado pelos trabalhadores através de grandes lutas, é hoje formado por princípios norteadores do direito, tendo como objetivo a tutela do trabalhador devido a sua condição de hipossuficiente perante o empregador, visando assim uma igualdade substancial, sem perder de vista a dignidade do trabalhador enquanto pessoa humana.

Para Nascimento (2011), o Direito do Trabalho tem suas finalidades, sendo a primordial assegurar melhores condições de trabalho, porém não só isso, mas também garantir aos trabalhadores condições sociais, condições de trabalho, proporcionando aos trabalhadores uma vida digna assegurando e tutelando as relações laborais entre empregados e empregadores.

Atualmente, observa-se que as empresas que vêm sofrendo continuamente demandas perante a Justiça do trabalho, e em suas contestações/defesas, justificam as ilegalidades que ordinariamente cometem, por meio de absurdas alegações dentre as quais, as de que seus empregados, ao assinarem os contratos de trabalho com cláusulas ilegais e abusivas, por ferirem frontalmente o mínimo assegurado legalmente a todo e qualquer empregado, concordam com as condições de trabalho que lhes são impostas.

¹ O art. 1^o estabelece como fundamentos da República os princípios da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político.

² Traça como objetivos da República: construir uma sociedade livre, justa e solidária – donde se inferem os princípios da liberdade, da justiça e da solidariedade; garantir o desenvolvimento nacional – donde se extrai o princípio do desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais – donde se inferem os princípios da erradicação da pobreza e da igualdade; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação – donde se extrai o princípio da não discriminação.

Nas abordagens de Grau (2012), o Direito do Trabalho através de suas medidas protecionistas ou tutelares exerce importante papel na vida de todos os seres humanos, uma vez que o texto constitucional, estabelecido no seu artigo 1º, inciso IV e no artigo 170, “caput”, tem como pressuposto essencial, a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho, que tanto está sendo ameaçada com o processo de globalização e com o processo de flexibilização que almeja a intervenção mínima do Estado nas relações de trabalho, visando somente o interesse individual de empregadores que anseiam maiores lucros, na disputa acirrada de mercado competitivo.

Portanto, a pesquisa tem como objetivo geral relatar de forma concisa a flexibilização das normas trabalhistas no Brasil e o vínculo aplicativo do princípio da irrenunciabilidade e sua efetividade, garantindo assim os direitos individuais e coletivos com relação entre trabalho e emprego, buscando uma proteção mínima ao trabalhador, preservando a dignidade humana (principalmente no aspecto do empregado) para estabelecer certo equilíbrio na relação empregado empregador. E como objetivos específicos: conceituar o direito do trabalho, descrever os princípios do direito do trabalho; analisar o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas e avaliar a flexibilidade das normas trabalhistas.

Diante do exposto buscou-se saber: De que forma o princípio da irrenunciabilidade priva o empregado de uma ou mais vantagens concedidas pelo Direito do Trabalho?

A metodologia é do tipo bibliográfica e descritiva. Segundo Minayo (2010), a metodologia é fundamental no desenvolvimento da pesquisa, pois o percurso metodológico contém as concepções teóricas de abordagem e técnicas que possibilitam a construção da realidade.

Chizzotti (2011) descreve que o investigador recorre à observação e a reflexão para munir-se de instrumentos que possibilitem uma intervenção capaz de adequar à realidade que o cerca. É própria da natureza humana a busca pelo conhecimento, essa busca acontece essencialmente, onde a metodologia faz a conexão da teoria com a prática. Desse modo o método se faz acompanhar da técnica, que é o suporte físico, os instrumentos que auxiliam para que se possa chegar a um determinado resultado: ensino, descoberta, invenção e investigação (OLIVEIRA, 2011).

De acordo com Gil (2010), a pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, construído principalmente de livros e artigos.

2. ORIGEM, EVOLUÇÃO E PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Em tempos remotos, a ideia de trabalho era ligada a castigo, sofrimento, e mesmo à tortura. Com o advento da sociedade contemporânea, entretanto, o trabalho passou a designar toda forma de dispêndio de energia (seja ela física ou intelectual) pelo homem, com a finalidade de produzir bens ou serviços (RESENDE, 2012). O Direito do Trabalho é produto do capitalismo, atado segundo Delgado (2012), à evolução histórica desse sistema, retificando-lhe distorções econômico-sociais e civilizando a importante relação de poder que sua dinâmica econômica cria no âmbito da sociedade civil, em especial no estabelecimento e na empresa. Enquanto, aduz Resende (2012) que o Direito do Trabalho surgiu, no contexto histórico da sociedade contemporânea, a partir da Revolução Industrial, com vistas a reduzir, por meio da intervenção estatal, a desigualdade existente entre capital (empregador) e trabalho (empregado).

Na Grécia, Platão e Aristóteles entendiam que o trabalho tinha sentido pejorativo. Envolvia apenas a força física. A dignidade do homem consistia em participar dos negócios da cidade por meio da palavra. Os escravos faziam o trabalho duro, enquanto os outros poderiam ser livres. O trabalho não tinha o significado de realização pessoal. As necessidades da vida tinham características servis, sendo que os escravos é que deveriam desempenhá-las, ficando as atividades mais nobres destinadas às outras pessoas, como a política (MARTINS, 2011).

Em Roma, o trabalho era feito pelos escravos. A Lex Aquilia (284 a.C.) considerava o escravo como coisa. Era visto o trabalho como desonroso. A *locatioconductio* tinha por objetivo regular a atividade de quem se comprometia a locar suas energias ou resultado de trabalho em troca de pagamento. Estabelecia, portanto, a organização do trabalho do homem livre (MARTINS, 2011).

Num segundo momento, encontra-se a servidão. Era a época do feudalismo, em que os senhores feudais davam proteção militar e política aos servos, que não eram livres, mas, ao contrário, tinham de prestar serviços na terra do senhor feudal. Os servos tinham de entregar parte da produção rural aos senhores feudais em troca da proteção que recebiam e do uso da terra (NASCIMENTO, 2011).

Nessa época, o trabalho era considerado um castigo. Os nobres não trabalhavam. Num terceiro plano, encontra-se as corporações de ofício, em que existiam três personagens: os mestres, os companheiros e os aprendizes. No início das corporações de ofício, só existiam dois graus: mestres e aprendizes. No século XIV, surge o grau intermediário dos companheiros (NASCIMENTO, 2011).

Conforme as abordagens de Martins (2011), os mestres eram os proprietários das oficinas, que já tinham passado pela prova da obra-mestra. Os companheiros eram trabalhadores que percebiam salários dos mestres. Os aprendizes eram os menores que recebiam dos mestres o ensino metódico do ofício ou profissão. Havia nessa fase da História um pouco mais de liberdade ao trabalhador; os objetivos, porém, eram os interesses das corporações mais do que conferir qualquer proteção aos trabalhadores.

A jornada de trabalho, segundo as abordagens de Bernardes (2009), era muito longa, chegando até a 18 horas no verão; porém, na maioria das vezes, terminava com o pôr-do-sol, por questão de qualidade de trabalho e não por proteção aos aprendizes e companheiros. A partir do momento em que foi inventado o lampião a gás, em 1792, por William Murdock, o trabalho passou a ser prestado em média entre 12 e 14 horas por dia. Várias indústrias começaram a trabalhar no período noturno.

Sendo assim, Resende (2012) afirma que:

Pode-se conceituar Direito do Trabalho como o ramo da ciência jurídica que estuda as relações jurídicas entre os trabalhadores e os tomadores de seus serviços e, mais precisamente, entre empregados e empregadores (RESENDE, 2012, p. 123).

O Direito do Trabalho não apenas serviu ao sistema econômico deflagrado com a Revolução Industrial, no século XVIII, na Inglaterra; na verdade, ele fixou controles para esse sistema, conferiu-lhe certa medida de civilidade, inclusive buscando eliminar as formas mais perversas de utilização da força de trabalho pela economia (DELGADO, 2012). Segundo Bernés (1999), o Direito do Trabalho – como qualquer ramo jurídico – constitui um complexo coerente de institutos, princípios e normas jurídicas, que resulta de um determinado contexto histórico específico. A localização do preciso momento em que esse contexto se forma supõe, inicialmente, a observância do procedimento metodológico de

identificar a categoria básica do ramo jurídico analisado, a sua categoria nuclear, dominante, sem a qual não existiria o fenômeno jurídico em questão.

O liberalismo do século XVIII pregava um Estado alheio à área econômica, que, quando muito, seria árbitro nas disputas sociais, consubstanciado na frase clássica *laissezfaire, laissezpasser, laissezaller*. A Revolução Industrial acabou transformando o trabalho em emprego. Os trabalhadores, de maneira geral, passaram a trabalhar por salários. Com a mudança, houve uma nova cultura a ser apreendida e uma antiga a ser desconsiderada (MARTINS, 2011).

Nas ideias de Delgado (2012, p. 456):

O Direito do Trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas. Transformações todas que colocam a relação de trabalho subordinado como núcleo motor do processo produtivo característico daquela sociedade. Em fins do século XVIII e durante o curso do século XIX é que se maturaram, na Europa e Estados Unidos, todas as condições fundamentais de formação do trabalho livre mas subordinado e de concentração proletária, que propiciaram a emergência do Direito do Trabalho.

Segundo Resende (2012), o desenvolvimento do Direito do Trabalho se deu a partir do século XIX, principalmente em decorrência dos movimentos operários, desencadeados visando à melhoria das condições de trabalho, limitação da jornada de trabalho, proteção ao trabalho da mulher e das crianças, entre outras reivindicações. Somados a pressão do movimento operário, os movimentos internacionais em defesa dos direitos humanos e a atuação da Igreja, encontrou-se campo fértil para a intervenção do Estado na relação contratual privada, a fim de proteger a parte mais fraca da relação de emprego (trabalhador hipossuficiente) (RESENDE, 2012). Princípios são os elementos de sustentação do ordenamento jurídico, elementos estes que lhe dão coerência interna.

Na visão de Cassar (2010, p. 158), “princípio é a postura mental que leva o intérprete a se posicionar desta ou daquela maneira”. Na definição de Novelino (2009), princípios são mandamentos de otimização, isto é, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.

Os princípios estão ligados aos valores que o Direito visa realizar. Servem como fundamento e são responsáveis pela gênese de grande parte das regras que, por consequência, deverão ter sua interpretação e aplicação condicionadas por

aqueles princípios, dos quais se originaram. A doutrina extrai dos princípios três funções principais, quais sejam, conforme Resende (2012, p. 98):

a) Função informativa ou construtiva, pela qual os princípios servem de referencial para o legislador quando da criação da norma jurídica. Os princípios constituem, portanto, fonte material do direito; b) Função interpretativa, na medida em que os princípios auxiliam na interpretação do sentido da norma jurídica. Havendo dúvidas sobre o sentido da norma, deve-se interpretá-la da maneira mais coerente com os princípios, e c) Função normativa, pois os princípios aplicam-se na solução de casos concretos, seja de forma direta, através da derrogação de uma norma por um princípio, seja de forma indireta, pela integração do sistema jurídico na hipótese de lacuna. Se não há norma específica aplicável ao caso concreto, procede-se à integração a partir da aplicação do princípio.

Aliás, de acordo com a moderna doutrina pós-positivista, cujos maiores expoentes são o alemão Robert Alexy e o norte-americano Ronald Dworkin, a norma jurídica é composta de princípios e de regras de direito, assim, a doutrina clássica que não atribuía caráter normativo autônomo aos princípios. Esquemáticamente, ficaria assim: Norma Jurídica = Princípios + Regra de Direito, conforme aponta Resende (2012).

Nesse mesmo sentido, elucidativa é, a lição de Bobbio (1999, p. 159):

Antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal, obtendo sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?

Esta atribuição, segundo as ideais de Resende (2012), de normatividade aos princípios será fundamental para a extração da máxima efetividade da Constituição, pois, no conflito entre duas regras jurídicas, uma delas será desconsiderada em favor da outra (o que se chama de *lógica do tudo ou nada*), ao passo que, diante do conflito (colisão) entre dois ou mais princípios, aplica-se cada um deles na maior medida possível, pelo critério denominado ponderação de interesses (*lógica do mais ou menos*).

Portanto, resta observar, por lealdade intelectual, que no Direito do Trabalho ainda é tímida a aceitação dos princípios como dotados de força normativa autônoma. A doutrina trabalhista majoritária ainda se mantém alinhada à escola

clássica, negando aos princípios força normativa autônoma e atribuindo-lhes apenas força normativa supletiva, nos termos do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (RESENDE, 2012).

2.1 O DIREITO DO TRABALHO ONTEM E HOJE

Trabalho é tema que desperta atenção de variados ramos da ciência, mas a atenção no momento se volta para seu significado restrito: trabalho como atividade humana destinada a determinado fim, de forma racional e voluntária (RENAUT, 2011).

A palavra trabalho vem do latim *tripalium*, que era uma espécie de instrumento de tortura de três paus ou uma carga que pesava sobre os animais (MARTINS, 2010). Para o autor, a primeira forma de trabalho foi a escravidão, em que o escravo era considerado apenas uma coisa, não tendo qualquer direito, pois era propriedade do *dominus*.

Segundo as abordagens de Pereira (2017), até 1888, todo o trabalho era feito por escravos. Normalmente eram negros originários da África. Como escravos, não eram tratados como seres humanos, mas como produto comercial. Mas, sabe-se que no dia 13 de maio de 1888 foi formalmente abolida a escravidão, por meio da Lei Áurea.

A escravidão, porém, deixou marcas poderosas nas relações de trabalho no Brasil. Tal assertiva é dada por Pochmann (2005, p. 23) ao dizer que:

a abolição da escravatura representou pouco mais do que a simples passagem do cativo para a condição de miséria, com fome e marginalização do mercado de trabalho da maior parte da população pobre e negra.

Conforme as ideias de Maranhão (2009), em texto intitulado *Origens do Direito do Trabalho*, essa herança dos tempos da escravidão, que marcou quatro séculos de nossa história ainda permeia a legislação trabalhista brasileiro, que continua admitindo a despedida imotivada dos empregados, tratados, assim, como descartável mercadoria, não ouvindo o grito da Declaração de Filadélfia, de 1944, proclamando que o trabalho não é uma mercadoria.

De acordo com os estudos de Martins (2010), o Direito do Trabalho vem se modificando constantemente, principalmente por resolver problemas do capital e

do trabalho. O autor menciona também que o Direito do Trabalho é um ramo muito dinâmico da ciência do Direito.

Conforme a visão de Maior (2011), ao se analisar a evolução do trabalho humano e conseqüentemente o Direito do Trabalho, observa-se que o ramo do Direito está constantemente mudando juntamente com a sociedade. Nesse contexto, Maior (2011) aponta que as normas trabalhistas vêm se ajustando às necessidades básicas dos trabalhadores, com o escopo de atingirem a tão almejada paz e justiça social.

Nesse sentido, Marques (2011, p.124), diz que:

O Direito do Trabalho tem por tendência histórica a busca da paz e da Justiça social, ou seja, dar soluções aos conflitos individuais ou coletivos próprios do sistema de produção, constituindo-se em uma série de mecanismos normativos e executivos, visando impedir a resolução dos conflitos pela força das partes em disputa. Tem como característica principal a proteção dos trabalhadores, que se faz por intermédio de intervencionismo estatal no estabelecimento de limites que não podem ser ultrapassados pelas partes contratantes (empregador x empregado).

Assim, Pierre (2011) afirma que os direitos são aqueles que as pessoas têm na sua própria consciência e, intrínsecos, nascem com ele e não podem ser tirados do homem. Sua origem está na criação divina do homem, sendo ele inerente à pessoa humana. Como define Hoffner “o homem tem direitos naturais, porque Deus o criou como pessoa; por exemplo, o direito à vida, à inviolabilidade do corpo, à liberdade e à segurança pessoal” (HOFFNER, 2009, p. 78).

A origem dos princípios é antiga. Em diversos textos, mesmo em épocas remotas, sempre houve dispositivos que implicitamente os consagravam. Não se faz ciência sem princípios e pode-se mesmo definir ciência como um conjunto de conhecimentos ordenados coerentemente segundo princípios. Para Claus-Wilhelm Canaris (2012, p. 280), o sistema jurídico é uma “ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais”.

Segundo os comentários de Melo (2011) aponta que princípio, já averbamos *alhures*, é, por definição,

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que

preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo (MELO, 2011, p. 537).

Não há entre os *jus laboristas* qualquer discordância em relação a fato de ser o Direito do Trabalho ramo autônomo do Direito. Para Rocco (2010), uma disciplina jurídica tem autonomia quando atende a três requisitos: possui um domínio suficiente vasto, possui doutrinas homogêneas presididas por conceitos gerais comuns, distintos dos outros ramos do direito e possui método próprio. O Direito do Trabalho atende a estes três requisitos, o que implica dizer que possui princípios que lhe são próprios. No entanto, não há entre esse *jus laboristas* consenso em relação ao número e à denominação desses princípios que regem o Direito do Trabalho.

A maioria dos autores que tratam da matéria concordam com a existência de seis ou sete princípios. No entanto podem ser enumerados cerca de vinte e cinco. Isto ocorre certamente por que um mesmo princípio pode ter denominações diferentes dependendo do autor. Outra explicação é o fato de alguns autores considerarem como princípios diferente, regras que estão contidas em um mesmo princípio. É o que ocorre quando se trata do Princípio da Proteção e do Princípio do *In dubio pro operário*, por exemplo.

Para Plá Rodriguez a regra *In dubio pro operário*, a da norma mais favorável e a da condição mais benéfica fazem parte do princípio da proteção.

Já Silva (2012), em seu texto (Principiologia do Direito do Trabalho, LTR, 8 ed.), trata estas regras como princípios distintos do princípio da proteção. Outra discussão doutrinária para alguns autores os princípios do Direito do Trabalho são tratados como princípios gerais de Direito do Trabalho; para outros, são princípios específicos do Direito do Trabalho.

Portanto, pode-se dizer que a expressão que melhor identifica os princípios do Direito do Trabalho são os princípios específicos do Direito do Trabalho, por diferencia-los dos princípios gerais do direito. A expressão “princípios especiais” do Direito do Trabalho utilizada por alguns autores nos parece inadequada por dar a impressão que existem os princípios especiais e os princípios gerais do Direito do Trabalho. Por isso prefere-se a expressão “princípios específicos” do Direito do Trabalho.

2.2 TEORIA GERAL DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Antes de tratar sobre cada um dos princípios específicos do Direito do Trabalho, discorre-se sobre os vários aspectos relativos a estes princípios, estudando: definição, descrição, classificação, funções, ambivalência, distinção entre princípios e regras jurídicas.

Várias são as definições encontradas para princípios. Em todas elas, verifica-se a ideia de linha mestra, diretriz, postulado, alicerce, etc. Conforme Couturier (2010), princípio é

Enunciado lógico extraído da ordenação sistemática e coerente de diversas normas de procedimento, de modo a outorgar à solução constante destas o caráter de uma regra de validade geral (COUTURIER, 2010, p. 452).

Nesta definição, o autor coloca os princípios como decorrentes de diversas normas, de modo que casos não previstos nessas normas possam ser resolvidos por meio dos princípios. Geralmente as normas são produzidas inspiradas nos princípios. Na lição de Garcia (2011), princípios,

São aquelas linhas diretrizes ou postulados que inspiram o sentido das normas trabalhistas e configuram a regulamentação das relações de trabalho, conforme critérios distintos dos que podem encontrar-se em outros ramos do direito (GARCIA, 2011, p. 165).

Aqui nessa definição se apresenta numa ótica diferente da definição de Couturier (2010), pois ao invés de surgir de diversas normas, os princípios funcionam como inspiradores dessas normas. Nos parece uma definição muito mais coerente. Para o professor Plá Rodriguez (2010), princípios são,

Linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos (RODRIGUEZ, 2010, p. 45).

Os princípios do Direito do Trabalho, segundo Teixeira e Barroso (2009) podem ser descritos como jurídicos, normativos, indeterminados e supletivos da legislação. São jurídicos porque servem de inspiração para a elaboração de normas jurídicas e podem ter sua aplicação controlada pelos tribunais; são normativos porque não especificam o pressuposto factual; indeterminados porque somente se concretizam mediante o surgimento de uma situação concreta; supletivos da

legislação porque podem ser utilizados para integração da norma em caso da existência de lacunas.

Os princípios do Direito do Trabalho apresentam características próprias, em decorrência das peculiaridades do Direito do Trabalho. São distintos de princípios que norteiam outros ramos do direito, embora alguns deles possam ser encontrados em outros ramos como, por exemplo, no Direito do Consumidor. Todos possuem conexão entre si. A rigor, pode-se afirmar que, considerando que o grande princípio do Direito do Trabalho é o Princípio da Proteção, todos os outros princípios mantêm uma conexão entre si, pois em última análise, o que todos visam é a proteção do trabalhador, razão de ser do próprio Direito do Trabalho.

Os princípios, segundo Rodriguez (2010) podem ser divididos em políticos e jurídicos. Outros os designam como institucionais e normativos. É uma questão de denominação. Uma vez que princípios políticos ou institucionais e normativos ou jurídicos têm o mesmo significado.

Os princípios políticos têm um caráter mais programático. Estes princípios estão presentes na parte dogmática da Constituição de vários países. Segundo as abordagens de Rodriguez (2010),

Os princípios políticos são postulados com um conteúdo material que representa a meta a alcançar pelo direito positivo num país e num momento determinado (RODRIGUEZ, 2010, p. 65).

Por esta razão, para discorrer sobre os princípios políticos seria necessário um estudo do Direito do Trabalho em cada país. O preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Declaração de Filadélfia contêm princípios políticos, cujo objetivo é nortear as legislações trabalhistas nos países signatários.

Já em relação aos princípios jurídicos ou normativos têm um caráter, segundo aduz Rodriguez (2010), mais jurídico que programático e podem ser aplicados a qualquer tempo e em qualquer lugar. Apesar dos princípios políticos se prestarem à interpretação de normas, são os princípios jurídicos que melhor se prestam a esta função.

2.2.1 Princípio de Proteção

O Filósofo Aristóteles (384 a 322 a.C.) já prescrevia que a igualdade consistia em “tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade” (MARTINS, 2010, p. 63). A relação trabalhista pela sua própria natureza, é uma relação desigual. De um lado, o capitalista, economicamente forte, dono dos meios de produção, com a prerrogativa de dirigir os serviços de acordo com a sua vontade; de outro, o trabalhador, economicamente frágil, dono da força de trabalho, na maioria das vezes sem organização e subordinado ao empregador. Nestas condições, é de se esperar que a parte forte, o empregador, impusesse se poder sobre o trabalhador, sem que este tivesse meios de se proteger.

A história do Direito do Trabalho revela que a proteção do trabalhador é a sua causa e finalidade, daí ser o princípio de proteção o seu princípio mais relevante. Para Coutinho (2009), o princípio de proteção é

aquele em virtude do qual o Direito do Trabalho, reconhecendo a desigualdade de fato entre os sujeitos da relação jurídica de trabalho, promove a atenuação da inferioridade econômica, hierárquica e intelectual dos trabalhadores (COUTINHO, 2009, p. 78).

Apesar do ilustre jurista incluir na definição as inferioridades hierárquica e intelectual, entende-se que a inferioridade econômica do trabalhador frente ao empregador é o fator primordial do desequilíbrio da relação trabalhista.

Segundo Rodriguez (2010), o princípio de proteção se refere ao critério fundamental que o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador.

Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes (RODRIGUEZ, 2010).

Conforme as abordagens de Marquez (2008), tem sido utilizadas diversas denominações, mais ou menos aproximadas, porém distintas. Às naturais preferências do autor mencionado, que se inclinam, por razões diferentes, por diversas denominações, acrescenta-se no presente caso uma dificuldade mais

conceitual, ou seja, nem todos os tratadistas têm distinguido com clareza entre o princípio geral e as várias formas de aplicação. Isto faz com que muitas vezes se empregue como denominação genérica a forma utilizada para aludir a uma das modalidades de aplicação.

Dentro do que pode-se chamar denominações genéricas pode-se mencionar Pidal (2009), que fala do princípio tutelar, embora admita que a evolução do direito vai substituindo paulatinamente a noção de tutela, que evoca a ideia de menoridade, pela mais ampla, de proteção pelo que se poderia agora denominar princípio tutelar protetor.

Russomano (2005) alude ao princípio de proteção tutelar; Kaskel e Dersch (2009) utilizam a expressão princípio protetor; Barassi (2008) emprega a expressão favor ao trabalho; a Monteiro Fernandes (2009), que fala do princípio de favorecimento e a Adomeit (2009), que o chama de princípio de favorabilidade.

Para Rodriguez (2010), ainda que todas essas denominações revelem a mesma ideia, prefere-se a expressão *princípio de proteção*, porque, sem falar a sua brevidade e peculiaridade, traduz de modo fiel e eloquente a ideia principal que este princípio encerra.

Além disso, tem a vantagem de projetar-se como uma denominação geral abrangendo as diversas formas de aplicação, sem confundir-se com nenhuma delas. O fundamento deste princípio está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho (RODRIGUEZ, 2010).

Historicamente, o Direito do Trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Inclusive, mais abusivas e iníquas (RUBINSTEIN, 2008).

O legislador não pode, segundo os comentários de Rodriguez (2010), mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável. O Direito do Trabalho responde fundamentalmente ao propósito de nivelar desigualdades.

Conforme menciona Couture (2007, p. 115), “o procedimento lógico de corrigir as desigualdades é o de criar outras desigualdades”. Esta ideia tem sido expressa por todos os tratadistas, tanto os pertencentes a nossa disciplina como os alheios a ela, os quais a deixam entrever sob outro ponto de vista. Rubinstein (2008,

p. 600) anota “a ideia central em que o direito social se inspira não é a da igualdade entre as pessoas, mas a do nivelamento das desigualdades que entre elas existem”.

Para Barassi (2008), a igualdade deixa assim de constituir ponto de partida do direito para converter-se em meta ou aspiração da ordem jurídica. Tanto a Constituição como o CC abandonaram o velho e bastante superado princípio da igualdade de direito em que estavam informados os códigos anteriores para acercarse da igualdade de fato com a proteção do contratante economicamente mais débil.

A consequência desta ideia é que se deve favorecer a quem se pretende proteger. Segundo Cesarino Jr (2008, p. 116),

a resumiu numa frase sumamente feliz “sendo o direito social, em última análise, o sistema legal de proteção dos economicamente fracos (hipossuficientes), é claro que, em caso de dúvida, a interpretação deve ser sempre a favor do economicamente fraco, que é o empregado, se em litígio com o empregador.

Em certo sentido, isto se limita a estabelecer uma interpretação coerente com a *ratio legis*. Se o legislador se propôs a estabelecer por meio da lei um sistema de proteção do trabalhador, o intérprete desse direito deve colocar-se na mesma orientação do legislador, buscando cumprir o mesmo propósito (RODRIGUEZ, 2010).

Sob este aspecto, o princípio não aparece como estranho aos critérios que se aplicam em qualquer ramo do direito, nos quais o intérprete deve sempre atuar em consonância com a intenção do legislador (BARASSI, 2008).

E num plano mais concreto, assinala Krotoschin (2008), que o Direito do Trabalho, embora não tenha provavelmente produzido métodos típicos de interpretativo tendente a introduzir ou aprofundar no direito positivo a ideia da solidariedade social. Trata-se daquela tendência geral que propende a igualar cada vez mais as condições da luta pelo direito em que se encontra o economicamente débil com as do homem opulento e a atenuar os rigores excessivos do direito individual, considerando-se o interesse social. Esta tendência é hoje em dia comum a todo o direito e só se podem estabelecer diferenças quanto à importância que se deve atribuir a suas aspirações ou à força com que ela se faz sentir (KROTOSCHIN, 2008).

Por isso dizer, Caldera (2009, p. 196), que este princípio,

Se explica não só sob o ponto de vista social, mas também sob o especificamente jurídico: porque a intenção do legislador nesta matéria foi a de favorecer aos trabalhadores e, portanto, é correto aceitar como critério de orientação tal intenção genérica.

L'Homme (2006) expressa ideia similar ao afirmar que o Direito do Trabalho aparece como um direito unilateral porque em seu ponto de partida existe um propósito deliberado, uma preocupação bem definida de favorecer a título exclusivo, ou pelo menos principal, a certas categorias de pessoas. Abandona-se decididamente o princípio da igualdade jurídica. Para compensar a desigualdade econômica que se foi acentuando, cria-se em proveito dos trabalhadores uma série de vantagens que são unilaterais. Os novos privilégios, diz textualmente, permitirão ao trabalhador recuperar, no terreno do direito, o que perdeu no terreno da economia, pois se percebe facilmente que o equilíbrio não é suficiente quando estabelecido unicamente no terreno jurídico.

Barassi (2008) fundamenta o princípio da interpretação favorável ao trabalhador em duas ordens de razões. Por um lado, a grandiosidade das leis protetoras e asseguradoras, destinadas a tutelar e assistir ao contratante mais débil, o trabalhador, ainda que abstratamente o enquadramento sindical não tolere seja ele considerado como um indivíduo em atitude de combate frente a casa empresário. Por outro lado, a unidade fundamental do Direito do Trabalho, que reúne todas as normas de um sistema próprio.

Pereira (2017) relaciona quatro razões que fundamentam o princípio de proteção para a proteção do trabalhador: 1) A subordinação jurídica ao empregador; 2) a dependência econômica frente ao empregador; 3) o comprometimento, na execução do serviço, da própria pessoa do trabalhador e, 4) a ignorância pelo empregado das condições de trabalho e dos seus direitos.

A regra geral em qualquer contrato é a igualdade entre os contratantes. Ao contrário do que ocorre com os contratos em geral, o contrato de trabalho estabelece uma desigualdade entre as partes, com flagrante superioridade do empregador sobre o empregado. O poder diretivo do empregador lhe permite impor normas ao empregado, lhe dar ordens, impor horários, sanções disciplinares, etc. Numa relação desta natureza, a fim de compensar esta subordinação jurídica que coloca o empregado em situação de inferioridade é necessária uma proteção

jurídica, de modo que o trabalhador possa ser protegido dos excessos do empregador (RUSSOMANO, 2005).

De acordo com Bernardes (2009), a dependência econômica é ao nosso ver o mais relevante motivo que fundamenta o princípio de proteção. O trabalhador ao procurar um patrão, não o faz por diletantismo. A necessidade de sobrevivência o obriga muitas vezes a prestar serviços e aceitar as condições do empregador. Muitos contratos de trabalho são verdadeiros contratos de adesão, onde o empregado ou aceita as condições impostas ou fica sem o emprego.

Atualmente no Brasil, com a proliferação de cooperativas de trabalho, a maioria delas fraudulentas, muitos trabalhadores aceitam a condição de “cooperados” em face da necessidade de sobrevivência. Importante observar que, enquanto o empregador tem os meios de produção e um exército de desempregados a sua disposição em busca de colocação no mercado de trabalho, o trabalhador conta apenas com a sua força de trabalho. Os casos de empregados com alto grau de qualificação e que discutem as condições do contrato são exceções.

O comprometimento, na execução dos serviços, da própria pessoa do trabalhador fundamenta o princípio de proteção, pois, com o objetivo de produzir mais e a menores custos, os empregadores muitas vezes ignoram os limites físicos dos seus empregados, os expondo a situações risco à sua própria integridade física. Temos o exemplo de países como o Brasil onde, com toda a legislação existente, o número de trabalhadores acidentados é muito elevado. Há casos que em nome da produtividade e na busca de atingir metas, a qualidade de pessoa humana do trabalhador é relegada a um segundo plano. O importante é produzir, não interessam os prejuízos físicos, mentais e sociais ao trabalhador. O filme “Tempos Modernos” do cineastas francês Charles Chaplin retrata bem a situação de comprometimento da pessoa do trabalhador na execução de serviços.

Por último, o princípio de proteção se fundamenta no fato do trabalhador em muitos casos desconhecer os seus direitos e as condições em que vai exercer as suas tarefas. Há situações em que o empregador submete o trabalhador a condições insalubres ou perigosas, sem que lhe sejam fornecidas informações sobre os riscos a que está submetido. Um exemplo em relação a esta situação ocorria em algumas fábricas do Pólo Petroquímico de Camaçari/Bahia, onde os empregados lidavam com uma série de produtos químicos, extremamente agressivos à saúde

humana, e não tinham as devidas informações sobre os malefícios causados à sua saúde. O resultado foi inúmeros trabalhadores afastados por doenças ocupacionais.

2.2.1.1 Denominações

Apesar da ideia central ser a mesma, várias são as denominações utilizadas para o Princípio de Proteção. Segundo as abordagens de Russomano (2005), seria Princípio da Proteção Tutelar; para Vidal (2009) seria Princípio Tutelar; para Kaskel e Dersh (2009) seria Princípio Protetor. Além destas, outras são usadas indevidamente, como princípio *pro operário* ou princípio mais favorável ao trabalhador. Estas duas denominações na verdade se referem a dois sub princípios, inseridos no princípio de proteção: o princípio do *in dubio pro operario* e o princípio da norma mais favorável, que será discutido adiante.

Como visto em linhas anteriores, a enumeração dos princípios varia de autor para autor. Alguns deles, como exemplo Pereira (2017), tratam o princípio de proteção e as regras do *in dubio pro operário*, da norma mais favorável e da condição mais benéfica como princípios distintos. Outro como Rodriguez (2010), considera que estas regras estão inseridas no princípio de proteção. Na opinião desse autor, esta numeração de princípios é irrelevante pois, analisando-se os princípios que norteiam o Direito do Trabalho, em todos eles encontra-se um caráter de proteção ao trabalhador.

O princípio de proteção é o princípio fundamental do Direito do Trabalho e todos os demais seriam decorrência ou em função dele. Assim, as regras abaixo serão analisadas como inseridas no princípio de proteção.

2.2.1.2 Regra do *in dubio pro operario*

Na interpretação de uma norma jurídica, a regra geral é, em caso de dúvida, decidir em favor da parte mais fraca da relação jurídica. Assim, nas lides envolvendo devedores e credores, se houver dúvidas decide-se em favor do devedor que, via de regra, é a parte mais frágil. Numa relação trabalhista, no entanto, esta lógica é invertida porque, apesar de normalmente ser o devedor, o empregador não é a parte frágil da relação. Novamente a regra geral não se aplica ao Direito do Trabalho, uma vez que a sua razão de ser é a proteção da parte mais

frágil no contrato de trabalho. Dessa forma, se determinada regra pode ter várias interpretações, o julgador, baseado na regra do *in dubio pro operário*, deve decidir em favor do trabalhador (RODRIGUEZ, 2010).

A aceitação desta regra é antiga. No entanto, de acordo com Grau (2009) negam que:

A existência de um critério especial na interpretação das normas trabalhistas em favor do trabalhador justificando que, na prática o contrato de trabalho é na verdade um contrato de adesão. Assim considerado, a interpretação da norma deverá ser feita em favor daquele que não estipulou as cláusulas. Neste caso, se aplicaria o art. 423 do Código Civil Brasileiro (CCB) de 2002 (GRAU, 2009, p. 45).

Gomes (2012) e Moraes Filho (2012), discordam deste posicionamento porque, o fato de se poder aplicar regras gerais, não invalida a aplicação da regra em comento.

Para Deveali (2010), apesar de ser uma regra inserida no princípio de proteção, é preciso esclarecer que a sua aplicação não pode ser feita de forma indiscriminada para beneficiar o trabalhador. Por ser um critério de interpretação, o autor mencionado aponta duas condições para a sua aplicação: 1) quando não contraria a norma legal e 2) quando existam dúvidas sobre o alcance destas normas. O Juiz não deve criar normas, mas apenas interpretá-la, podendo invocar a regra do *in dubio pro operário*.

Outra questão que se coloca, são os limites para a aplicação da regra. Segundo Rodriguez (2010), são propostos três limites: 1) o que se refere a sua aplicação em matéria de prova dos fatos. Há posições discordantes. Alguns defendem que não se aplica à avaliação de provas porque os fatos devem chegar ao juiz da forma como ocorreram. Dentre estes cita-se os alotes brasileiros Sussekind, Vianna e Maranhão (2011).

Para Martins (2010) e Bernardes (2009) acham que cabe a aplicação do *in dubio pro operário* na valoração da prova. Concorde-se com este segundo posicionamento porque o resultado de uma lide depende das provas apresentadas. Ora se há dúvida em relação a uma prova e desta prova depende a decisão do juiz, me parece óbvio que o princípio possa ser aplicado também na valoração da prova. 2) Se a matéria em questão diz respeito à administração da empresa, na dúvida deve-se decidir em favor do empregador, ou seja, neste caso se aplicaria um *in dubio pro patrão*. Seria uma forma de garantir o poder de direção de empregador. 3)

Não pode ser aplicado em questões previdenciárias, por se tratar de uma regra do Direito do Trabalho.

2.2.1.3 Regra da norma mais favorável

Em todo ordenamento jurídico, segundo Rodriguez (2010), as normas se estruturam de forma hierárquica. No caso do ordenamento jurídica brasileiro, temos no topo as normas constitucionais, as leis complementares, as leis ordinárias e outras de mesmahierarquia, os decretos etc. Existem situações jurídicas onde várias normas, de hierarquias diferentes, podem ser aplicadas. No Direito Civil, prevalece a norma de maior hierarquia. No Direito do Trabalho prevalece a regra da norma mais favorável. Não há contradição, e nem desrespeito a hierarquia, pois as normas deste ramo do direito costumam fixar patamares mínimos.

Como exemplo pode-se citar o artigo 7º, inciso XVI da Constituição Brasileira (CB) que garante o acréscimo de no mínimo 50% da remuneração da hora normal sobre a remuneração do serviço extraordinário. Em várias convenções coletivas de trabalho, este percentual pode chegar até 150%. Embora hierarquicamente a Constituição Federal (CF) esteja acima da Convenção Coletiva de Trabalho, prevalece a norma convencionada por ser mais favorável (BARROS, 2010).

Há casos em que a regra da norma mais favorável não pode ser aplicada. Isto ocorre, segundo Martins (2010), quando existe lei proibitiva e normalmente estas leis objetivam o bem da coletividade em detrimento da proteção do trabalhador.

A aplicação da norma mais favorável é um problema difícil. Sendo assim, Rodriguez (2010) relata que:

Esse problema da aplicação pode desdobrar-se em dois: o do critério e o da unidade de medida que se deve utilizar para decidir, em cada caso concreto, qual a norma ou grupo de normas ou cláusulas mais favoráveis para o trabalhador, às quais se deve dar previdência (RODRIGUEZ, 2010, p. 202).

Em relação aos critérios da aplicação da norma mais favorável, alguns princípios orientadores deverão ser observados. A comparação entre normas deverá ser feita levando-se em consideração: 1) o conteúdo das normas; 2) a situação da

coletividade de trabalhadores ao invés de um trabalhador individualmente. A comparação deve ser objetiva, considerando-se os motivos que inspiraram as normas; deve ser concreta, verificando-se os resultados efetivos de sua aplicação (BARROS, 2010).

Outro problema que se coloca em relação à aplicação da norma mais favorável é a unidade de medida. A primeira indagação que se faz é: a norma deve ser considerada em seu conjunto ou deve-se extrair de cada norma aparte mais favorável? Segundo Barros (2010), propõe quatro teorias: 1) teoria do conjunto; 2) teoria da incidibilidade dos institutos; 3) teoria da incidibilidade das cláusulas e, 4) teoria da acumulação.

Para Rodriguez (2010, p. 285), o conjunto que se leva em conta para estabelecer a comparação é o “integrado pelas normas referentes à mesma matéria, que não se pode dissociar sem perda de sua harmonia interior”. Mais não pode levar a preocupação de harmonia além desse âmbito.

2.2.1.4 Regra da Condição mais benéfica

A regra *in dubio pro operário* está relacionada à interpretação da norma, em caso de dúvida decide-se em favor do trabalhador. Em relação às regras, Martins (2010), da norma mais favorável e da condição mais benéfica, ambas têm em comum a comparação de normas.

Pereira (2017, p. 104), diferenciam-se, entretanto, “porque o princípio da norma mais favorável supõe normas com vigência simultânea e o princípio da condição mais benéfica sucessão normativa”.

No ordenamento jurídico brasileiro a regra está positivada em vários diplomas legais a exemplo do art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que proíbe a alteração das condições do contrato de trabalho sem a anuência do empregado e se vier a prejudica-lo.

Rodriguez (2010, 69), pontua que o Enunciado 51 do Supremo Tribunal do Trabalho (TST) também recepciona a regra ao dispor: “as cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento”.

No âmbito internacional, além de estar presente no ordenamento jurídico de alguns países, como a Espanha, a regra da condição mais benéfica está consubstanciada na alínea 8ª do art. 19 da OIT, que dispõe:

Em nenhum caso se poderá admitir que a adoção de uma convenção ou de uma recomendação pela Conferência, ou a ratificação de uma convenção por qualquer membro torne sem efeito qualquer lei, sentença, costume ou acordo que figurem na convenção ou na recomendação (MARTINS, 2010, p. 145).

Para Rodriguez (2010), nesta alínea estão consubstanciadas tanto a regra da norma mais favorável como a regra da condição mais benéfica. Entende-se que esta alínea contém a regra da condição mais benéfica quando se refere a alterações nos costumes, pois nos demais casos, a regra contida é a da norma mais favorável.

Segundo os comentários de Avilés (2008), três são os requisitos necessários para que a regra da condição mais benéfica seja invocada: 1) que sejam condições de trabalho, em sentido amplo; 2) que sejam mais benéficas, comparadas com situações distintas, isto é, que um mesmo trabalhador não tenha sua condição piorada por uma sucessão normativa menos benéfica. Esta situação valeria apenas para o trabalhador admitido sob o regime da nova norma; e, 3) que já tenham sido vivenciadas pelo trabalhador, ou seja, que o trabalhador já venha na prática se beneficiando daquela condição.

Uma importante análise neste tema é a questão da ultratividade das convenções coletivas de trabalho. Segundo o art. 614, § 3º da CLT, os acordos e convenções coletivas de trabalho não poderão ter duração superior a dois anos. A questão a ser indagada é: expirado o prazo de validade da convenção ou do acordo coletivo, sendo os mesmos substituídos por outros menos benéficos, o trabalhador perderá a condição mais benéfica por conta do novo instrumento normativo? A doutrina e a jurisprudência brasileiras não são pacíficas em seus entendimentos (AVILÉS, 2008).

Em torno desta discussão, duas teorias foram desenvolvidas, de acordo com as ideias de Moraes Filho (2012): a da incorporação, segundo a qual a condição mais benéfica do instrumento anterior seria mantida independente das disposições do novo instrumento e a teoria da autonomia privada coletiva, segundo a qual, sendo

o novo instrumento normativo fruto da vontade coletiva, as condições nele contidas se sobreporia às condições anteriores.

Avilés (2008) discorda desta teoria, uma vez que nem sempre a nova convenção ou acordo coletivo são frutos da vontade coletiva. Não parece razoável que a vontade coletiva seja no sentido de piorar as condições do instrumento anterior. Obviamente que, quando uma convenção coletiva traz condições menos benéficas que a anterior certamente não foi pela vontade coletiva. Fatores como desemprego, recessão, contribuem para que os sindicatos muitas vezes assinem convenções que não gostariam de assinar.

Grandes juristas brasileiros, dentre eles Sussekind, Maranhão e Vianna (2011), entendem que as cláusulas normativas da convenção ou do acordo coletivo se mantêm mesmo após a sua expiração. Não poderia ser diferente. Se os contratos individuais não podem contrariar as convenções e os acordos coletivos, por uma consequência lógica se submetem a estes instrumentos coletivos. Como poderia, uma vez expirado o prazo de validade, voltar o contrato individual às condições anteriores à convenção ou ao acordo? Se, por exemplo, um determinado trabalhador estivesse recebendo um piso salarial acima do salário mínimo, expirado o acordo, sem que outra convenção entrasse em vigor, voltaria a perceber o salário mínimo? Caso assim fosse, haveria não só uma violação à regra da condição mais benéfica, como ao direito adquirido constitucionalmente garantido e ao princípio da irredutibilidade salarial.

2.2.2 Princípio da Continuidade

Este princípio recebe algumas denominações sendo a mais usual “princípio da continuidade”. Algumas vezes foi utilizada a expressão princípio da estabilidade. Para Rodriguez (2010), a denominação “princípio da continuidade” é a mais indicada

Por ser a mais usada. Por outro lado, além do sentido etimológico estrito, assim como dos significados atribuídos nas classificações convencionais propostos por alguns autores, parece ser também a mais indicada. Com efeito, estabilidade designa um instituto concreto que tem relação com um dos aspectos deste princípio (RODRIGUEZ, 2010, p. 208).

Houve uma época em que se temia a aplicação do princípio da continuidade, segundo os estudos de Rodriguez (2010), por representar o perigo da volta da escravidão ou da servidão em virtude da continuidade na prestação do serviço. Posteriormente, constatou-se que a continuidade era fator de segurança social. Atualmente este fato está comprovado, quando constata-se o medo dos empregados em perder seus postos de trabalho.

O princípio da continuidade visa conservar a fonte do trabalho, interagindo o empregado no organismo empresarial. Uma das características do contrato de trabalho é a de ser um contrato de trato sucessivo e, portanto, a obrigação de fazer se prolongar no tempo. Daí a contratação por prazo indeterminado ser a regra. A CLT consagra este princípio no art. 3º, quando define empregado, segundo este artigo, um dos requisitos para que fique caracterizada a relação de emprego é a não eventualidade na prestação dos serviços (MARTINS, 2010).

A continuidade da relação empregatícia é fator de estabilidade social, na visão de Rodriguez (2010), uma vez que diminui a insegurança social pela garantia de renda do trabalhador. Além disso, a continuidade do contrato também é importante para a empresa, pois, ao manter um quadro estável de empregados, podem contar com a experiência acumulada ao longo do tempo, além de reduzir seus custos com contratação e treinamento de mão de obra.

Ainda conforme as ideias do autor mencionado, a continuidade também pode ser fator de motivação para o empregado, na medida em que, a antiguidade no emprego pode gerar alguns benefícios. Outra consequência da continuidade é a redução dos acidentes de trabalho, pois um empregado mais experiente corre menos risco de sofrer um acidente.

2.2.2.1 Recepção pelo direito positivo brasileiro

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência concordam com a importância deste princípio, não só em relação ao empregado como em relação ao empregador. O direito positivo brasileiro o recebe em vários diplomas legais: a Constituição Federal no seu art. 7º dispõe no seu primeiro inciso: “I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória dentre outros direitos”. A lei complementar ainda não editada e por enquanto existe uma multa no valor de 40%

dos depósitos referentes ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) em favor do empregado, nos casos de despedida sem justa causa; a Consolidação das Leis do Trabalho o positiva no art. 443, § 2º, que dispõe: “o contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a pré-determinação do prazo; b) de atividades empresarias de caráter transitório; c) de contrato de experiência (RODRIGUEZ, 2010, p. 45).

Os artigos 445 (caput e parágrafo único), 449, 451 e 452 não deixam qualquer dúvida sobre a recepção do princípio da continuidade pelo direito positivo brasileiro. Significa que o contrato por prazo determinado será considerado por prazo indeterminado se não obedecer a estas imposições legais. Na legislação complementar encontramos as leis 6019/74 e a 9601/98 tratando de contratos por prazo determinado. Estes diplomas legais, no entanto, impõem regras para a predeterminação do prazo (RODRIGUEZ, 2010).

2.2.2.2 Consequências do Princípio da Continuidade

Várias são as consequências que decorrem deste princípio. Para Rodriguez (2010), pode haver acordo em relação às seguintes:

- 1) Preferência pelos contratos de duração indefinida;
- 2) Amplitude para a admissão das transformações do contrato;
- 3) Facilidade para manter o contrato, apesar dos descumprimentos ou nulidades em que se haja incorrido;
- 4) Resistência em admitir a rescisão unilateral do contrato por vontade patronal;
- 5) Interpretação das interrupções dos contratos como simples suspensões; e,
- 6) Manutenção dos contratos no caso de substituição do empregador (RODRIGUEZ, 2010, p. 210).

A preferência pelos contratos por prazo indeterminado traz algumas consequências: 1) se o contrato não esclarece a duração, presume-se seja por prazo indeterminado; 2) contratos de duração determinada, ao findar o prazo e

continuando a relação de emprego, converte-se automaticamente em contrato por prazo indeterminado; 3) contratos sucessivos com prazo determinado se convertem em contratos por prazo indeterminado; 4) impossibilidade de conversão de um contrato por prazo indeterminado em um contrato por prazo determinado (MARTINS, 2010).

Conforme menciona Barros (2010), o contrato por prazo indeterminado permite que, ao longo do tempo, este contrato seja naturalmente modificado em virtude das transformações ocorridas na relação empregado/empregador. É o que ocorre, por exemplo, quando o empregado é admitido na função de auxiliar de escritório de um Banco e com o passar dos anos, com a experiência que vai adquirindo pode atingir o cargo de Diretor. Obviamente que a relação entre o agora Diretor e a empresa e o ex-auxiliar de escritório não será a mesma. Certamente o contrato estará profundamente modificado. Isto não ocorreria com um contrato por prazo determinado.

Para Barros (2012), em relação à facilidade para manutenção dos contratos, verifica-se que, ainda que um contrato contenha cláusulas em desacordo com a legislação, o contrato permanece válido. Estas cláusulas serão nulas de pleno direito. No artigo 444 da CLT, transcrito abaixo, fica bem clara a manutenção do contrato, ainda que contenha cláusulas violando a legislação trabalhista. Dispões o artigo:

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 (BARROS, 2012, p. 78).

Como qualquer contrato, o contrato de trabalho, segundo os comentários de Magano (2010), pode ser rescindido por qualquer das partes. No entanto, há uma resistência em relação à dispensa do empregado por ato unilateral de vontade do empregador. O fundamento é o mesmo do princípio da continuidade. A manutenção do emprego é fator de estabilidade social. É a garantia do sustento do trabalhador e sua família.

O empregador detém o poder de direção, de acordo com Magano (2010), e, por conta deste poder, tem a prerrogativa de despedir o empregado. Para coibir ou pelo menos dificultar a despedida arbitrária, os ordenamentos jurídicos criam alguns mecanismos. Em âmbito internacional foi assinada a Convenção 158 da OIT,

que trata da garantia do emprego, ratificada e depois denunciada pelo Brasil. No plano interno algumas dificuldades são impostas para a dispensa do empregado, sendo a principal delas o recolhimento da multa dos 40% dos depósitos do FGTS em favor do empregado e a obrigatoriedade de pagamento integral das verbas rescisórias no ato da dispensa.

Até a edição da Lei 5.107/66 criando o FGTS, que entrou em vigor em janeiro de 1967, todo empregado com mais de dez anos na mesma empresa, adquiria o direito à estabilidade. Era a denominada estabilidade decenal, prevista no art. 492 da CLT, com o objetivo de obstar a aquisição do direito, muitos empregados eram dispensados antes de completar os dez anos (RODRIGUEZ, 2010).

Ainda conforme o autor acima, embora a estabilidade decenal só exista para os contratos celebrados antes de 05 de outubro de 1988 e somente para empregados não optantes pelo FGTC, a legislação prevê casos em que o empregado não pode ser dispensado sem justa causa. A legislação inclui nestes casos o dirigente sindical, desde o registro da candidatura até um ano após o mandato, o membro da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA) no mesmo período, a gestante, desde a comprovação da gravidez até cinco meses após o parto, etc.

Martins (2010) diz que a estabilidade é o instituto que garante a permanência do empregado no emprego, mesmo contra a vontade do empregador. Assim, Rodriguez (2010) aduz que a estabilidade pode ser classificada em absoluta ou relativa. A relativa por sua vez pode ser classificada em própria ou imprópria. Absoluta quando o ato de dispensa viola dispositivo de lei e obriga o empregador a reintegrar o empregado. Para Fiorini (2009), este tipo de estabilidade somente se aplica aos funcionários públicos. A estabilidade relativa própria tem como principal característica o fato de se considerar nulo o ato da despedida do empregado. Seus efeitos são semelhantes à estabilidade absoluta, aplicada no âmbito privado. Neste caso o Tribunal deverá decidir. A estabilidade relativa imprópria é aquela em que não há a garantia de emprego e a despedida do empregado não viola o direito de permanecer no emprego. Apenas algumas sanções são impostas ao empregador.

Sendo assim, Fiorini (2009), quando o trabalhador está sob o manto da estabilidade, caso venha ser dispensado sem justo motivo poderá peticionar em juízo a sua reintegração. Em muitos casos o conflito entre empregado e empregador atinge proporções tão grandes, que não é prudente o juiz decidir pela reintegração.

Neste caso, pode-se transformar a reintegração em indenização correspondente aos salários e benefícios que o empregado teria se reintegrado fosse.

Fiorini (2009) relata que a reintegração deveria ocorrer de forma coercitiva e propõem sanções econômicas progressivas, de modo que a empresa fosse compelida a reintegrar o empregado ao invés de indenizá-lo. Nas grandes empresas esta proposta pode gerar algum efeito. Nas pequenas empresas, todavia, seria desaconselhável, considerando-se que nestas empresas o contato entre o empregador e o empregado em conflito, torna inviável a convivência.

Segundo Magano (2010), os contratos de trabalho podem sofrer suspensões, sem que sejam rescindidos. Duas condições são necessárias para justificar a suspensão do contrato: 1) causa que justifique a impossibilidade de cumpri-lo; e, 2) situação momentânea. O direito brasileiro distingue as figuras da suspensão e da interrupção. Estas duas figuras são previstas nos artigos 471 a 476-A do Texto Consolidado. Por ser um contrato de trato sucessivo, durante a sua vigência podem ocorrer situações, tanto do lado do empregado como do lado da empresa, que justifiquem a suspensão ou interrupção, sem que haja a necessidade da rescisão contratual. O texto legal não é claro na definição do que seja interrupção ou suspensão do contrato.

Ainda conforme Magano (2010), a doutrina costuma distingui-las, considerando interrupção os casos onde o empregado não presta o serviço, mas tem garantido o pagamento dos salários. É o que ocorre quando o empregado entra em gozo de férias ou falta ao serviço respaldado pela lei. Os casos de suspensão são aqueles em que o empregado não presta o serviço e também não recebe o salário. O exemplo típico são as suspensões disciplinares. Do lado do empregador, a suspensão do contrato poderá ocorrer por paralisação temporária da empresa.

De acordo com Rodriguez (2010), o contrato de trabalho em relação ao empregado é *intuitu personae*. Significa que não há previsão legal para a substituição subjetiva em relação ao empregado. No entanto, em relação ao empregador esta substituição é possível porque a empresa é uma universalidade, distinta da pessoa do empresário. Assim, independentemente das mudanças ocorridas em sua estrutura, o contrato de trabalho não se altera. No direito positivo brasileiro esta substituição de um dos sujeitos da relação jurídica trabalhista está amparada nos artigos 10 e 448 da CLT.

Segundo o disposto no artigo 448 da CLT, “a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados (RODRIGUEZ, 2010, p. 189).

Isto é possível porque o contrato de trabalho não é personalíssimo em relação ao empregador. Esta regra se fundamenta no princípio da continuidade, pois se assim não fosse, a cada mudança na estrutura da empresa, os contratos de trabalho seriam rescindidos, ferindo o referido princípio (RODRIGUEZ, 2010).

3 PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE: CONCEITO E FUNDAMENTAÇÃO

O princípio da irrenunciabilidade pode ser expresso no preceito legal ou pode se dar através da declaração de nulidade de todo o ato que adote providência diferente da estipulada pelo legislador. Para Rodriguez (2010, p. 211), é a “impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio”.

As normas de Direito do Trabalho são de ordem pública, significando que a sua aplicação independe da vontade das partes.

O princípio da irrenunciabilidade pode ser fundamentado de várias formas, conforme pontua Martins (2010): 1) pelo princípio da indisponibilidade; 2) pela imperatividade das normas trabalhistas; 3) pelo caráter de ordem pública das normas trabalhistas; e, 4) como forma de limitação da autonomia da vontade.

Os direitos trabalhistas garantidos na norma são indisponíveis. Conforme mencionado em linhas anteriores, o trabalhador é a parte frágil na relação trabalhista. Não teria sentido o legislador assegurar uma gama de direitos e deixar nas mãos do trabalhador a decisão de usufruí-los ou não. É comum nas ações fiscais empreendidas nas empresas, examinar documentação apresentada por empregadores, com declarações dos empregados aceitando uma série de condições contrárias à lei, tais como: trabalhar sem carteira assinada, receber salário inferior ao piso salarial convencionado, trabalhar jornadas acima do limite estipulado pela legislação etc. Numa situação de desemprego elevado, a impositividade da legislação trabalhista protege o empregado contra os abusos cometidos pelos empregadores que, sem esta legislação cogente, pressionariam o empregado, forçando-o a aceitar condições precárias para garantir o seu posto de trabalho (MARTINS, 2010).

Rodriguez (2010) afirma que a indisponibilidade não deve se limitar apenas à irrenunciabilidade. Para esse autor,

A Lei proíbe ao empregado não somente o sacrifício sem correspondência, que é a renúncia, como também os sacrifícios eventuais que existem na transação, quando a retenção patronal puder ser maior do que o devido (RODRIGUEZ, 2010, p. 211).

De acordo com as ideias de Barros (2012), a aplicação do princípio da irrenunciabilidade conduz à anulação de todos os atos que contrariem as normas que impedem a renúncia de direitos por parte do trabalhador. A partir desta constatação, alguns juristas não consideram o princípio da irrenunciabilidade como um princípio, pois a simples aplicação da norma que impede a renúncia.

As normas do Direito do Trabalho são em sua maioria, normas cogentes, segundo Martins (2010), isto significa que a sua aplicação independe da vontade das partes. Não poderia ser de outra forma. Se na relação trabalhista existe um desequilíbrio entre os contratantes, somente a existência de normas imperativas obrigaria o contratante mais forte, o empregador, a cumpri-las.

É importante salientar que o Código de Napoleônico tratava as normas de Direito do Trabalho, na visão de Barros (2012), como normas dispositivas. Prevalecia a vontade das partes. O resultado foi a desmesurada exploração do trabalhador pelo empregador. A autonomia da vontade, que no direito comum é a regra, pelas peculiaridades do Direito do Trabalho significaria a sua ineficácia. No entanto, não pode-se afirmar que o Direito do Trabalho suprima a autonomia da vontade.

Não é difícil entender este aparente paradoxo. Ao impor aos contratantes as normas de conduta na relação trabalhista, o Direito do Trabalho está possibilitando que a vontade real do trabalhador prevaleça sobre a vontade induzida ou mesmo imposta pelo empregador. Como subordinado, o empregado recebe ordens. Por outro lado existe o medo do desemprego. Ora, se não houvesse uma imposição legal para o cumprimento das normas trabalhistas, provavelmente a vontade do trabalhador estaria viciada pela coação por parte do empregador (RODRIGUEZ, 2010).

Constata-se este fato no dia a dia do nosso trabalho, é comum encontrarmos trabalhadores desenvolvendo jornadas de trabalho de até vinte e quatro horas ininterruptas, contra a sua vontade. A vontade real seria trabalhar as oito horas normais ou, no máximo as duas horas extraordinárias, e retornar para o convívio de sua família. Ao impor um limite de jornada, o legislador, segundo Rodriguez (2010) dá ao trabalhador o instrumento legal para que a sua vontade real seja respeitada, independente da imposição do seu empregador.

Segundo as ideias de Martins (2010), Rodriguez (2010) e Barros (2012), o princípio da irrenunciabilidade no fato de serem as normas do Direito do Trabalho,

normas de ordem pública consideram que as relações trabalhistas são de interesse do Estado e essenciais para a sobrevivência da própria sociedade. Neste ponto, cabe um esclarecimento: o fato de conter normas de ordem pública não confere a um ramo do direito a característica de direito público. Normas de ordem pública e direito público são coisas distintas. O Direito de família é um bom exemplo, apesar de conter normas de ordem pública, pertence ao ramo do Direito privado, onde a autonomia da vontade prevalece. No entanto, em virtude do interesse social envolvido, o Estado impõe o cumprimento de determinadas normas às partes. Isto ocorre porque ao Estado cabe zelar pelo interesse geral da sociedade.

Os direitos irrenunciáveis têm como fonte de sustentação jurídica as leis, os acordos e as convenções coletivas. Daí decorre que a renúncia a esses direitos torna o ato nulo. A Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigo 9º dispõe: “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação” (RODRIGUEZ, 2010, p. 214).

Por sua vez, o artigo 468 do mesmo diploma legal assim se expressa:

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 (PEDROSO, 2009, p.143).

Esses dois artigos, segundo Rodriguez (2010) não deixam dúvidas sobre a positivação do princípio da irrenunciabilidade. Para Sussekind, Maranhão e Vianna (2011), os direitos frutos de ajuste expresso ou tácito dos contratantes que não contrariem disposições legais, não haja vício de consentimento e não prejudique o empregado podem ser renunciados. Esta conclusão decorre do artigo 468 do Texto Consolidado, anteriormente transcrito.

Outra questão que se coloca é a licitude da renúncia antes e após a relação empregatícia. Assim, Pedroso (2009, p. 150), pontua que é “pacífico que são nulas as renúncias aos direitos efetuados pelo trabalhador na fase pré-contratual e na oportunidade de celebração do contrato de trabalho”.

Não poderia ser de outra forma. Voltando a mencionar aqui exemplos do dia a dia, apesar de todo arsenal de leis disciplinando as relações trabalhistas, não são poucas as empresas que apresentam, no ato das ações fiscais, documentos justificando o descumprimento da legislação com base em declaração de

empregados abrindo mão de direitos. Descrevo aqui o fato de, em determinada empresa os trabalhadores não estarem recebendo o piso salarial da categoria. O empregador tentou justificar a infração, exibindo declarações nas quais os empregados, para serem contratados, aceitavam receber o salário mínimo. Obviamente estas declarações são nulas e a empresa se sujeitou às penalidades cabíveis.

Quanto à renúncia de direitos no momento após o término do contrato, não há consenso entre os estudiosos do assunto. Alguns admitem a possibilidade de renúncia posterior à sua vigência e justificam este entendimento partindo do fato de que a subordinação finaliza com o término do contrato.

Sussekind, Maranhão e Vianna (2011), admitem a renúncia ao afirmar que deve-se examinar neste ensejo é se o estado de dependência econômica, capaz de constituir uma coação econômica, cessa no momento em que o trabalhador deixa de ser empregado da empresa. Com o término do Contrato de Trabalho, reconhece a melhor doutrina que, sem embargo de cessar a *soggezioneimpigietizia*, pode persistir o estado de inferioridade e dependência econômica, a fim de obter o pagamento imediato de salários atrasados ou, sua indenização.

3.10 PRINCÍPIO NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, a prática vem mostrando a renúncia de direitos trabalhistas tanto no ato do encerramento do contrato como posteriormente a este. Contrariamente ao que dispõe o artigo 477 e seus parágrafos do Texto Trabalhista Brasileiro, muitas empresas efetuam o pagamento das verbas rescisórias dos seus empregados na Justiça do Trabalho. Muitos casos são lides simuladas e é comum o Judiciário Trabalhista homologar acordos onde há renúncia de direitos. Algumas empresas adotam esta prática com dois objetivos: reduzir seus custos retirando direitos do empregado e fugir de futuras ações judiciais para o cumprimento de obrigações trabalhistas.

Não se trata de transacionar. Na lição de Orlando Gomes (2009), transação, é o contrato pelo qual, mediante concessões mútuas, os interessados previnem ou terminam um litígio, eliminando a incerteza de uma relação jurídica.

É um negócio bilateral e oneroso e, portanto, há sacrifício para as duas partes. A renúncia é unilateral e sem contra prestação. Em matéria trabalhista, não consegue-se enxergar transação sem renúncia de direitos por parte do empregado. Por exemplo: o parcelamento do pagamento das verbas rescisórias poderia ser fruto de uma transação, onde o empregado abriria mão de receber todas as verbas estipuladas no prazo legal de uma só vez e o empregador pagaria todos os direitos do empregado. Surge a seguinte pergunta: ao abrir mão do direito de receber as verbas no prazo estipulado por lei, o empregado não estaria renunciando a este direito?

Não há dúvida de que ao fazer um acordo onde renuncia a alguns direitos, o empregado não o faz por vontade. Há casos onde os valores devidos aos empregados são reduzidos à metade ou até menos. Não é razoável inferir que alguém renuncie a direitos por vontade própria.

Outra pergunta que se coloca é a renúncia de direitos através de convenções coletivas. É legal a renúncia de direitos através de convenções coletivas de trabalho? Há correntes que defendem que sim e fundamentam a sua posição no fato de o coletivo se sobrepor ao individual.

Segundo Rodriguez (2010, p. 188),

Uma renúncia formalmente proibida ao trabalhador será permitida ao sindicato, porque o fato de igualar a nível coletivo os antagonistas sociais faz decair, ao menos em parte, o cuidado do legislador pela posição de inferioridade do trabalhador individual frente ao seu empregador.

Outras discordam e fundamentam esta discordância na natureza das normas. As normas irrenunciáveis continuam irrenunciáveis, seja o renunciante um sujeito individual ou coletivo.

Atualmente no Brasil, quando se discute a reforma da legislação trabalhista, dá-se muita ênfase à supremacia do negociado sobre o legislado. No ano de 2002, tentou-se, de forma açodada, aprovar um projeto de lei que alterava o artigo 618 da CLT, sem qualquer discussão prévia, colocando o negociado sobre o legislado. Este processo foi arquivado e um fórum nacional foi criado para discutir a reforma trabalhista e sindical, onde estas e outras questões, seriam amplamente discutidas (RODRIGUEZ, 2010).

No estudo do princípio da irrenunciabilidade, uma questão importante diz respeito a qual ou quais direitos são irrenunciáveis e quais são renunciáveis. De acordo com os enunciados de Rodriguez (2010), são irrenunciáveis os direitos legais, certos, subjetivos e que beneficiem o trabalhador. Com relação aos direitos renunciáveis, são legalmente permitidas as renúncias do emprego, da negociação, da conciliação, da desistência de ação, da novação, da aplicação do princípio de coerência na ordem pessoal, da prescrição e da decadência.

3.2 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Segundo Martins (2010), o princípio da boa-fé é aplicado em todo o regramento jurídico e é princípio basilar de qualquer contrato. Trata-se não só de um princípio jurídico, mas também de um princípio moral. Toda relação jurídica deve estar assentada no princípio da boa-fé.

Segundo este princípio, tanto o empregado quanto o empregador devem agir, em sua relação, pautados pela lealdade e boa-fé. Em que pese ter sido encartado por Plá Rodriguez como princípio especial trabalhista, a maioria da doutrina brasileira se posiciona no sentido de que este é um princípio geral do direito, aplicável a todos os ramos da ciência jurídica (RODRIGUEZ, 2010).

Este entendimento restou cristalizado pelo art. 422 do Código Civil de 2002, “o qual dispõe que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (REZENDE, 2012, p. 20).

A ideia de responsabilidade pré-contratual, hoje bem aceita na seara trabalhista, decorre do princípio da boa-fé. Com efeito, se a parte contratante não age com boa-fé e lealdade durante a fase das tratativas (negociações preliminares), pode ser condenada ao ressarcimento do dano emergente e do lucro cessante, bem como de eventual dano moral ocasionado à parte lesada (REZENDE, 2012).

A aplicação de tal princípio, nas abordagens de Rezende (2012), na jurisprudência pode ser ilustrada pelos seguintes arestos:

Agravo de instrumento. Desconto de empréstimo em rescisão contratual. Validade. Princípio da boa-fé dos contratantes. Por força de cláusula contratual, como enfatiza o Regional, ficou ajustado que, no caso de rescisão contratual, estava à reclamada, expressamente, autorizada a exigir o saldo devedor do reclamante (REZENDE, 2012, p. 22).

Conforme aduz Rezende (2012), sobre o comentário acima supracitado, e foi o que realmente ocorreu. Ora, o contrato de trabalho obriga ambas as partes, razão pela qual a cobrança do saldo devedor, relativo a empréstimo, autorizado pelo reclamante, não encontra óbice legal algum. Pelo contrário. A observância do que reclamante e reclamado, livremente, ajustaram, condiz com o princípio da boa-fé que deve nortear, sempre, os contratantes. Nesse contexto, não há que se falar em ofensa ao artigo 477, § 5º, da CLT. Muito menos há contrariedade à Súmula 18 da Corte, ante a autorização, de forma cristalina, do desconto livremente manifestado pelo reclamante. Agravo de instrumento não provido (TST, AIRR 61800-19.2009.5.01.0080, 4ª Turma, Rel. Min. Milton de Moura França, *DEJT* 24.02.2012).

3.2.1 Críticas ao Princípio da boa-fé

Autores como Martins (2010) e Barros (2012) criticam o princípio da boa-fé como um princípio do Direito do Trabalho por dois motivos: 1) consideram que boa-fé é inerente a todos os ramos do direito; 2) consideram que nos contratos estão enumeradas as obrigações das partes. Em relação à primeira crítica, pode-se dizer que o fato de um princípio se aplicar ao Direito do Trabalho não significa que não possa ser aplicado em outro ramo. Em relação ao segundo, o mesmo teria procedência se considerasse que o princípio se referisse apenas ao cumprimento de obrigações.

3.2.2 Abrangência

Em relação à abrangência, tem-se que o princípio da boa-fé é ambivalente. Empregados e patrões são atingidos pelo princípio da boa-fé. Com base na experiência diária na fiscalização das normas de proteção ao trabalho, segundo Rodriguez (2010), pode-se afirmar que muitos dos conflitos nas relações trabalhistas se originam da violação do princípio da boa-fé.

Pode-se citar inúmeros exemplos de violação do princípio: empregados que trabalham em horas suplementares e não recebem correspondente pagamento; que entregam a Carteira de Trabalho ao empregador e este após longo

tempo, a devolve sem a formalização do vínculo empregatício; sindicatos patronais que assinam convenções coletivas e simplesmente ignoram o seu cumprimento; empregados contratados para função menos remunerada exercendo outra de maior remuneração, sem o correspondente pagamento, etc.

Obviamente a violação do princípio não ocorre somente em relação ao empregador e muitos empregados não exercem o seu mister com a devida lealdade, com o devido empenho. Rodriguez (2010) e Martins (2010) explicam as formas de manifestação de boa-fé do empregado: 1) trabalhar para o empregador durante todo o tempo que prometeu; 2) não revelar os segredos de fabricação ou comerciais; 3) não fazer concorrência desleal. Para o empregador, não violar o princípio da boa-fé significa exercer seu direito diretivo de forma correta e leal.

Por ser um princípio basilar do Direito, não só os sujeitos são abrangidos pelo princípio como também o objeto. Assim, todas as obrigações do contrato, em todas as suas fases são abrangidas pelo princípio da boa-fé. Significa dizer que o princípio está presente na fase pré-contratual, durante o vínculo e após a sua extinção (MARTINS, 2010).

3.2.3 Aplicação no Direito do Trabalho

Logicamente essa atualização crescente da importância da boa-fé é notada, segundo Rodriguez (2010) também no Direito do Trabalho, como tem sido posto em evidência por vários autores.

Assim é que Krotoschin (2008, p. 330), ao expor o dever de fidelidade como uma das obrigações emergentes da relação trabalhista, diz “no fundo, a fidelidade, não apenas etimológica, mas também materialmente, é outra expressão daquela boa-fé que tanta importância tem no contrato de trabalho e que portanto engloba todo um conjunto de deveres recíprocos, emanados do espírito de colaboração e confiança que também no terreno interindividual caracteriza a relação de trabalho.

Monzón (2009, p. 124), apoiando-se na afirmação anterior, expressa, “sucede, porém, que a fidelidade não é mais do que uma forma de expressão da boa-fé”, como afirma Krotoschin (2008) dessa boa-fé tradicional, cujo conceito nos foi legado pelo direito romano e que, embora nosso Código não o diga expressamente, é uma presunção básica de todo o direito, constituindo um

postulado que surge de toda a economia de nossa lei civil. Boa-fé que a doutrina moderna chama 'boa-fé-lealdade' no cumprimento dos deveres contratuais, conceito antigo, infinitamente venerável, mas de equitativas e fecundas aplicações.

Para Rodriguez (2010), a fidelidade como obrigação unilateral do trabalhador, à qual se costuma atribuir, por correspondência, certos deveres do empregador (assistência, proteção, etc), deve ser substituída, na valoração judicial, pela boa-fé, como módulo regulador da conduta de ambas as partes.

O *standard* jurídico da boa-fé, que rege toda a matéria contratual, permite, por sua rara maleabilidade, acolher os mais diversos aspectos das relações de trabalho, sem esquecer que, como dizia Ripert (2005), este direito se aperfeiçoa na medida em que pode levar em conta a boa-fé dos sujeitos de direito.

Em um comentário de jurisprudência mais recente, Siniscalchi (2008) destaca, entre os méritos da sentença que comenta a extensão do princípio diretor da boa-fé dos atos trabalhistas individuais aos atos trabalhistas coletivos... impor, portanto, o princípio da boa-fé nas relações coletivas, sem presumir *a priori* má-fé de nenhuma delas (arts. 4.009 e 2.362, CC), e requerê-la de forma recíproca e bilateral é outro dos aspectos positivos que vislumbra nesta decisão judicial.

3.3PRINCÍPIO DE IGUALDADE

Segundo os apontamentos de Martins (2010), o que se costuma chamar de princípio de igualdade tem alguns elementos que levam a considera-lo como princípio. Em primeiro lugar, por seu profundo fundamento constitucional, doutrinário e internacional, que se vincula à própria dignidade do ser humano. Em segundo lugar, por sua capacidade de fermentar, sua condição de fonte geradora de ideias e consequências, pela amplitude e riqueza de suas aplicações e indeterminação de seus limites.

Por outro lado, ainda de acordo com as ideias do autor citado, há outros motivos para lhe negar a condição de princípio. Um deles é que se trata sempre de acolhê-lo e concretizá-lo em normas, muitas das quais entram em detalhes e exigência ou requisitos que circunscrevem e restringem seu alcance. As normas que o consagram na legislação argentina ou brasileira estabelecem alguns requisitos que o limitam ou condicionam sua aplicação. O outro é que se costumam confundir, na

mesma denominação, dois conceitos: o da não discriminação e o da igualdade propriamente dita (ou da equiparação). Isto lhe confere um alcance incerto.

Para Rodriguez (2010), o princípio deve ser algo que ninguém discute em sua realidade nem em seu significado fundamental. A igualdade, será ela um princípio ou um direito, cujos limites de eficácia são marcados pelas próprias normas que os instituem?

Entre as particularidades do Direito do Trabalho está sua proximidade com a vida real, sua proximidade com a realidade concreta. Isto nos levaria à diversificação, porquanto a realidade verdadeira é amplíssima, múltipla e variada. Diz-se, segundo Ramos (2011), que não há duas gotas iguais sob o sol, porque as peculiaridades de cada situação não se repetem nem em sua composição, nem em sua proporção, nem em seu contorno.

Tanto é assim que um dos aspectos típicos do Direito do Trabalho é seu caráter concreto, que se expressa nas múltiplas regulamentações distintas que regulam os mesmos temas trabalhistas, segundo o setor ou ramo de atividade (RODRIGUEZ, 2010).

Como conciliar esta tendência para a diversificação e para o contato com a vida real, tão rica de contrastes e variedades, com o princípio de igualdade que poderia levar a um tratamento semelhante para todos os casos? A resposta, segundo Martins (2010) deve começar por distinguir o principal do acessório. O principal é a dignidade do ser humano, que é a mesma para todos, quaisquer que sejam as particularidades de cada um.

O acessório são as diferenças e particularidades de cada qual, cuja própria diversidade passa a integrar um dos aspectos mais típicos do ser humano. Isto serve para mostrar a complexidade e a delicadeza do problema. Não é uma questão fácil nem simples. Não pode ser esquematizada nem ser demasiadamente simplificada. Exige análise, estudo e exame muito cuidadoso (RODRIGUEZ, 2010).

Sendo assim, conforme pontua Martins (2010, p. 206), para ilustrar esta reflexão o art. 8º da Constituição Uruguaia diz: “todas as pessoas são iguais diante da Lei, não se reconhecendo outra distinção entre elas que não sejam a dos talentos e/ou as virtudes”. Com estas duas palavras – talento e virtude – abre-se um leque indefinido de variedades, distinções ou diferenças justificadas. Pode-se pensar na diversidade de talentos, nas diferentes magnitudes, nas combinações possíveis, nos diferentes graus de aproveitamento e utilização de sua própria capacidade.

Pode-se imaginar a numerosa lista de virtudes, as diferentes intensidades, as trajetórias, os diferentes graus de acumulação de virtudes, o papel e a influência dos fatores negativos, os deméritos. Em outras palavras, isto significa que não se proibem todas as diferenças, mas só as diferenças injustificadas, que costumam ser identificadas pela palavra discriminação (RODRIGUEZ, 2010).

3.3.1 Relativismo da igualdade

Este princípio é chamado muitas vezes de “igualdade” e, outras, de “não discriminação”. O princípio da não discriminação segundo abordagens de Rodrigues (2010), é a versão mais modesta ou simples desse princípio: proíbe-se introduzir diferenciações por razões não admissíveis.

Parece-nos indispensável fazer uma distinção. A) O princípio de não discriminação é a versão mais modesta ou simples desse princípio: proíbe-se introduzir diferenciações por razões não admissíveis. O exemplo mais notório, que tem provocado rejeição unânime, é o representado por razões de sexo. A consciência universal tem rejeitado com energia toda distinção entre o homem e a mulher (RODRIGUEZ, 2010).

Outro exemplo bem claro é o da nacionalidade, embora esta já admita certos matizes. Pode-se exigir a cidadania para cargos públicos: no caso de desemprego, o emprego pode ser dado preferentemente aos cidadãos; pode-se estabelecer um percentual mínimo para os nacionais. Não digo que nestes casos, haja razão para essas desigualdades entre nacionais e estrangeiros, mas a opinião comum recusa com menos vigor do que no exemplo anterior (RODRIGUEZ, 2010).

Há também outras razões igualmente inadmissíveis, de acordo com Martins (2010): por raça, cor da pele, religião, opinião política ou filosófica, ascendência nacional, origem social, atuação sindical, represália por atitude assumida num conflito. A lista não é exaustiva.

Segundo Olea (2009, p. 639), acompanhando a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, distinguiu três tipos de discriminação de diversa gravidade:

- 1) as que violam as interdições concretas incluídas na Constituição;
- 2) as que violam normas originadas da lei ou de uma norma escrita de categoria inferior, ou do costume, ou de um princípio geral de direito;
- 3) as desigualdades baseadas em causas que não violam nenhuma norma ou princípio.

Estas, por sua vez, dividem-se em dois grupos, conforme Rodriguez (2010), I) que obedecem a causas legítimas, nas quais o empresário pode decidir livremente. Cabem múltiplos exemplos: dedicação ao trabalho, aptidão especial, circunstâncias familiares desfavoráveis; II) que obedecem a um simples capricho, sem qualquer justificativa. Podem ser também mencionados diversos exemplos, como a intenção de aborrecer, humilhar ou prejudicar a vítima para se vingar dessa ou daquela atitude ou para provocar a saída da empresa. Aqui, pode interessar mais que a causa ou o pretexto a circunstância que cerca o ato discriminatório.

A outra distinção, ainda conforme os comentários de Rodriguez (2010), B) o princípio de igualdade é mais amplo e ambicioso e recebe, às vezes, o nome de princípio de equiparação. Leva a ter que conceder a todo trabalhador a mesma vantagem ou benefício (geralmente o problema se põe com relação ao salário) que percebe um companheiro de tarefas, que executa trabalho equivalente ou do mesmo valor.

Mas, além das dificuldades inerentes à determinação de dois trabalhos de igual valor, há aqui um obstáculo para sua admissão na própria natureza das normas de trabalho. É essência do Direito do Trabalho ser composto de normas que estabelecem o nível de proteção; que não há um degrau único nem uma linha única, mas graus diversos que podem estabelecer proteções mais ampla ou mais generosas ou mais vigorosas (MARTINS, 2010).

Se todo benefício que se concedesse a um trabalhador devesse ser extensivo a todos os demais, não haveria limites mínimos, mas níveis únicos ou comuns a todos os trabalhadores. Por outro lado, Martins (2010), pontua que esta formulação costuma converter-se numa fonte incessante de conflitos, pois é muito difícil a um trabalhador reconhecer suas próprias carências ou limitações, ou a superioridade de outro trabalhador que realiza tarefa maior ou que é capaz de resolver mais acertadamente ou mais rapidamente as dificuldades, etc.

López (2009) expõe esta mesma ideia, partindo de outro enfoque que leva ao mesmo resultado, isto é, da própria noção da diferenciação admissível e inadmissível. A versão correta desse princípio serve para igualar a situação desvantajosa do indivíduo com relação à comunidade, mas não da comunidade com o caso isolado do trabalhador mais favorecido.

Para Rodriguez (2010), não contraria o princípio o fato de uma pessoa ser tratada especialmente. O que interessa desse ponto de vista não é que haja algum

empregado mais favorecido que outro, mas que algum empregado seja discriminado (isto é, prejudicado) com relação à generalidade. O que se busca é evitar o atraso face ao nível normal ou geral; mas não se pretende equiparar todos no nível mais alto, porque alguém o obteve. Esta última tese conduziria à redução das vantagens concedidas pelo empregador.

Um trecho de uma sentença argentina expressa o conceito com clareza: “o que interessa, para fins de determinar se se configura tratamento discriminatório, não é que haja algum empregado mais favorecido que outro, mas que um dependente seja discriminado com relação à generalidade³.”

Esses conceitos não são partilhados por todos, razão pela qual a difusão do chamado princípio de igualdade, em vez de resolver problemas, os cria, já que frequentemente essa pretensão de equiparação pode ser invocada com pouco fundamento (RODRIGUEZ, 2010).

3.3.1.1. Princípio de não discriminação

Em síntese, pode-se dizer, conforme as ideias de Rodriguez (2010), depois de vários anos de reflexão, inclinamos em admitir que o princípio de não discriminação, mas não o de igualdade. Não se trata de problema terminológico, mas conceitual.

O princípio de não discriminação, segundo Martins (2010), leva a excluir todas aquelas diferenciações que põem um trabalhador numa situação de inferioridade ou mais desfavorável que o conjunto, e sem razão válida nem legítima. O princípio de igualdade encerra a ideia da equiparação, que é uma fonte de conflitos e problemas; descaracteriza o caráter mínimo das normas de trabalho e impede a concessão de melhorias e benefícios que poderiam existir.

Por outro lado, Rodriguez (2010) diz que a imposição da igualdade tem sido acolhida em normas que condicionam a aplicação do critério a certos limites e requisitos. Dessa maneira, o legislador pode estabelecer o alcance preciso que quis dar à norma. Onde há normas expressas não há necessidade de recorrer a princípios.

³ Sentença da Câmara Nacional del Trabajo, Sala IV, de 19.06/1981, na Revista Argentina “Derecho del Trabajo”, ano 1988, t. XLVIII p. 589.

3.4 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

É o princípio segundo o qual se espera que o indivíduo aja razoavelmente, orientado pelo bom-senso, sempre que a lei não tenha previsto determinada circunstância surgida do caso concreto.

Pedroso (2009) diz que o princípio da razoabilidade é,

Aquele segundo o qual, nas relações de trabalho, as partes, os administradores e juízes, quando tenham de solucionar os problemas ou conflitos delas decorrentes, devem se conduzir de modo razoável (PEDROSO, 2009, p. 230).

Apesar de ser objeto de controvérsia no plano doutrinário, Barros (2010), corrobora afirmando que o entendimento predominante é de que o princípio da razoabilidade estaria intimamente ligado ao princípio da proporcionalidade, sendo o primeiro originado do direito norte-americano, ao passo que o segundo foi construído pela doutrina alemã.

Para Rezende (2012), o núcleo da aplicação do princípio da razoabilidade é a conjugação das ideias de adequação e de necessidade. Adequado é o meio apto a atingir os resultados esperados. Necessário, por sua vez, é o meio que atinge sua finalidade com a menor restrição possível ao direito alheio, isto é, o ato é legítimo desde que por outro meio menos gravoso não seja possível atingir o mesmo resultado.

Este princípio tem especial importância na seara trabalhista, em matéria de exercício do poder disciplinar pelo empregador. Em outras palavras, sempre que o empregador for aplicar determinada penalidade disciplinar ao empregado, há que ser observado o critério da razoabilidade/proporcionalidade, sob pena da nulidade do ato (BARROS, 2012).

Também foi a partir da aplicação do princípio da razoabilidade que a jurisprudência trabalhista construiu a ideia da remuneração das *horas in itinere*, posteriormente positivada pelo legislador (art. 58, § 2º, da CLT). Da mesma forma, foi a partir do princípio da razoabilidade que o TST chegou à responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, atualmente cristalizada na Súmula 331 (REZENDE, 2012).

Assim, como no caso do princípio da boa-fé, a inclusão do princípio da razoabilidade na relação de princípios específicos trabalhistas tem merecido críticas, ao passo que este também é um princípio geral do direito, de ampla utilização no âmbito do Direito Administrativo.

3.4.1 Ausência de conteúdo concreto

Pedroso (2009) afirma que o princípio da razoabilidade não tem conteúdo concreto porque a razoabilidade varia no tempo e no espaço. Isto não significa que na aplicação deste princípio os juízes possam agir de forma totalmente subjetiva e arbitrária.

Para Rodriguez (2010),

Não pode autorizar, por definição, nenhum juízo caprichoso, arbitrário ou extremamente pessoal. Deve ser uma conclusão a que chegue naturalmente qualquer pessoa normal que julgue o problema equilibradamente, com idêntico conjunto de elementos de julgamento (RODRIGUEZ, 2010, p. 218).

Pela definição do princípio fica evidenciada a sua elasticidade e graças a esta elasticidade, pode ser aplicado de inúmeras formas. A falta de um conteúdo, segundo Renault (2011), concreto permite que o princípio adquira maior funcionalidade. Caso se pretendesse dar uma definição precisa ao princípio, esta variedade de formas e aplicações ficaria prejudicada.

3.4.2 Aplicações do princípio da razoabilidade

Conforme já exposto, o princípio da razoabilidade tem inúmeras aplicações não só na relação jurídica entre empregados e empregadores, como pelas autoridades administrativas e judiciárias. Alguns exemplos podem ser citados na forma de contratação, nas decisões das autoridades administrativas, nas decisões judiciais, etc (RENAULT, 2011).

Para Rodriguez (2010) todo empregador, por força do seu poder diretivo, admite, assalaria e dirige a prestação dos serviços. Obviamente que, como todo direito, há limites impostos pela própria legislação para o exercício deste direito. O artigo 482 do Texto Consolidado Brasileiro dispõe sobre uma série de situações em

que o empregado pode ser dispensado por justa causa. Em muitos casos, o empregador invoca estas situações para dispensar o empregado. Ao serem analisadas estas dispensas, fica evidenciada a violação ao princípio da razoabilidade. São casos, por exemplo, em que o empregado foi dispensado por justa causa simplesmente porque se recusou a trabalhar em serviço extraordinário não estar recebendo pelas horas extras. O empregador resolve demiti-lo alegando indisciplina. Provavelmente o juiz desconsiderará a justa causa, pois houve violação ao princípio da razoabilidade.

Outro exemplo, segundo Pereira (2017), se refere à forma de contratação. É comum em muitas empresas, principalmente na área de construção civil, a contratação de empreiteiros para realização de serviços. Muitos destes empreiteiros não têm capacidade financeiro nem estrutura para serem empregadores. A empresa os contrata com o objetivo de reduzir custos e repassar riscos. Ocorre que, todas as características do vínculo empregatício levam à conclusão de que o verdadeiro empregador é a empresa contratante do empreiteiro. Pelo princípio da razoabilidade e com base na lógica do razoável, fica clara a simulação por parte da empresa na contratação do empregado através do empreiteiro de forma simulada.

Inúmeros outros exemplos poderiam ser citados onde o princípio da razoabilidade se aplicaria. Na jurisprudência brasileira, vários são os acórdãos onde fica claro o acolhimento do princípio em comento pelos nossos tribunais.

3.5 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Na mesma linha dos princípios da boa-fé e da razoabilidade, o princípio da dignidade humana, em que pese ser princípio geral do direito, e mais, princípio maior da Constituição da República, vem sendo relacionado por alguns autores também como princípio específico do Direito do Trabalho (DELGADO, 2012).

Portanto, Resende (2012) afirma que pelo princípio da dignidade humana a noção de que o ser humano é um fim em si mesmo, não podendo ser utilizado como meio para atingir determinado objetivo. Veda-se, assim, a *coisificação* do homem, e, no caso específico do direito laboral, a *coisificação* do trabalhador.

Em outras palavras, Lima (2009) diz que não se admite seja o trabalhador usado como mero objeto, na busca incessante pelo lucro e pelos interesses do capital.

Este princípio se irradia em todas as relações trabalhistas, seja impondo limites, por exemplo, ao poder diretivo do empregador (v.g., na limitação das revistas pessoais, na proibição das revistas íntimas, na limitação do monitoramento do e-mail corporativo), seja vedando a discriminação em razão de sexo, raça, religião ou característica física (RESENDE, 2012).

É interessante observar que o reconhecimento do princípio da dignidade humana foi o marco divisor da constitucionalização do direito e do reconhecimento da força normativa dos princípios. Esse movimento teve como estopim as barbaridades cometidas pelo nazifascismo, por ocasião da Segunda Guerra Mundial, sendo que a prestigiada Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, bem como o positivismo jurídico, não conseguiram oferecer resposta jurídica à altura, tendo em vista que os movimentos liderados por Hitler e seus seguidores não constituíram crime perante o direito positivo alemão. Dessa forma, surgiu a necessidade de agregar valores ao ordenamento jurídico, o que se obteve através da constituição e da formação da moderna teoria normativa da Constituição (LIMA, 2009).

3.6 PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE

O Direito do Trabalho pela sua natureza protetiva do trabalhador, tem como um de seus princípios aos fatos, isto é, ao que ocorre na prática, que aos documentos ou ao que é produzido em acordos. Ao contrário do que ocorre no direito civil, a autonomia da vontade no direito do trabalho tem limitações, justamente porque, tendo o empregador poderes sobre o empregado, se assim não fosse, muitas vezes a vontade do empregado estaria viciada pela imposição ou induzimento do empregador (PEREIRA, 2017).

Para Rodriguez (2010), não encontra-se na doutrina, muitos autores para explicar a fundamentação deste princípio. Mas o autor mencionado aduz quatro fundamentos deste princípio: 1) exigência da boa-fé; 2) dignidade da atividade humana; 3) desigualdade das partes e, 4) interpretação racional da vontade das partes.

3.6.1 Exigência de Boa-fé

Quando discorreu-se sobre o princípio da boa-fé, anteriormente, o Direito tem como um de seus pilares a boa-fé das partes. Segundo Rodriguez (2010), boa-fé significa lealdade, sinceridade, honestidade. A relação trabalhista pela sua própria natureza pode ter uma aparência formal e outra real. Não é demais lembrar que o poder diretivo do empregador sobre o empregado lhe dá a prerrogativa de conduzir a prestação dos serviços. Nesta condução, a realidade poderá estar em desacordo com a documentação que regula a relação de emprego.

Conforme adágio popular, “contra fatos não há argumento”. Cita-se como exemplo, a relação de emprego existente nas cooperativas de trabalho fraudulentas. Nestas cooperativas, a documentação exigida pode estar totalmente de acordo com a legislação. No entanto, a verdade dos fatos pode demonstrar que os “cooperados” são na verdade empregados, pois estão presentes todos os pressupostos de uma relação de emprego, e que a cooperativa é uma empresa prestadora de serviços, pois estão presentes todos os requisitos que definem o empregador. Que relação deverá ser considerada? Obviamente a relação de emprego, pois a verdade dos fatos deve prevalecer. Vale ressaltar que a discrepância entre os documentos e os fatos pode ocorrer não por má-fé. Mas, seja por má-fé, seja por erro involuntário, a verdade real deverá sempre prevalecer (MARTINS, 2010).

3.6.2 Dignidade da atividade humana

Rodriguez (2010) explica este fundamento considerando que, pelo fato do contrato de trabalho ser um contrato de trato sucessivo, isto é, a sua execução se prolongar no tempo, está sujeito a sofrer na prática, alterações em relação ao escrito em virtude do próprio dinamismo da atividade. Isto significa que a atividade humana decorrente das obrigações de um contrato, no dia-a-dia se desprende do mesmo, adquirindo vida própria. Daí porque ao serem aplicadas as normas trabalhistas deve-se levar em consideração o fato e não o escrito. Conforme afirma o mesmo autor “o Direito do Trabalho regula o trabalho, isto é, a atividade, não o documento” (RODRIGUEZ, 2010, p. 215).

3.6.3 Desigualdade das partes

Barros (2010) aponta em seus estudos que a desigualdade das partes no contrato de trabalho é o que dá origem a todas as normas que visam dar ao trabalhador uma superioridade jurídica para compensar a superioridade econômico do empregador. Ainda que exista esta superioridade jurídica e mesmo quando existe um sindicato para diminuir o desequilíbrio entre as duas partes, o trabalhador individualmente está sujeito a pressões por parte do empregador. Há, por exemplo, inúmeros casos em que o empregado é admitido para uma função e na realidade exerce outra, melhor remunerada, com maior grau de risco, etc., sem que receba a correspondente contra prestação. A forma de corrigir distorções desta natureza é considerar a realidade dos fatos e desconsiderar o documento.

3.6.4 Interpretação racional da vontade das partes

Segundo Rodriguez (2010), os fatos demonstram a vontade racional das partes. Isto significa que, independentemente do que conste do contrato, a vontade real é aquela que se traduz na prática diária. Se por exemplo uma empregada é contratada para ser secretária e no desempenho de suas atividades executa as funções de auxiliar de enfermagem, significa que a vontade real do empregador não era contratar uma secretária, mas sim uma auxiliar de enfermagem.

A interpretação racional da vontade se baseia, ainda de acordo com Rodriguez (2010), naquilo que efetivamente ocorre no dia a dia. Não seria razoável interpretar um contrato conforme o seu conteúdo, se a realidade dos fatos demonstram uma total dissonância com o contratado. Esta fundamentação permite corrigir a distorção existente entre o contratado e o realizado, impedindo desta forma a ineficácia do Direito do Trabalho.

3.6.5 O Princípio no Direito Brasileiro

No Direito Brasileiro, o princípio em comento está positivado no já citado artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho. A jurisprudência acolhe o princípio através de vários acórdãos a seguir exemplificados:

Prevalece em Direito do Trabalho o princípio da primazia da realidade, o que significa que os efeitos do contrato são extraídos da forma pela qual se realizou a prestação de serviços. Logo, as relações jurídicas se definem e se conceituam pelo seu real conteúdo, pouco importando o nome que lhes foi atribuído pelas partes.

Conseqüentemente, comprovado que em determinado período postulante e paradigma exerceram as funções de cadastristas, com atribuições idênticas, a equiparação salarial se impõe, pouco importando o nome atribuído ao cargo ocupado por esse último (TRT, 3ª Região, 2ª Turma, Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros, RO 2388/91) (LIMA, 2010, p. 138).

Quando se nega a existência de qualquer prestação de trabalho, a prova incumbe ao autor, por ser fato constitutivo. O contrário obrigaria o réu a trazer contestação do fato negativo, com frequência impossível na prática. Mas constatada a prestação pessoal de serviços, presume-se tratar-se de relação empregatícia. Incumbe, assim, ao réu a prova de ser o trabalho autônomo, eventual, societário ou de outra qualquer forma não subordinada (TRT de São Paulo, Rel. Juiz Valentim Carrion) (CARRION, 2009, p. 386).

Pela exposição acima, pode surgir o seguinte questionamento: se a realidade dos fatos é mais importante que o contratado, qual a importância do contrato de trabalho? A resposta está no fato de que, o contrato de trabalho, em princípio traduz a vontade real das partes. A consequência desta presunção é o fato de que as situações reais em desacordo com o contrato, carecem de prova, ou seja, caso não sejam provadas, prevalece o contratado.

4 FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS

Conforme já visto, o primeiro e grande princípio inspirador dos diplomas legais trabalhistas é o princípio da proteção do trabalhador. A Carta Magna (CM) o consagra no *caput* do artigo 7º ao dispor: “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social [...]” (MACIEL, 2010, p. 32).

Para a classe empresária, a rigidez das normas trabalhistas retarda o desenvolvimento da economia, prejudica o seu poder diretivo, dificulta o aproveitamento de novas tecnologias e com isto a torna menos competitiva. Segundo Martins (2010), para esta categoria, o Direito do Trabalho é um mero instrumento de regulação do mercado de trabalho, pouco importando a condição de pessoa humana do trabalhador. Ainda que o Direito do Trabalho e os modos de produção guardem uma estreita relação, cabe portanto, discutir flexibilização considerando o verdadeiro papel do Direito do Trabalho, que foca a discussão sob o aspecto econômico.

A discussão sobre a flexibilização das normas trabalhistas apresenta-se de forma distorcida. Ao invés de se discutir se as normas trabalhistas devem ou não ser flexibilizadas, a discussão deveria ocorrer no sentido de se avaliar em que nível a flexibilização deve ocorrer, de modo que os princípios anteriormente tratados não sejam violados (MACIEL, 2010).

De forma como é posta, passa-se a ideia de que o Direito do Trabalho é rígido e por isso deve ser flexibilizado. Obviamente que os interessados em colocar a discussão desta forma, não estão preocupados com o papel protetivo do Direito do Trabalho (BARROS, 2010).

Cita-se então, o exemplo colhido numa ação fiscal, onde uma grande empresa justificava a carga horária de doze horas diárias, sem o repouso semanal, porque os contratos precisavam ser cumpridos e não havia pessoal suficiente. Defendia ardorosamente a flexibilização total para que sua produção não fosse prejudicada, independentemente das condições do trabalhador (PEREIRA, 2017).

4.1 FLEXIBILIZAÇÃO E FLEXIBILIDADE

Flexibilizar significa amoldar-se, tornar-se acessível às mudanças, adaptando-se às novas circunstâncias. Flexibilidade é qualidade de flexível, elasticidade, destreza, agilidade, flexão, faculdade de ser manejado, maleabilidade, aptidão para variadas coisas ou aplicações; é o que pode dobrar ou curvar; é o oposto de rigidez (MARTINS, 2010).

Ainda conforme pontua Martins (2010, p. 178), “flexibilização é um neologismo. Origina-se do Espanhol *flexibilización*. É ato ou efeito de tornar flexível, de flexibilizar”.

Para Silva (2012),

O termo flexibilidade (do latim *flexibilitate*), na acepção mais encontrada nos escritos jurídicos, diz respeito a uma qualidade constante de certo direito, atributo de adaptabilidade ao meio em que tende a incidir, e o termo flexibilização, ausente dos dicionários, apesar de mais empregado do que o antecedente, a um processo de adaptação do direito, algo relativo a uma qualidade ainda a ser alcançada por ele (SILVA, 2012, p. 78).

Há cerca de duzentos anos, nos primórdios do capitalismo, as relações trabalhistas eram totalmente desprovidas de qualquer regulamentação. Sem a presença do Estado, a parte forte da relação ditava as regras. A desregulamentação do Direito do Trabalho sempre foi uma bandeira empunhada pela classe empresarial. A presença do Estado se constitui em empecilho pela classe empresarial. A presença do Estado se constitui em empecilho para exploração desenfreada do trabalho pelo capital. Em nenhum momento atentam para o fato de que o Direito do Trabalho nasceu para proteger o trabalhador dos excessos cometidos pelo empregador (RAMOS, 2011).

A flexibilização, segundo as abordagens de Ramos (2011), pregada pelos neoliberais é justificada, pela necessidade de adaptar as empresas à nova realidade do mercado de trabalho, onde a competitividade acirrada as obriga a produzirem cada vez mais e a menores custos. Com o processo de globalização, as empresas transnacionais passaram a se instalar em países que lhes possibilitassem produzir a custos reduzidos, garantindo-lhes benefícios fiscais e mão de obra barata.

Como consequência deste quadro, os países onde o custo da mão de obra era maior em virtude de uma maior proteção social aos trabalhadores perderam

investimentos. Para conter esta saída e atrair novos investimentos, muitos países passaram a alterar seus ordenamentos jurídicos de modo que, com a supressão de direitos, barateassem os custos de produção. Esta explicação deixa claro o desvirtuamento do papel do Direito do Trabalho de protetor dos trabalhadores para instrumento de política econômica (SILVA, 2012).

Os argumentos defendidos pelos neoliberais pró flexibilização não se sustentam. O Direito do Trabalho é flexível pela sua própria natureza. A legislação trabalhista elenca apenas aqueles considerados direitos mínimos, sem os quais não se poderia falar em dignidade da pessoa humana. Nos países onde o Direito do Trabalho é utilizado como regulador do mercado de trabalho, os resultados esperados com a intensificação da flexibilização não aconteceram (MARTINS, 2010).

Um exemplo disso, pontua Martins (2010), é a Espanha, onde o Estatuto do Trabalhador foi reformulado em 1994 para atender aos anseios neoliberais de flexibilização e recentemente foi revogado por decreto real. No nosso país, verifica-se uma enxurrada de normas flexibilizadoras na década de 90 e nem por isso houve redução do desemprego. Outra constatação importante é que na década de 40, quando a CLT e outras importantes leis trabalhistas foram editadas, o crescimento econômico se mostrava em valores bastante elevados.

4.2 FLEXIBILIZAÇÃO DE ADAPTAÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO DE DESREGULAMENTAÇÃO

A realidade está em constante mutação e o Direito acompanha estas mudanças regulando as novas realidades. As adaptações ocorridas em qualquer ramo do Direito são decorrentes da própria dinâmica das relações humanas. A Carta Política de 1988 elevou uma série de direitos trabalhistas à categoria constitucional. Várias normas infra constitucionais foram tácita ou expressamente derogadas. É óbvio que estas normas sofram a devida adequação conforme o novo Texto Constitucional, além disso, as próprias normas infra constitucionais, ainda que não contrariem o texto da Lei Maior, em determinados momentos necessitam de adaptação para atingirem maior eficácia. Foi o que aconteceu com a edição da Lei 7.855 de 24 de outubro de 1989 que alterou vários artigos da Consolidação das Leis do Trabalho. Desde a entrada em vigor da CLT em 1º de maio de 1943, vários

diplomas legais foram instituídos, justamente para adaptar a legislação às novas realidades que surgiram (RAMOS, 2011).

De acordo com as ideias de Melo (2011), a flexibilização proposta por vários setores empresariais caminha no sentido de suprimir todos os entraves que possam desestimular o investimento. Ora, para o empresário, quanto menor o custo, mais interessante se torna o investimento. Daí a conclusão de que o investimento ideal é aquele onde não existam direitos trabalhistas, pois neste caso, o custo para o cumprimento destes direitos seria zero. Não se trata, portanto, de flexibilização e sim de desregulamentação.

Conforme Rodriguez (2010, p. 220), “a supressão de todos os rigores leva à destruição do Direito do Trabalho, pois toda nossa disciplina foi edificada com base em alguma rigidez”.

4.3 FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS NO BRASIL

Ao contrário do que se divulga, a legislação trabalhista brasileira (leia-se desregulamentação), se referem ao principal texto trabalhista, a CLT como obsoleta, ultrapassada, obstáculo para que o país se modernize. Este argumento pode ser facilmente posto por terra, se lembrar que várias Convenções da OIT, são bem mais antigas e nem por isso são obsoletas (MELO, 2011).

Outra constatação importante, segundo Ramos (2011), e que normalmente não é mencionada, é o fato de que, apesar dos 60 anos de existência, o texto original da CLT já está bastante alterado. Aliado ao fato de as normas contidas na CLT apresentarem características flexíveis, além das muitas alterações já introduzidas em seu texto, vários outros diplomas legais vêm, ao longo dos anos, tornando a legislação trabalhista cada vez mais flexível.

4.3.1 Flexibilização do Vínculo Empregatício

A primeira grande flexibilização das normas trabalhistas consiste no poder do empregador de admitir e dispensar o empregado. O artigo 2º da CLT ao definir o empregador como “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços” (RAMOS, 2011, p. 54), concede ao empregador a faculdade de dispensar o

empregado, sem que haja qualquer impedimento legal, salvo os casos de estabilidade provisória.

O artigo 492 da CLT, que previa a estabilidade decenal eficaz para os contratos celebrados a partir de janeiro de 1967, quando entrou em vigor a Lei 5.107/66, que criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Apesar de criado como opção, o que se verificou na prática foi a imposição da opção pelo novo regime. A Lei 5.107/66 foi a primeira de grande impacto sobre os contratos de prazo indeterminado. A opção que na prática já não existia, foi sepultada de vez pela Constituição de 88, que tornou o regime do FGTS obrigatório. Atualmente é regido pela Lei nº 8.036/90 (MELO, 2011).

A estabilidade decenal foi criada com base no princípio da continuidade. Com o objetivo de não atender ao disposto no artigo 492, muitas empresas dispensavam seus empregados antes que os mesmos completassem os 10 anos de vínculo empregatício. A criação da Lei do FGTS ocorreu para atender exigências de empresas multinacionais, que nas décadas de 60 e 70 se instalaram no Brasil. Durante todos estes anos de vigência do regime de FGTS, muitos são os problemas verificados. Grande número de empregados simula suas dispensas para obtenção do saque dos depósitos (RODRIGUEZ, 2010).

A inadimplência por parte dos empregadores é muito alta. Os recursos nem sempre são aplicados em saneamento básico, habitação e infra estrutura urbana conforme previsão do art. 61, § 2º da Lei 8.036/90.

O artigo 7º da CF em vigor elenca uma série de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. Em seu inciso I dispõe:

I relação em emprego protegida na forma da Lei contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de Lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos (BRASIL, 2010, p. 8).

O artigo 10, inciso II, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal eleva a multa de 10% para 40% sobre os depósitos do FGTS e dispõe sobre os casos de estabilidade provisória. Recentemente setores empresariais se movimentaram no sentido de que a multa de 40% sobre os depósitos do FGTS fosse eliminada, porém nenhuma movimentação ocorreu no sentido de que a Lei complementar regulamentando o inciso I do artigo 7º da CF/88 fosse editada (MARTINS, 2010).

Outro fato importante, segundo Martins (2010), na questão da flexibilização do vínculo empregatício, diz respeito à convenção 158 da OIT, de 22 de junho de 1982 que prevê justificativa por parte do empregador para dispensa do empregado. Esta Convenção inspirou muitas legislações. Foi aprovada pelo Congresso Nacional através do decreto legislativo nº 68, de 16 de setembro de 1992 e promulgada pelo decreto nº 1.855 de 14 de abril de 1996. Em 20 de dezembro de 1996 foi denunciada pelo decreto nº 2.100, deixando de vigorar no Brasil. A falta de regulamentação do inciso I do artigo 7º e a denúncia da Convenção 158 OIT, são incentivos à violação do Princípio da Continuidade.

4.3.2 Flexibilização do Salário

Segundo Rodriguez (2010), a flexibilização dos salários está presente tanto no Texto Consolidado como no Texto Constitucional. O art. 7º inciso VI veda a irredutibilidade de salário, porém flexibiliza esta redução, ao permitir que os acordos e as convenções coletivas possam promover-las. O art. 458 da CLT prevê a possibilidade do pagamento de parte dos salários em alimentação, habitação, vestuários ou outras prestações *in natura*. Em relação ao prazo para pagamento, o artigo 459, § 1º prevê até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido para que este pagamento seja efetuado. Primeiro se presta o serviço, depois se recebe o pagamento. Por que não o contrário?

O salário brasileiro, na visão de Martins (2010), é muito baixo e ao não é causa de desemprego. Não é sem razão que muitas empresas multinacionais estão vindo se instalar no Brasil, como é o exemplo de uma montadora em Camaçari, onde, segundo boletins sindicais, os salários nem de longe lembram os pagos em outras fábricas do grupo. Certamente que as causas do desemprego estão ligadas a questões de política econômica.

A flexibilização não pode ser incrementada no sentido de aviltar mais ainda os salários. O art. 7º inciso IV da Carta Magna Brasileira prevê o salário mínimo nacional unificado e capaz de atender as necessidades vitais do trabalhador e de sua família, como alimentação, saúde, educação, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social e moradia. Sabe-se que nos valores em que são pagos, é impossível o trabalhador ter todas essas necessidades atendidas. Salários em valores acima do salário mínimo dependem de negociação entre as partes. As

categorias organizadas em sindicatos podem negociar pisos salariais reconhecidos constitucionalmente através do art. 7º, inciso V. Certamente que, se são negociados, estes pisos dependem do poder de negociação das partes envolvidas. Não há qualquer imposição na fixação desses pisos (GONÇALVES, 2015).

4.3.3 Flexibilização da Jornada de Trabalho

Segundo Rodriguez (2010), a flexibilização da jornada de trabalho está prevista no art. 7º, inciso XIII da CF, que faculta a compensação e a redução da jornada de trabalho. Por sua vez o art. 59 do Texto Consolidado permite o acréscimo na jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Os turnos ininterruptos de revezamento poderão ter jornadas superiores a seis horas desde que haja acordo neste sentido. A compensação que deveria ser feita durante a semana, foi ampliada para quatro meses através da Lei nº 9.601/98, que instituiu o chamado banco de horas, mediante acordo ou convenção coletiva. Através da medida provisória nº 1.879-17 de 23 de novembro de 1999 e reedições, este prazo foi ampliado para um ano.

Outros artigos da CLT já permitiram a flexibilização da Jornada de trabalho. O art. 61 permite o trabalho além das duas horas extraordinárias em caso de força maior, serviços inadiáveis (caput) e interrupção das atividades da empresa (§ 3º). Em relação ao intervalo para repouso e alimentação, o artigo 71 flexibiliza, podendo ser de uma a duas horas, permitindo ainda a possibilidade de diminuí-lo ou aumenta-lo, dependendo de autorização da autoridade competente no primeiro caso e negociação coletiva no segundo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013).

Ainda conforme as ideias dos autores acima, o que têm-se visto frequentemente é o número de horas extras realizadas pelos trabalhadores aumentando progressivamente. Além desse aumento, é muito frequente a extrapolação das duas horas extras diárias permitidas. Para ilustrar esta informação, cita-se o exemplo do Pólo Petroquímico de Camaçari e a Refinaria Landolfo Alves (RLAN), onde em épocas de parada para manutenção, via de regra as jornadas são estendidas, muitas vezes além das 12 horas diárias, com o argumento de que cada dia parado representa um prejuízo muito grande. Este argumento teria subsistência se as plantas fossem projetadas para trabalhar 365 por ano, o que não é verdade. Além disso, há o limite físico dos trabalhadores. A existência de normas

disciplinando a jornada de trabalho permite que o aparelho fiscalizador reprima esta prática, o que não aconteceria se houvesse a desregulamentação total.

4.3.4 Flexibilização na forma de contratação

O contrato, segundo Gonçalves (2015), é a mais comum e a mais importante fonte de obrigação, devido às suas múltiplas formas e inúmeras repercussões no mundo jurídico. Fonte de obrigação é o fato que lhe dá origem. O contrato é uma espécie de negócio jurídico que depende, para a sua formação, da participação de pelo menos duas partes. É, portanto, negócio jurídico bilateral ou plurilateral.

Para Pereira (2017), o fundamento ético do contrato é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica. Seu *habitat* é a ordem legal. Seu efeito, a criação de direitos e de obrigações. O contrato é, pois, um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conversar, modificar ou extinguir direitos.

De acordo com os estudos de Venosa (2013), o Código Napoleão foi a primeira grande nova codificação moderna. A exemplo do direito romano, considerava a convenção o gênero, do qual o contrato era uma espécie (art. 1.101). O acordo de vontades representava, em realidade, uma garantia para os burgueses e para as classes proprietárias. A transferência de bens passava a ser dependente exclusivamente da vontade.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2013), o Código Civil (CC) de 2002 procurou afastar-se das concepções individualistas que nortearam o diploma anterior para seguir orientação compatível com a socialização do direito contemporâneo. O princípio da socialidade por ele adotado reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana.

Ainda conforme as ideias dos autores acima mencionados, com efeito, o sentido social é uma das características mais marcantes do novo diploma, em contraste com o sentido individualista que condiciona o Código Beviláqua. Há uma convergência para a realidade contemporânea, com a revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do direito privado tradicional, como enfatiza Gonçalves (2015, p. 425) “o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador”.

Nessa consonância, dispõe o art. 421 do Código Civil, segundo Gonçalves (2015, p. 25) “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Na visão de Donizetti e Quintella (2016), a concepção social do contrato apresenta-se, modernamente, como um dos pilares da teoria contratual. Por identidade dialética guarda intimidade com o princípio da função social da propriedade previsto na Constituição Federal. Tem por escopo promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contraentes.

Segundo Gomes (2012), tradicionalmente, desde o direito romano, as pessoas são livres para contratar. Essa liberdade abrange o direito de contratar se quiserem, com quem quiserem e sobre o que quiserem, ou seja, o direito de contratar e de não contratar, de escolher a pessoa com quem fazê-lo e de estabelecer o conteúdo do contrato.

O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado. Podem celebrar contratos nominados ou fazer combinações, dando origem a contratos inominados (GOMES, 2012).

Pinto (2015), relata que:

O princípio da autonomia da vontade serve de fundamento para celebração dos contratos atípicos, consiste ele no poder reconhecido aos particulares de autorregulamentação dos seus interesses, de autogoverno da sua esfera jurídica.

A liberdade contratual é prevista no art. 421 do atual Código Civil, já comentado nestes termos: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (GONÇALVES, 2015, p. 28). Preceitua ainda o art. 425: “é lícito às partes estipular contrato atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

Sendo assim, Gonçalves (2015), comenta ainda que o contrato típico é o que resulta de um acordo de vontades não regulado no ordenamento jurídico, mas gerado pelas necessidades e interesses das partes. É válido, desde que estas sejam capazes e o objeto lícito, possível, determinado ou determinável e suscetível de

apreciação econômica. Ao contrário do contrato típico, cujas características e requisitos são definidos na lei, que passam a integrá-lo, o atípico requer muitas cláusulas minudenciando todos os direitos e obrigações que o compõem.

De acordo com Venosa (2013), nem sempre o contrato traduz a exata vontade das partes. Muitas vezes a redação mostra-se obscura e ambígua, malgrado o cuidado quanto à clareza e precisão demonstrado pela pessoa encarregada dessa tarefa, em virtude da complexidade do negócio e das dificuldades próprias do vernáculo.

Nos contratos e demais negócios escritos, a análise do texto (interpretação objetiva) conduz, em regra, à descoberta da intenção dos pactuantes. Parte-se, portanto, da declaração escrita para se chegar à vontade dos contratantes (interpretação subjetiva), alvo principal da operação (VENOSA, 2013).

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 443, já previa a contratação por prazo determinado, desde que determinados critérios fossem obedecidos. O art. 455 permite a sub contratação. A partir de 1974 foram criadas normas para permitir a contratação em moldes diferentes do previsto na CLT. Em 1974 foi editada a lei 6.019, criando a contratação através de empresa de trabalho temporário; em 1998 foi editada a Lei nº 9.601 criando o contrato por prazo determinado, com condições diferentes das previstas na CLT; foi acrescentado o artigo 58-A a CLT, criando o trabalho a tempo parcial; através da medida provisória nº 1.726 em novembro de 1998, foi acrescentado o art. 476-A prevendo a suspensão do contrato de trabalho para qualificação profissional; recentemente foi criado o programa primeiro emprego, destinado a facilitar o ingresso de jovens entre 18 e 24 anos no mercado de trabalho. Sobre cada uma destas formas de contratação ter-se-á a seguir alguns comentários.

4.3.4.1 Contrato de Trabalho temporário

Foi criado através da Lei nº 6.019 de 03 de janeiro de 1974 com o objetivo de possibilitar às empresas, a contratação de pessoal com prazo de até 3 meses prorrogáveis por mais 3 meses, com o fim de atender a substituição temporária de pessoal regular e permanente, ou para atender a acréscimo extraordinário de serviços (art. 2º). O trabalhador é contratado pela empresa de trabalho temporário, que o coloca à disposição de outra empresa, denominada tomadora ou cliente.

Na contratação através de empresa de trabalho temporário a relação entre as partes é uma relação triangular. Entre a empresa fornecedora e a tomadora se estabelece uma relação de natureza civil. Entre a fornecedora e o trabalhador, de natureza trabalhista. Por sua vez, o trabalhador se obriga a prestar serviços para a empresa cliente. Segundo Magano (2010), a relação entre o trabalhador e a tomadora é uma relação de fato.

Esta forma de contratação assim como outras de contrato com prazo determinado, fere o princípio de continuidade. É certo que, em algumas situações o próprio, tipo de serviço deixa clara a curta duração do contrato. No entanto, o que têm-se observado na prática é um total desvirtuamento dos objetivos do contrato, visando a redução de custos. A precarização causada por este tipo de contrato é flagrante (MAGANO, 2010).

4.3.4.2 Contrato por prazo determinado

Na visão de Rodriguez (2010), foi criado através da Lei 9.601/98 o contrato de trabalho por prazo determinado. Este tipo de contrato difere dos contratos a prazo determinado previsto no artigo 443 da CLT porque tem como requisito essencial a previsão em acordos ou convenções coletivas de trabalho. O objetivo seria o aumento do emprego baseado na redução de custos da empresa. Há uma resistência muito grande por parte dos sindicatos ligados à Central Única dos Trabalhadores – CUT em celebrar este tipo de contrato, sob a alegação de que o trabalhador perde direitos (MARTINS, 2010). Na Bahia esta forma de contratação é muito rara.

A exemplo do contrato temporário, Rodriguez (2010) aduz que esta forma de contratação fere o princípio da continuidade dos contratos. Gera insegurança e ansiedade no empregado por ser de curta duração. É certo que em determinados tipos de serviços a predeterminação do prazo independe da vontade do empregador. No entanto, esta tipo de contratação abre mais uma porta para as fraudes trabalhistas. Com fito de dificultar estas fraudes, a Lei impôs algumas regras, tais como: 1) não substituição dos empregados efetivos; 2) Limite máximo de empregados contratos sob esta modalidade, etc.

Por ser fruto de acordo ou convenção coletiva, podem ser prorrogados por mais de uma vez, desde que haja previsão no instrumento convencional, o que não ocorre com a forma prevista na CLT.

4.3.4.3 Trabalho a tempo parcial

Foi criado pela inclusão do art. 58-A na CLT. Segundo este artigo, Magano (2010), trabalho parcial é aquele que não excede de 25 horas semanais. Foi reconhecido pela Convenção 175 da OIT, não ratificada pelo Brasil. Para a OIT, trabalhador a tempo parcial é aquele que tem a mesma atividade dos trabalhadores com carga horária semanal integral, mas a sua jornada semanal é inferior e o seu salário calculado semanalmente.

4.3.4.4 Subcontratação

A subcontratação, segundo os comentários de Rodriguez (2010), está implicitamente permitida pelo artigo 455 da CLT. Dispõe o citado artigo:

Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro (RODRIGUEZ, 2010, p. 225).

Através desta forma de contratação, muitas empresas passam a um empreiteiro uma parte dos seus serviços, conforme pontua Rodriguez (2010). Ocorre que em muitos casos, este empreiteiro não tem idoneidade financeira para assumir as obrigações da relação de emprego, ficando os empregados com seus direitos violados. Esta situação é muito comum no ramo da construção civil. Para fazer valer seus direitos, os empregados buscam os órgãos fiscalizadores e o Judiciário Trabalhista. Esta forma de contratação fere princípios do Direito do Trabalho como o da continuidade, o da primazia da realidade e o da boa-fé. Algumas vezes o empreiteiro é ex-mestre de obra da própria contratante principal.

Este tipo de contratação é também muito comum, conforme Martins (2010), nas concessionárias de serviços públicos recentemente privatizadas. Após estas privatizações muitas atividades foram terceirizadas e as prestadores por sua

vez subcontratavam algumas outras empresas, num processo de terceirização da terceirização. O resultado é a precarização cada vez mais acentuada em cada uma dessas subcontratações.

5 CONCLUSÃO

Diante da pesquisa, observa-se que o Direito do Trabalho, tem por objetivo regulamentar as normas jurídicas que disciplinam as relações de trabalho, apontando assim, assegurar, sempre, melhores condições de trabalho a parte mais fraca da relação laboral que é o empregado.

A principal finalidade do Direito do Trabalho é garantir melhores condições de trabalho, levando em consideração a dignidade do ser humano, enquanto o mesmo obtém através do trabalho, as suas realizações pessoais.

Em relação aos princípios do Direito do Trabalho, enquanto normas jurídicas e fonte formal do direito que são, encerram direitos e deveres é pressuposto inarredável de qualquer discussão. Portanto, entende-se que a conformação dos princípios é, inevitavelmente, reflexo das alterações nas fontes materiais do direito, e assim, empolga debates dos mais interessantes, uma vez que a adaptabilidade dessa espécie normativa às contingências sociais traz como consequência o questionamento de dogmas e posições há muito assentadas.

A flexibilização das normas trabalhistas viola os princípios do Direito do Trabalho. Esta constatação ficou evidenciada ao longo desta pesquisa. O sistema capitalista apresenta a flexibilização dos direitos trabalhistas como remédio para a retomada da sua expansão e recuperar os níveis de lucratividade que entraram em crise a partir da década de 70.

O Direito do Trabalho é visto por setores empresariais como entrave ao crescimento. Em muitos países europeus, a exemplo da Espanha, e na América Latina, a exemplo da Argentina, as normas trabalhistas foram flexibilizadas de forma bastante intensa e nem por isso o nível de emprego melhorou.

Daí a conclusão de que o ganho com a flexibilização das leis trabalhistas longe de reverter em emprego, aumenta o lucro das empresas, em detrimento dos direitos dos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

- ADOMEIT, K. El principio de favorabilidad. **Revista de Trabajo**, v. 1, n. 1, Madrid, p. 35-48, 2009.
- AVILÉS, A. O. **Derecho Sindical**. Madrid: Tecnos, 2008.
- BARASSI, A. J. **Tratado de Derecho del Trabajo**. Buenos Aires, 2008.
- BARROS, A. M. de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.
- BERNARDES, H. G. **Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.
- BERNÉS, M. **Vocabulário Técnico y Crítico de La Filosofía**. Buenos Aires-Barcelona: El Ateneo, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. 7 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.
- BRASIL. **Manual dos Direitos dos Trabalhadores Urbanos e Rurais**. Constituição Federal/1988. Brasília/DF, 2010.
- CALDERA, R. **Derecho del Trabajo**. Buenos Aires, 2009.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 271.
- CASSAR, V. B. **Princípios trabalhistas, novas profissões, globalização da economia e flexibilização das normas trabalhistas**. Niterói: Impetus, 2010.
- CHIZZOTTI, A. **Pesquisa em Ciências Humanas e Sociais**. São Paulo: Cortez, 2011.
- COUTINHO, A. R. O princípio da proteção revistado. **Revista Bonijuris**.v. 13, n. 8 Curitiba: Bonijuris, p. 1-85, 2009.
- COUTIRIER, G. **Droit du travail, les relations collectives de travail**. 2 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2010.
- COUTURE, M. **Algunas nociones fundamentales del Derecho Procesal del Trabajo**. Santa Fé, 2007.
- DELGADO, M. P. **Curso de Direito individual do trabalho**. 6 ed. São Paulo, LTr, 2012.
- DEVEALI, M. L. **Livreamientos de derecho del trabajo**. 3 ed. Buenos Aires: Argentina, 2010.
- DONIZETTI, E.; QUINTELLA, F. **Curso Didático de Direito Civil**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.
- FERNANDES, A. de L. M. **Estudos de Direito do Trabalho**. Coimbra, 2009.

FIORINI, B. Los actos de la Administración y el recurso extraordinario. El agotamiento de un mito. Rev. **La Ley**, v.1, n. 1, p. 1105-1116, 2009.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral**. 8 Ed. Editora Saraiva, 2013.

GARCIA, A. M. **Derecho del Trabajo**. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 2011.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, o. **Contratos**. 11 ed. Ed Forense. Rio de Janeiro, 2012.

GONÇALVES, C.R. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. III. Contratos e Atos Unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRAU, E. R. **A Ordem Econômica na Constituição de 1998: Interpretação e crítica**. 9 ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

GRAU, E. R. **Direito: conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HOFFNER, J. **Doutrina Social Cristã**. Edições Loyola, 2009.

KASKEL, W. Y.; DERSCH, H. **Derecho Del Trabajo**. Traduzido e anotado por Ernesto Krotoschin. Buenos Aires, 2009.

KROTOSCHIN, E. **Instituciones de Derecho del Trabajo**. Buenos Aires, 2008.

L'HOMME, J. **El Derecho del Trabajo y su carácter unilateral**. Buenos Aires, 2006.

LIMA, G. M. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

LIMA, F. M. M. de. **Princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência**. LTr Editora, São Paulo, 2010.

LÓPEZ, J. **Ley de Contrato de Trabajo Comentada**. Buenos Aires, 2009.

MACIEL, J. A. C. **A irredutibilidade do salário assegurada pela Constituição Federal, art. 7, VI, é a nominal ou jurídica, e não a real ou econômica**. LTr, v. 55, p. 1-34, 2010.

MAIOR, J. L. S. **Direito do Trabalho como instrumento de Justiça Social**. São Paulo: LTr, 2011.

MAGANO, O. B. **Contrato de prazo determinado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARANHÃO, D. **Direito do trabalho**. 6 ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2009.

MARQUES, F. **Direito do trabalho: de acordo com a Resolução nº 129/2005 do TST e com a Medida Provisória nº 251 de 14/06/2005**. **Série Leituras Jurídicas: provas e concursos**, v. 22, n. 3, São Paulo, 2011.

- MARQUEZ, M. H. **Tratado Elemental de Derecho del Trabajo**. Madri, 2008.
- MARTINS, S. P. **Cooperativas de trabalho**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MARTINS, S. P. **Direito do trabalho**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MELO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. Malheiros Editores. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MINAYO, M.C.S. **Pesquisa Social: Teoria Método e Criatividade**. 29ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2010.
- MORAIS FILHO, E. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 5 ed. LTr: São Paulo, 2012.
- NASCIMENTO, A.M. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NOVELINO, M. **Direito Constitucional**. 3 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009.
- OLEA, M. A. **Igualdad y desigualdades en las remuneraciones**. Montevideu, 2009.
- OLIVEIRA, S. L. de. **Tratado de Metodologia científica: projeto de pesquisa**. São Paulo: Pioneira, 2011.
- PEDROSO, M. B. da C. L. **Liberdade e irrenunciabilidade no direito do trabalho: do estudo dos princípios à economic analysis of law aplicados ao direito do trabalho**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fábris Editor, 2009.
- PEREIRA, J. J. de C. O Direito do Trabalho: ontem e hoje. **Revista TST**, Brasília, v. 83, n.1, 2017.
- PIDAL, J. M. **Derecho Social Espanol**. Madri, 2009.
- PIERRE, L. A. A. **Elementos Básicos de Direito do Trabalho (Legislação Social)**. São Paulo: Atlas, 2011.
- PINTO, C. R. G. **Direito Civil Brasileiro**. 6 ed. Saraiva, São Paulo, 2015.
- RAMOS, A. **Coletânea Globalização, Neoliberalismo e o Direito do Trabalho**. Ed. EDIBEJ, Curitiba, 2011.
- RENAULT, L. O. L. **Que é isto. O direito do Trabalho?** São Paulo: LTr, 2011.
- RESENDE, R. **Direito do trabalho esquematizado**. 2 ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- ROCCO, A. **Principi di diritto commerciale**. Turim: Utet, 2010.
- RODRIGUEZ, A. P. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3 ed. Ed. LTR, São Paulo, 2010.

RUBINSTEIN, S. J. Fundamentos para la vigencia del principio *in dubio pro operário*. **Revista Argentina Derecho Laboral**, v. 1, n. 1, 2008.

RUSSOMANO, M. V. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro, 2005.

SILVA, L. de P. P. da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. Ed. LTr. São Paulo, 2012.

SUSSEKIND, A.; MARANHÃO, D.; VIANNA, S. **Instituições de Direito do Trabalho**. 11 ed. V. II, São Paulo, 2011.

TEIXEIRA, S. T.; BARROSO, F. T. Os princípios do Direito do Trabalho diante da flexibilidade laboral. **Revista TST**, v. 75, n. 3, p. 57-108, Brasília, 2009.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil: Teoria das Obrigações e dos Contratos**. V. II. 13 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

VIDAL, J. M. **Derecho Social Español**. Madri, 2009.