



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I - CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO DE BACHAREL EM DIREITO

WANESSA STEFÂNIA SOUSA ARAUJO

**PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO TRABALHISTA E A FLEXIBILIZAÇÃO:
APLICAÇÕES E DESAFIOS**

CAMPINA GRANDE
2016

WANESSA STEFÂNIA SOUSA ARAUJO

**PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO TRABALHISTA E A FLEXIBILIZAÇÃO:
APLICAÇÕES E DESAFIOS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação de Bacharel em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência final para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof Amilton de França

**CAMPINA GRANDE
2016**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

A658p Araujo, Wanessa Stefânia Sousa.
Princípio da proteção trabalhista e a flexibilização: aplicações e desafios [manuscrito] / Wanessa Stefânia Sousa Araujo. - 2016.
31 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2016.

"Orientação: Prof. Me. Amilton de França, Departamento de
Direito Privado".

1. Direito do trabalho. 2. Princípios. 3. Proteção. 4.
Flexibilização. I. Título.

21. ed. CDD 344.01

WANESSA STEFÂNIA SOUSA ARAUJO

PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO TRABALHISTA: APLICAÇÕES E DESAFIOS

Artigo, apresentado ao Programa de Graduação do Curso de Bacharel em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência final para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Privado.

Aprovada em: 31/10/2016.

BANCA EXAMINADORA:



Prof. Amilton, de França/ UEPB
(Orientador - UEPB)



Prof.ª. Elis Formiga Lucena/ UEPB
(Examinador Interno - UEPB)



Prof.ª. Raíssa de Lima e Melo / UEPB
(Examinador Interno - UEPB)

NOTA: 10,0

A Waldir, Lucimar, Jefferson e o meu melhor amigo
Victor Bruno, pela dedicação, companheirismo e
amizade, DEDICO.

AGRADECIMENTOS

Agradecer ao meu maravilhoso Criador que com sua Soberana vontade, me direcionou para o curso de Direito e me deu a grande benção da aprovação no vestibular para que hoje fosse possível a confecção deste trabalho e a conclusão desta linda etapa da minha caminhada. Nesta longa caminhada no curso de Direito muitos momentos foram marcantes, muitas horas de estudo, muito aprendizado, muita paixão pelo curso que Deus me proporcionou cursar.

Certa de que nenhuma batalha se vence sozinha e tendo a convicção de que sem raízes solidas, sem educação e ensinamentos que vem de casa desde bebê esta vitória não seria possível, sem meus amados pais. Desde dos primeiros passos da infância acompanhavam TODAS as atividades de casa, me proporcionando assim ser a aluna que hoje sou, sem eles nada disso seria possível.

Ao meu Irmão sempre presente porque mais que tudo sabemos a importância do significado de ser uma família, unida, confiante e que vibra muito com o sucesso do outro, porque certamente a vitória de um é a vitória de todos. Isso é parceria, é amor.

Agradecer a meu querido marido, mais um presente de Deus que é para mim espelho no Direito, no exercício da advocacia. Ele me ensina a cada dia como ter o Direito em minha vida como algo precioso, mais acima de qualquer coisa, ele me mostra como fazer a diferença na vida de outros através da profissão que Deus nos deu.

As minhas queridas amigas, Ana Carla Cândido de Araújo e Amanda de Oliveira Montenegro, outras lindas dádivas que esta graduação me trouxe e que levarei para sempre em meu coração, com todo amor. Ao longo de todo esse tempo, por muitas vezes elas foram conforto e alegria nos longos momentos de pesquisa, de estudo e de esforço. E nas comemorações também, entre cada conquista, entre tantos planos que fizemos e vivemos juntas.

Ao meu orientador professor Amilton de França, não poderia ter escolhido orientador melhor, esteve presente sempre apoiando, com uma palavra amiga, com a serenidade que lhe é inerente. Fico imensamente feliz porque tenho certeza que o meu sucesso também é comemorado por ele com toda a sinceridade. Muito obrigada por tudo professor.

A minha banca nas pessoas da professora Raissa de Melo e Elis Formiga. Raissa me ensinou desde o primeiro período a amar e levar a sério a ciência do Direito, comprometida, honesta e disponível, que alegria para mim tê-la por perto neste momento. Elis minha professora no último período, quando lhe conheci estava preocupada, ansiosa e me dividia entre a faculdade e os estudos para o exame de ordem, ela foi extremamente compreensiva e

me deu todo apoio para que me dedicasse e buscasse a carteira da OAB. E professora consegui! Glória a Deus.

Aos funcionários do Centro de Ciências Jurídicas da UEPB, sempre amáveis e atenciosos comigo.

A UEPB, nestas minhas andanças por outros núcleos jurídicos eu tive a certeza não tinha melhor lugar para estar, sentirei saudades, mas me sinto imensamente feliz em dizer que encerro esta fase de graduação, realizada e grata a Deus e a esta Instituição por me proporcionar a benção de ser parte deste mundo fascinante da Ciência Jurídica.

“Quando não há, entre os homens, liberdade de pensamento, não há liberdade.” - Voltaire”

SUMÁRIO

RESUMO.....	8
1 INTRODUÇÃO	8
2 O DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO SUA ORIGEM E EVOLUÇÃO.....	10
3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DOS TRABALHADORES	12
4 CONCEITO DE PRINCÍPIOS E SUAS FUNÇÕES	14
5 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO	16
6 CONCEITO DE FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS.....	19
7 LIMITES A FLEXIBILIZAÇÃO	22
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	28
REFERÊNCIAS.....	30

PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO TRABALHISTA E A FLEXIBILIZAÇÃO: APLICAÇÕES E DESAFIOS

Wanessa Stefânia Sousa Araujo¹

RESUMO

No ambiente do direito trabalhista, os princípios de proteção ao empregado possuem um papel central, sendo amplamente positivados e tendo uma importância que é exaltada tanto pela doutrina como pela jurisprudência nacional. Tal proteção visa compensar as diferenças existentes entre os sujeitos da relação de emprego, estabelecendo um equilíbrio que tende a não existir em relações de subordinação jurídica. Ocorre que esta proteção conflita ou, ao menos, limita a autonomia da vontade, assim como impõe ônus adicional aos empregadores. Neste sentido, a flexibilização de direitos corresponde a uma possível ferramenta de amenização de conflitos, a qual é objeto de debates, críticas e elogios, sendo seus detalhes apreciados ao longo deste texto e cujos limites se alicerçam em fatores jurídicos, políticos e culturais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do trabalho. Princípios. Proteção. Flexibilização.

1 INTRODUÇÃO

No direito brasileiro as regras aplicáveis às relações de emprego seguem um padrão singular fruto de uma evolução histórica marcada por desejos contrapostos, fortes interesses pessoais e revoltas populares, em moldes semelhantes ao observado em todo o mundo desde a Revolução Industrial (MARTINS, 2015, pg. 9).

Observe que a Revolução Industrial se deu como um marco histórico envolto em contradições, na qual de um lado se dava uma quebra dos padrões na produção e na venda de mão de obra e, de outro, um aproveitamento dos hábitos e tradições anteriores, mesmo em uma realidade nova e diferente. Assim, a confecção de produtos fugiu do modelo artesanal para o industrial, mas a estrutura de labor continuou a mesma existente no campo e na produção individual: pouca ou nenhuma proteção pessoal, longas jornadas, ausência de folgas, remuneração apenas mediante prestação de serviço e exigências semelhantes independente do sexo ou da idade do trabalhador.

¹ ¹wstefanya@gmail.com. Acadêmica do 10º período Curso de Bacharel em Direito. Universidade Estadual da Paraíba (UEPB), Campina Grande, Paraíba, Brasil.

O crescimento econômico, o aumento da população e a intensificação dos problemas e dos debates relacionados ao cotidiano de trabalho findou por suscitar na sociedade uma série de clamores por mudanças que levaram ao surgimento de leis e acordos hábeis a restringir os danos e a melhorar as condições sociais.

Sobre tais fundamentos é que nasce o Direito do Trabalho, em uma primeira fase ainda fundado em leis esparsas, mas que, pouco a pouco se fundiram em padrões nacionais alicerçados em princípios que, atualmente, são semelhantes em todos os países signatários da Organização Internacional do Trabalho.

Entre estes princípios os de proteção do trabalhador ganharam notável ênfase e incontáveis desdobramentos, sempre com o intuito de evitar e punir o eventual abuso dos empregadores sobre os empregados. Neste ponto parece que o pessimismo de Rousseau, ao afirmar que o homem nasce livre e por toda parte está agrilhado (ROUSSEAU, 1996, pg. 9), venceu, sendo provável que a força das revoltas de 1848 (DELGADO, 2014, pg. 96) e o surgimento do “estado social” (BONAVIDES, 2014, pg. 57) sejam os responsáveis pelo estabelecimento desta curiosa “presunção negativa” que pesa sobre os empregadores e pela qual se aceita como regra a máxima de que visa aquele prejudicar os trabalhadores, extorquindo sua força laboral.

No Brasil, a hipossuficiência do empregado foi estabelecida como um pressuposto material e processual do qual se desdobra o princípio da indisponibilidade de direitos, princípio este expresso na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), já em seu Art. 9º, o qual afirma que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. Esta mesma ideia ainda é reafirmada nos arts. 444 e 468, também da CLT.

Estes artigos foram recepcionados pela atual Constituição Federal Brasileira e, historicamente, são interpretados pela doutrina de forma ampla, virtualmente anulando a autonomia da vontade e o “pacta sunt servanda” para qualquer negociação de direitos que ignore os mínimos legal ou convencionalmente estabelecidos.

Em verdade, a Constituição Federal findou por conceder especial atenção às relações de emprego, notadamente em seu Art. 7º, o qual elenca longa lista versando sobre os direitos básicos dos trabalhadores. Perceba que tal artigo traz em seu bojo direitos fundamentais atendendo, assim, ao princípio básico de proteção do trabalhador e satisfazendo o objetivo de erradicação da pobreza, marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais conforme preceito da CF, Art. 3, III.

São estes, portanto, alguns exemplos de normas de normas protecionistas, que ilustram na prática o princípio que será analisado, qual seja, o Princípio da Proteção de direito do trabalho, e

pretende-se suscitar a discussão sobre sua eficácia e aplicabilidade na atualidade. Visto que, a tecnologia e globalização trazem à baila a necessidade da evolução do direito do trabalho em todas as suas peculiaridades apresentando a flexibilização como mecanismo capaz de atender tanto a classe trabalhadora como o empregador, não em sua totalidade, por óbvio, mas como medida viável a solução e diminuição de conflitos no campo do direito do trabalho.

Importante desde já esclarecer que não se visa discutir eventual flexibilização de normas trabalhistas, conforme proposto pela agenda liberal nos modelos aplicados à Espanha e Inglaterra a partir do fim da década de 1970 (DELGADO, 2008, pg. 61), o objetivo aqui é a reflexão sobre qual opção geraria maior ganho ao empregado e, conseqüentemente, ao desenvolvimento nacional, para tal é viável analisar o modelo atual em que se apresenta o princípio da proteção, bem como uma flexibilização de direitos trabalhistas respeitando o mínimo de direitos constitucionais concedidos a classe trabalhadora brasileira.

2 O DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO SUA ORIGEM E EVOLUÇÃO

No Brasil, o desenvolvimento do Direito Trabalhista se deu por meios e etapas semelhantes ao ocorrido na Europa, tanto pela atuação estatal, como pelo desenvolvimento da indústria e até pelas revoltas populares. Os movimentos de abolição da escravidão e proclamação da República que chegavam do velho continente, influenciaram o início de reclamações por melhores condições de trabalho. A escravidão converteu-se em uma liberdade reduzida do trabalhador, o qual, por consequência, se sujeitava a longas jornadas e a questionáveis condições de trabalho.

Este cenário de precarização da mão de obra e do labor se refletiu nas fábricas e foi fator motivador para os imigrantes europeus, predominantemente italianos, a se rebelarem contra as condições a que estavam sendo expostos, através de greves e movimentos políticos, nos mesmo moldes percebidos na Europa do século anterior. Porém, de acordo com Marcelo Medeiros, o ágil método de industrialização brasileiro, quando contrastado a outros países europeus, impediu a composição de organizações de trabalhadores politicamente fortes para motivar a atuação estatal, no sentido de regulamentar direitos trabalhistas, portanto manteve-se o poder público alheio, inicialmente, às demandas dos trabalhadores assalariados (MEDEIROS, 2001).

No que se refere à legislação, a Constituição da República de 24 de fevereiro de 1891 não se dedicou a positivizar normas sobre questões sociais ou à legitimação de direitos trabalhistas. Segundo Magda Barros Biavaschi (2005), o Decreto n. 1.313, de 1891, foi o

marco inicial que previu a proteção dos menores nas fábricas da capital federal. Desta feita, foi proibido o trabalho de menores de 12 anos, bem como o trabalho noturno a menores de 15 anos, a limitação da jornada a 7 horas diárias, entre outros direitos.

O Código Civil, de 1916, trazia consigo alguns dispositivos:(artigo 1225 a 1231) que versavam de rescisão do contrato de trabalho por justa causa, (artigo 1221) aviso prévio, (artigo 1220) contratos de duração determinada, dentre outros, que foram alicerces para subsequente criação de normas contratuais trabalhistas específicas.

Em 1923, a lei Elói Chaves, deu origem a estabilidade no emprego para trabalhadores com 10 anos de serviço, salvo em casos de falta grave ou força maior, e ainda criou a caixa de aposentadoria e pensões para os ferroviários. Neste mesmo ano de 1923, por meio do Decreto n. 16.027, foi criado o Conselho Nacional do Trabalho.

Em 25 de dezembro de 1925, a lei n. 4982 estabelecia o direito a férias de 15 dias aos empregados e operários de estabelecimentos comerciais, bancários e industriais e de instituições de beneficência dos estados e do distrito federal.

Em 21 de outubro de 1927, por meio do Decreto n. 17934-A, foi criado o Código de Menores, consagrando várias normas protetivas, tais quais: proibição de trabalho de menores de 12 anos, proibição de trabalho noturno, exigência de instrução primária para os menores de 14 anos, proibição do trabalho de menores de 14 anos em atividades demasiada exaustivas, prejudiciais à moralidade ou à saúde, entre outros direitos.

A partir da revolução de 1930, que gerou a ascensão de Getúlio Vargas ao poder e no fim da república, o Estado voltou-se a um modelo mais intervencionista e dedicou maior atenção às questões sociais, especialmente ao que tange às relações de emprego.

Durante o governo de Getúlio Vargas foram criados, por meio de decretos, uma grande quantidade de normas protetivas dos trabalhadores. Como por exemplo, o Decreto n. 19.433, de 1930, que originou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, a Lei dos Dois Terços, que conteve a possibilidade de admissão de estrangeiros em empresas brasileiras, a Lei dos Sindicatos, que previu a criação de sindicatos de caráter intervencionista e voltados à satisfação dos interesses das classes produtoras, o Decreto n. 21.417-A, de 1932, que estipulou a proteção do trabalho da mulher nos estabelecimentos comerciais e industriais, o Decreto n. 22.042, de 1932, que determinou a proteção do trabalho do menor, o Decreto n. 21.175, de 1932, que criou a carteira profissional, o Decreto n. 21.186, de 1932, que disciplinou a duração da jornada no comércio, dentre vários outros.

Em 1943, através do Decreto-lei n. 5.452, aparece a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que objetivava reunir a legislação esparsa, bem como acrescentar algumas

inovações legislativas. Contudo tal compêndio de sistematização e adequação às práticas cotidianas, fato este que levou a uma série de revisões e alterações.

Surge então, a Constituição Federal de 1988, cuja grande característica trata de sua hierarquia e supremacia em relação aos demais diplomas legais. Ela traz em seu bojo a previsão e consolidação da aplicação de um extenso conjunto de direitos sociais aos trabalhadores e, distinta das antigas constituições antecedentes, garantiu aos direitos sociais dos trabalhadores o status de direitos fundamentais. Estando eles contidos no título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, com especial ênfase às relações de emprego em todo o seu artigo 7º.

A Carta Magna de 1988 estabeleceu, pois, acentuada evolução quanto a fixar as conquistas trabalhistas obtidas a partir do governo de Getúlio Vargas e prestou-se a garantir a proteção de direitos básicos dos trabalhadores em objeção aos titulares dos meios de produção.

Todavia, a Constituição Federal de 1988 e a CLT somente, de modo algum seriam suficientes para descrever todas as situações possíveis do direito trabalhista, provenientes dos avanços tecnológicos e da globalização. Portanto, é importante destacar a relevância das Súmulas, Orientações Jurisprudenciais do TST, das negociações coletivas e, ainda, das leis incumbidas da flexibilização da rigidez dos contratos de trabalho.

Sob o fundamento dessa constatação e argumento da necessidade de competir com as empresas estrangeiras, influenciar no desenvolvimento econômico e atentando à relevância de abrir o mercado brasileiro, parcela da classe empresária começou a justificar a desregulamentação das relações de trabalho, expondo que a grande carga de obrigações trabalhistas incentiva o desemprego e prejudica os mais inaptos, uma vez que se torna excessivamente oneroso contratar um trabalhador com carteira assinada.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DOS TRABALHADORES

As Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919 influenciaram a estruturação dos direitos sociais concatenados ao trabalho em vários países.

Na Constituição Federal Brasileira vigente, os direitos trabalhistas estão postos no rol dos direitos fundamentais, desta feita seu não cumprimento em última análise acarreta a não admissão do Estado democrático de Direito e vai contra a motivação do legislador, visto que,

de acordo com o que foi consagrado pela Assembleia Geral Constituinte, a proteção da pessoa humana é a finalidade essencial da Constituição pátria, conforme segue:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Então, os vínculos sejam laborais ou não, que são parte da sociedade brasileira, devem ser orientados pelo respeito da dignidade da pessoa humana, sendo que uma não obediência e este preceito importaria afronta ao Estado Democrático de Direito.

Sob a ótica destas afirmações, os direitos trabalhistas descritos pela constituição como fundamentais, estão limitados, quanto à flexibilização, sempre que não atender ao princípio da dignidade da pessoa humana bem como das garantias constitucionais. Disto se deduz a ideia de indisponibilidade absoluta ou relativa dos trabalhadores.

De acordo com Maurício Delgado:

Absoluta será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado merecer uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico. É o que ocorre, como já apontado, ilustrativamente, com o direito à assinatura de CTPS, ao salário mínimo, à incidência das normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador. Também será absoluta a indisponibilidade, sob a ótica do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado estiver protegido por norma de interesse abstrato da respectiva categoria. Este último critério indica que a noção de indisponibilidade absoluta atinge, no contexto das relações bilaterais empregatícias (Direito Individual, pois), parcelas que poderiam, no contexto do Direito Coletivo do Trabalho, ser objeto de transação coletiva e, portanto, de modificação real. [...] Relativa será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado traduzir interesse individual ou bilateral simples, que não caracterize um padrão civilizatório geral mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico. É o que se passa, ilustrativamente, com a modalidade de salário paga ao empregado ao longo da relação de emprego (salário fixo versus salário variável, por exemplo): essa modalidade pode se alterar, licitamente, desde que a alteração não produza prejuízo efetivo ao trabalhador. (DELGADO, 2016, p. 220)

Insta destacar que o Direito tem na Constituição o topo normativo, impondo, portanto, a preservação e cumprimento dos preceitos que a Carta Magna do seleciona como fundamentais, servindo como norteadores dos demais aspectos do ordenamento jurídico.

Cumprir dizer que quando da análise do texto e do valor da Constituição é vital voltar-se principalmente para os elementos considerados fundamentais, tais quais a “dignidade da pessoa humana” ou o “valor social do trabalho”, já que esses servem de alicerce e norte para uma melhor interpretação.

De acordo com esta explanação, cite-se os ensinamentos de Souto Maior:

Em consequência de tudo isso, devem-se impregnar de dignidade as relações de trabalho, para que o trabalhador não só tenha condições mais dignas de trabalho, mas para que, no mundo capitalista, seja reconhecido como cidadão e possa reivindicar sua posição política na sociedade civil. (MAIOR, 2000, p. 258-259)

Destarte, seja qual for a eventual proposta de criação normativa ou até de emenda constitucional que vise abolir os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, esta revelase como inconstitucional. Isso não quer dizer, que esses direitos não poderão sofrer alterações, mas sim que a alteração de normas que versam sobre os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores não pode lesá-lo e sempre deverá preservar os valores protegidos pela Carta Magna, ou seja, o seu cerne basilar.

É possível afirmar que, seria prejudicial aos próprios trabalhadores o impedimento de modificações dessas normas, pois inviabilizaria a atuação do Poder Legislativo tolhendo-lhe o direito de legislar de uma maneira capaz de se harmonizar as permanentes mudanças que ocorrem na esfera do trabalho.

4 CONCEITO DE PRINCÍPIOS E SUAS FUNÇÕES

Neste ponto faz-se oportuno uma melhor análise sobre o que são os princípios, de que forma estes se localizam no ordenamento brasileiro e como devem ser aplicados. Neste ponto, e no que tange ao conceito geral de princípios destaca-se o conceito adotado por Mauricio Godinho Delgado (2016):

[...] princípio traduz, de maneira geral, à noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade. (DELGADO, 2016, p. 189)

Sobre os primeiros apontamentos, no tocante ao Direito do Trabalho, ocorriam, algumas interpretações acadêmicas, cujo viés remetia à oposição quanto a relevância dos princípios, pois estes não estavam consolidados na ciência do Direito, então a ideia à cerca de sua autonomia era refutada. Hodiernamente, estabelecida como disciplina jurídica autônoma, há uma maior concordância sobre a importância desse assunto, na sua fixação ou sistematização. É o que preconiza Mauricio Godinho Delgado:

Contudo, o anátema lançado pelas ciências contra os princípios não pode prevalecer no âmbito dos estudos jurídicos. De fato, na Ciência Jurídica- enquanto estudo sistemático a respeito dos fenômenos jurídicos, com o conjunto de conhecimentos resultantes-, os princípios sempre hão de cumprir papel de suma relevância, sem comprometimento do estatuto científico desse ramo especializado de conhecimento. Essa peculiaridade decorre da posição singular que a Ciência do Direito ocupa perante os demais ramos científicos existentes.

É que a Ciência Jurídica tem objeto estruturalmente distinto daquele que caracteriza as ciências em geral. Estas, como visto, debruçam-se ao exame dos fatos e atos ocorridos ou potencialmente verificáveis- aquilo que poderia genericamente ser designado como ser. Em contrapartida, a Ciência do Direito debruça-se à análise dos institutos jurídicos e da norma (e dos próprios princípios jurídicos), que se constituem em modelos de conduta ou de organização- e que correspondem a fenômenos que genericamente poderiam ser designados como dever-ser. (DELGADO, 2016, p. 190-191)

Em sua obra sobre os Princípios do Direito do Trabalho, Américo Plá Rodriguez (2000) descreve a tríplice missão dos princípios do direito. Segundo o autor, os princípios têm função informadora, desta forma encarregado de inspirar o legislador prestando-se como base para o ordenamento jurídico; manifestam função normativa, visto que se apresentam como fonte supletiva na ausência de lei que regule as situações concretas; e ainda, há a função interpretativa, porque os princípios atuam como critérios norteadores do magistrado ou intérprete das leis.

Como funções adicionais Plá Rodrigues (2000, p. 44-45) cita o entendimento de Garcia Martínez pelo qual os princípios: São usados como fundamento para a adaptação dos preceitos de outros ramos do direito para prática nas relações de emprego; Sob está perspectiva, vetam o uso de orientações antagônicas aos fundamentos do direito do trabalho, por exemplo, a autonomia da vontade; Aprimoram conceitos, viabilizando a influência do direito do trabalho em outros ramos; Os princípios expõem a função de “incentivadores da imaginação criadora”; A capacidade dos princípios de organização de conceitos e sua efetividade para solucionar conflitos interpretativos conferem o dinamismo para o sistema jurídico; Dessa forma, possibilitam a recriação de conceitos ultrapassados no direito do

trabalho, atualizando-o ; Mediante a quantidade e diversidade de normas trabalhistas, os princípios estabelecem diretriz e são sistema, organizando seus elementos; Interligam os princípios de outros ramos do direito, impedindo elucidações opostas aos fundamentos do direito do trabalho.

As funções citadas esclarecem a abrangência e relevância dos princípios jurídicos na seara trabalhista. Mauricio Godinho Delgado, por sua vez, concorda com a tríplice função descrita acima e complementa pontuando uma quarta função dos princípios, cuja denominação é “função normativa própria”.

Tal função, salienta a validade do caráter normativo dos princípios, fazendo parte estes do ordenamento tal como as regras jurídicas. Em virtude disso, Godinho conceitua essa função similarmente de “função normativa concorrente” e esclarece:

Esta última função atua, de maneira geral, em concurso com a interpretativa da regra analisada. Nesta atuação, ora estende o comando desta, ora o restringe, ora até mesmo esteriliza-o, a partir de uma absorção de seu sentido no âmbito mais abrangente cimentado pelos princípios correlatos. Nesta linha, se uma regra legal realiza o comando genérico contido em certo princípio, mas entra em choque com outro, pode prevalecer, sem dúvida, em face do peso do princípio realizado. Contudo, isso não significa que o princípio preterido não tenha certa influência na compreensão da norma enfocada, atenuando, adequadamente, seus efeitos pensados na origem. (DELGADO, 2001, p. 19-24)

Sob essa vertente, os princípios abarcam diversos papéis ligados à aplicação do direito ao caso concreto. Tendo os princípios por fundamento e aceitando esta conceituação, o aplicador pode, em tese, alargar ou limitar uma regra jurídica, podendo até mesmo, afastar sua aplicação.

5 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

O princípio da proteção apoia-se no tratamento peculiar em benefício do trabalhador, concedendo-lhe regalias e, concomitantemente, impondo encargos ao empregador. Disto não resulta afirmar que o direito do trabalho conferiu direitos somente ao empregado, mas que este ramo do direito parte da admissão do poder diretivo do empregador. Visto que a relação de emprego tem por base o poder que o empregador detém de dar ordens, comandar e dirigir toda a realização do trabalho feito pelo trabalhador, então, a superioridade jurídica do trabalhador justifica-se como um meio de compensar sua natural inferioridade na relação.

Ainda é possível destacar que o trabalhador normalmente se encontra em uma situação de dependência econômica em relação ao empregador. Mesmo que esta dependência não se configure como critério para existência de uma relação de emprego, tem-se que a mesma serve para enfatizar o alcance da subordinação. Comumente, o trabalhador disponibiliza seus serviços para outrem posto que, depende do salário para seu sustento e de sua família.

Ademais da vulnerabilidade econômica destacada, o trabalhador demonstra também vulnerabilidade física, porque sua mão-de-obra se entrelaça com sua pessoa.

Assim, está exposto no decorrer da execução do trabalho a riscos de danos físicos e mentais, estando ao arbítrio de seu ambiente de trabalho. Sob este aspecto, o direito do trabalho permanentemente se atentou para a salubridade do ambiente de trabalho e a prevenção de acidentes, de modo que diversas normas foram elaboradas com o objetivo de evitar doenças do trabalho, pretendendo também punir agressões ao empregado, tal qual o assédio moral e o assédio sexual.

Nesse contexto, é relevante dizer que os fundamentos do princípio protetor remontam ao surgimento do direito do trabalho, e segundo Américo Plá Rodriguez está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho (PLÁ RODRIGUEZ, 2000). Tanto assim que Octavio Bueno Magano aponta a esse princípio ao criar sua definição do ramo jurídico:

[...] o Direito do Trabalho constitui o conjunto de princípios, normas e instituições aplicáveis à relação de trabalho e situações equiparáveis, tendo em vista a melhoria da condição social do trabalhador, através de medidas protetoras e da modificação das estruturas sociais. (MAGANO, 1988, p. 7)

Para Américo Plá Rodriguez (2000) o princípio da proteção é aplicado de três formas distintas, estando as mesmas descritas na doutrina trabalhista. São elas: (i) a dimensão do *in dubio pro operário* que traz o critério da interpretação por parte do juiz ou interprete para aplicação, (ii) a aplicação da norma mais benéfica, pelo que, diante de conflitos normativos dever-se-á optar pela norma que, em geral, seja mais favorável ao empregado, inclusive de forma autônoma aos preceitos clássicos de hierarquia das normas, e (iii) a dimensão da condição mais benéfica, pela qual uma nova norma não será usada para agravar as condições do trabalhador.

Aqui faz-se oportuno expor que as características de subjetividade e intangibilidade do princípio impedem que seu contorno seja definido em princípio. Sua abrangência não pode ser prontamente determinada. A viabilidade de sua aplicação é considerada em cada caso

concreto. As situações indicarão a aplicação ou não do princípio, mas cumpre deixar claro que cada decisão é fruto da interpretação do direito como um todo harmônico.

Mauricio Godinho Delgado (2016), ao tratar das dimensões do princípio da proteção apontadas por Plá Rodriguez, esclarece que existem outras formas de aplicação deste princípio. Seguem as palavras do autor:

Na verdade, a noção de tutela obreira e de retificação da reconhecida desigualdade socioeconômica e de poder entre os sujeitos da relação de emprego (ideia inerente ao princípio protetor) não se desdobra apenas nas três dimensões. *Ela abrange, essencialmente quase todos (senão todos) os princípios especiais do Direito Individual do Trabalho.* Como excluir essa noção do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas? Ou do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas? Ou do princípio da inalterabilidade contratual lesiva? Ou da proposição relativa à continuidade da relação de emprego? Ou da noção genérica de despersonalização da figura do empregador? (e suas inúmeras consequências protetivas ao obreiro)? Ou do princípio da irretroação das nulidades? E assim sucessivamente. Todos esses outros princípios especiais também criam, no âmbito de sua abrangência, uma proteção especial aos interesses contratuais obreiros, buscando retificar, juridicamente, uma diferença prática de poder e de influência econômica e social apreendida entre os sujeitos da relação empregatícia. (DELGADO, 2016, p. 202)

Portanto, o princípio da proteção deverá ser aplicado valendo-se de uma interpretação coesa com todo o sistema jurídico brasileiro. Então, para as mais diversas situações práticas, se faz necessário um estudo capaz de averiguar se a finalidade do princípio da proteção está sendo cumprida. É necessário ainda levar em conta os demais princípios do ordenamento jurídico fazendo com que a decisão a ser tomada esteja em concordância com uma série de decisões políticas tomadas pelo Estado brasileiro, buscando a harmonia entre as decisões passadas, as regras e os princípios.

Por fim, o princípio da proteção tem sua extensão fundada no seu papel essencial ao direito do trabalho. Sendo o princípio mais importante desse ramo jurídico bem como atuando absolutamente sob os demais princípios do mesmo modo característicos desse ramo.

Conforme já analisado pode-se perceber que o Direito do Trabalho é um ramo da ciência Jurídica que possui, desde sua concepção, várias peculiaridades. Para tanto o que se vê é um direito cujo principal objetivo é a proteção do trabalhador a despeito do empregador, este considerado parte superior na relação de trabalho.

Entretanto, o direito do trabalho atualmente enfrenta inúmeros desafios e precisa se adequar a um mundo afetado pela inovação, tecnologia, globalização, para que a economia se

desenvolva no mesmo compasso, bem como para que, postos de trabalho sejam garantidos e criados.

A principal discussão que este cenário traz é como adequar interesse entre empregadores e trabalhador? Até que ponto atua o princípio da proteção? O que é mais benéfico para o trabalhador, sofrer com o desemprego ou ceder em alguns momentos, como, p.e., o de crise econômica? Passa-se ao estudo do instituto da flexibilização dos direitos trabalhistas a fim de que tal instituto sirva de auxílio e ferramenta viável em determinados casos e situações.

6 CONCEITO DE FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS

De acordo com os assuntos abordados nos itens anteriores, muitas crises prejudicaram a economia dos países ao longo do século XX e começo do século XXI, assim as crises econômicas surgem em um país e suas consequências refletem no restante do mundo, especialmente quando essas crises atingiam países dominantes no sistema econômico mundial, tal qual os Estados Unidos e os países europeus.

Ante esse contexto de crise, sempre surgem discussões sobre como o mercado deve reagir, e ainda aparecem propostas pedindo a diminuição dos direitos trabalhistas ou propondo a suavização das obrigações decorrentes de suas normas, cujo objetivo seria o de aumentar a competitividade, estimulando a economia para desta feita, vencer estes momentos de recessão. Esse evento é analisado por Ari Possidônio Beltran da seguinte maneira:

Ante o quadro já descrito, nada tardou para se conjecturar que, numa situação de economia decadente, conquistas sociais outrora obtidas culminavam por transformar-se em ônus que muitas empresas e Estados não poderiam suportar: a tese, que alguns passaram a defender, consiste em que, em momentos assolados por crises prolongadas, de nada valem direitos formalmente inseridos nos ordenamentos jurídicos se inexistem condições concretas de serem implementados e de realmente beneficiar seus pretendidos destinatários. Acresça-se que, paralelamente, houve acelerado desenvolvimento tecnológico, sobretudo nos campos da robótica e da informática, o que, ainda mais agravaria a situação. (BELTRAN, 1997, p. 491)

Portanto, diante dos anseios de mudança e das novas necessidades apresentadas ao Direito do Trabalho, essencial se faz a conceituação de flexibilização, que, conforme assinala Alves Gandra, se trata de uma atenuação da lógica protetiva do Direito do Trabalho, em que há uma compensação da perda de vantagens econômicas para o trabalhador por benefícios sociais, os quais privilegiam as empresas em tempos de crises ou alterações, senão veja-se:

[...] a flexibilização representa a atenuação da rigidez protetiva do Direito do Trabalho, com a adoção de condições trabalhistas menos favoráveis do que as previstas em lei, mediante negociação coletiva, em que a perda de vantagens econômicas poderá ser compensada pela instituição de outros benefícios, de cunho social, que não onerarão excessivamente a empresa, nos períodos de crise econômica e transformações na realidade produtiva. (FILHO, 1998, p.9 apud DIAS, 2009, p. 61)

Conforme destaca Júlio Malhadas, o instituto objetiva atenuar a subordinação das relações trabalhistas ao Estado de maneira que respeite os interesses das partes envolvidas – empregado e empregador - da melhor forma. Então, tal autor pontua:

[...] a possibilidade de as partes – trabalhador e empresa- estabelecerem, diretamente ou através de suas entidades sindicais, a regulamentação de suas relações sem total subordinação ao Estado, procurando regulá-las na forma que melhor atenda aos interesses de cada um, trocando recíprocas concessões. (MALHADAS, 1991, p.143 apud DIAS, 2009, p.59)

Já Sérgio Martins (2004) defende que na flexibilização trabalhista ocorre uma tentativa de harmonizar o Direito do Trabalho com as transformações existentes na relação entre capital e trabalho. Explica o autor:

Prefiro dizer que a flexibilização das condições de trabalho é o conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existentes na relação entre capital e trabalho. (MARTINS, 2004, p.25 apud DIAS, 2009, p. 60)

E ainda Nascimento (2005) diz que a flexibilização, para si, é uma postergação de direitos trabalhistas, com o fim de se evitar que as crises econômicas superem o desenvolvimento social. Ele defende tal tese da seguinte forma:

A flexibilização nada mais é do que o ajuste exigido pelos imperativos econômicos, que requerem a postergação de direitos dos trabalhadores como meio necessário para o desenvolvimento, através da adoção de novas concepções sobre velhos institutos, que, apesar de significarem alguns sacrifícios, hoje se assinalam como a única defesa do homem contra a sua absorção pelo processo econômico. (NASCIMENTO, 2005, p.61 apud DIAS, 2009, p.59)

Por fim, Octavio Bueno Magano, descreve suas considerações sobre o conceito de flexibilização:

Flexível é algo que se dobra sem quebrar, o fácil de manejar, o elástico, o maleável. Flexibilizar o Direito do Trabalho quer dizer, portanto, torná-lo mais ajustável a situações fáticas, menos rígido. Simboliza, ainda a troca do gênero pelo individualizado; do válido pelo eficaz; do fantasioso pelo real. A flexibilização do Direito do Trabalho é o processo de adaptação de normas trabalhistas à realidade cambiante. Trata-se de processo porque se traduz em sucessão de estados e mudanças. Caracteriza-se como adaptação porque não gera mudanças *in vitro*, e sim as exigidas pela realidade cambiante, como por exemplo, retrações ou expansões econômicas, processo tecnológico, transformações sociais ou políticas. (MAGANO, 2002, p. 3)

Diante do exposto é viável afirmar que a flexibilização que tenha por fim valorizar a condição do trabalhador é legítima e necessária, considerando as disposições legais, bem como a teoria dos direitos fundamentais abordada anteriormente.

Para uma melhor compreensão se faz necessário estabelecer a diferença entre a flexibilização e a desregulamentação do direito do trabalho. Ari Possidônio Beltran, enumera as discrepâncias entre tais institutos:

Entendemos que, por outro lado não se deve confundir “flexibilização” com “desregulamentação”, equívoco frequentemente cometido por alguns autores, ao usarem as duas expressões como sinônimo e, pois, de forma indiferente. As figuras são indubitavelmente distintas, uma vez que “a desregulamentação do Direito do Trabalho, que alguns autores consideram uma das formas de flexibilização, com esta não se confunde. A desregulamentação retira a proteção do Estado ao trabalhador, permitindo que a autonomia privada, individual ou coletiva regule as condições de trabalho e os direitos e obrigações advindas da relação de emprego. Já a *flexibilização* pressupõe a intervenção estatal, ainda que básica, com normas gerais abaixo das quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade. Precisamente porque há leis é que determinados preceitos devem ser flexíveis ou estabelecer fórmulas alternativas para sua aplicação. (BELTRAN, 2001, p. 152)

Atacar a possível flexibilização equivale a ignorar vontade das partes, engessar as relações contratuais e ignorar o cotidiano legislativo nacional, por outro lado aplica-la de forma irrestrita finda por afrontar os próprios alicerces do direito trabalhista, assim como ignorar expresso anseio constitucional, ao que se passa a analisar os limites a serem observados.

7 LIMITES A FLEXIBILIZAÇÃO

Inicialmente é importante a verificação de que já se tem inseridos no ordenamento jurídico pátrio exemplos de flexibilização dos direitos trabalhistas, dos quais segue análise da forma e da extensão.

Ari Possidônio Beltran traz ensinamentos relevantes, que sustentam tal informação:

A realidade é que a situação socioeconômica dos últimos tempos, sobretudo em razão do elevado índice de desemprego, culminou por gerar algumas alterações recentes em nossa legislação trabalhista, atingindo a flexibilização de determinados institutos jurídicos tradicionais, como na forma de contratação (nova modalidade de contrato a prazo determinado); na maleabilidade da compensação de horas de trabalho em módulo anual (“banco de horas”); no contrato de trabalho a tempo parcial e na suspensão do contrato de trabalho a tempo parcial e na suspensão do contrato de trabalho para participação do trabalhador em curso ou em programa de qualificação profissional. (BELTRAN, 2001, p. 152)

Portanto, o que se vê é que várias formas de flexibilização dos direitos trabalhistas já estão vigendo no Brasil. O grande destaque entre elas diz respeito à possibilidade de despedimento arbitrário.

O art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 afirma que é direito do trabalhador, a relação de emprego, esta é tutelada contra despedida arbitrária ou sem justa causa, de acordo com lei complementar. Porém o Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996 trouxe uma inovação no sentido de que, para que a demissão desmotivada torne-se possível, o empregador deve recolher uma multa no valor de 40% dos depósitos realizados para o trabalhador na conta vinculada do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, desta feita a demissão é legal, para todos os fins.

A demissão sem justa causa classicamente representa uma das grandes pretensões do empresariado, pois possibilitaria uma maior liberdade nas contratações como também nas demissões, o que demonstra com clareza o instituto da flexibilização no ordenamento jurídico brasileiro.

Outrossim, normas análogas foram agregando a flexibilização no ordenamento jurídico brasileiro como por exemplo, a Lei nº 9.601/98, que versa sobre a contratação por prazo determinado. É o que sustenta Maurício Godinho Delgado:

A Lei nº 9.601, vigorante desde 22 de janeiro de 1998, veio alterar, de modo substancial, esse quadro normativo. O novo diploma não apenas diminuiu as

restrições à pactuação dos contratos a termo — o que, por si só, compromete de modo grave a eficácia de alguns princípios fundamentais do Direito do Trabalho (em particular, os princípios da norma mais favorável e da continuidade da relação de emprego). A nova lei teve a preocupação, ainda, de aprofundar a carência de direitos trabalhistas já característica dessa espécie contratual.

[...]

A Lei n. 9.601/98 consagra um dos aspectos dominantes da política trabalhista dos governos brasileiros, regra geral, na década de 1990, acentuada na gestão iniciada em 1995: a flexibilização das normas jurídicas trabalhistas clássicas.

[...]

A lei n. 9.601/98, entretanto, parece querer firmar, marco distinto e mais extremado do processo flexibilizatório trabalhista no país. Pelo texto este diploma, a linha flexibilizatória deixa de preponderar pela simples adequação do caráter genérico das leis trabalhistas às circunstâncias e especificidades de segmentos do mercado de trabalho e setores produtivos e profissionais, através da negociação coletiva. Prefere o novo diploma, ao revés, apontar na direção da franca e direita redução dos direitos laborais decorrentes da ordem jurídica. Passa-se a perceber na norma jurídica heterônoma estatal e na negociação coletiva instrumentos de pura e simples redução de direitos. (DELGADO, 2016, p.631,654)

Tal lei tem, por fundamento para sua execução, contratações por parte do empregador que demonstrem aumento no número de empregados, assim como a formalização de acordo ou convenção coletiva.

Insta destacar sucinta análise dos contratos temporários que estão descritos na Lei nº 6.019/74. Esta, torna possível a contratação de trabalhador através de empresa de trabalho temporário quando há necessidade transitória de trocar pessoa frequente e constante, bem como para atender a aumento extraordinário de serviços, estando a empresa de trabalho temporário encarregada de se submeter à uma série de exigências para que esteja autorizada a operar. Semelhantemente ocorre com o contrato de experiência (previsto no §2º do art. 443 da CLT), contrato de safra (previsto no art. 14 da Lei nº 5.889/73), contrato rural por pequeno prazo (previsto na lei nº 11.718/08) e contrato de obra certa (previsto na Lei nº 2.959/56).

Ademais desta lei vários incisos do art. 7º da Constituição Federal dispõem sobre a possibilidade de flexibilização, desde que sejam feitos por meio de acordo ou convenção coletiva, impondo, portanto, a participação do sindicato profissional.

É necessário citar novamente assuntos já abordados, dos quais: o inciso VI, que trata da possibilidade de redução salarial; o inciso XIII, que trata de compensação de horários e redução da jornada de trabalho e o inciso XIV, que trata da possibilidade do aumento da jornada para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento. No que se refere à redução salarial em razão de crise econômica, importante mencionar o art. 2º da Lei nº

4.923/1965, que estabelece a redução do salário mensal dos empregados em até 25%, por um prazo de três meses (podendo ser prorrogado por igual período), através de acordo ou convenção coletiva que terá de ser homologado pela Delegacia Regional do Trabalho.

Diante do exposto, aparece um primeiro limite claro à flexibilização dos direitos trabalhistas. Trata-se da negociação coletiva. A OIT traz uma definição a respeito de tal instrumento nos termos da convenção 154 em seu artigo 2º, no sentido de que:

Artigo 2 – [...] a expressão “negociação coletiva” compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de: (a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou (b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou (c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez. ([http:// www.institutoamp.com.br/oit54.htm](http://www.institutoamp.com.br/oit54.htm), acesso em 18/08/2009 apud MATOS & FONTES, p. 239)

A CLT estabelece duas possíveis formas para as negociações coletivas: (i) o acordo coletivo e (ii) a convenção coletiva. Esta última, de acordo com o art. 611 da CLT, corresponde ao acordo de caráter normativo através do qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais determinam condições de trabalho viáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

Já os acordos coletivos de trabalho, conforme estabelece no art. 611, § 1º da CLT, são aqueles firmados pelo sindicato profissional da categoria diretamente com a empresa, mas cumpre destacar que o acordo somente alcançará o âmbito da empresa participante, ao contrário da convenção coletiva que como característica ser mais abrangente e, portanto, controlará as relações de trabalho entre a categoria participante do acordo.

A Constituição Federal de 1988, concedeu à negociação coletiva importância fundamental nas relações de trabalho. É o que pontua Ari Possidônio Beltran:

No Estado Democrático Moderno, há inegável prestígio da autonomia coletiva dos particulares, aí entendidas as atribuições que os grupos sociais organizados têm de regular seus próprios interesses. De fato, a mais autorizada Doutrina vem, sobretudo nos últimos tempos, exaltando a ação dos sujeitos coletivos e dos atores sociais em geral, quando fazem uso da chamada autonomia privada coletiva. Em sede de relações de trabalho, ao lado das normas originárias da produção estatal, daquelas providas de decisões judiciais — no caso do nosso país o poder normativo previsto no art. 114, §2º, da Constituição Federal -, há pródiga fonte de produção normativa decorrente das Convenções e Acordos Coletivos. (BELTRAN, 2001, p. 123)

Existem ainda alguns doutrinadores os quais estabelecem que um outro limite a ser observado quanto a aplicação do instituto da flexibilização dos direitos trabalhistas é a necessidade de se observar e respeitar os direitos e princípios fundamentais de todo o ordenamento jurídico, especialmente no que se refere aos princípios trabalhistas. Sob o argumento de que os direitos já adquiridos, não podem ser abandonados com o objetivo de se promover a atividade econômica. Como exemplo desta corrente cita-se Yone Frediani:

Uma última consideração há de ser ainda mencionada, a de que o legislador, ao inserir os direitos sociais dentro do título dos direitos e garantias fundamentais, guindou-os à categoria de cláusulas pétreas, segundo a regra contida no art. 60, § 4º, IV da Lei Maior, circunstância que acarreta a impossibilidade de serem modificados por quaisquer atos legislativos que tenham por finalidade a alteração ou modificação de sua essência, tornando inviável ou impossível a preservação das mesmas garantias.(FREDIANI, 2002, p. 9)

Em similar análise tem-se o posicionamento de Nelson Mannrich. Para tal autor a flexibilização baseada em negociação coletiva que não observa as prescrições dos princípios fundamentais, principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, não podem ser autorizados no ordenamento jurídico próprio. É o que se vê na seguinte abordagem:

Introduzir uma flexibilização trabalhista com prioridade à empresa, voltada somente aos valores econômicos, implica considerar apenas o princípio constitucional da *livre concorrência* e priorizar somente o *valor da livre iniciativa*, tornando um engodo o *valor social do trabalho* e a *valorização do trabalho humano*. Para tanto, o processo de modernização do sistema de relações trabalhistas não pode subordinar-se às prioridades de reforma econômica, ficando a questão social em segundo plano. (MANNRICH, 1998)

Segundo Vólia Bomfim Cassar (2010), a proteção da dignidade do ser humano previsto, no art. 1º, III da CF é o “princípio dos princípios” do ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, o grande problema encontra-se na aplicação efetiva, não apenas deste, mais todos os princípios norteadores do Direito Brasileiro. Visto que um princípio tem um caráter subjetivo, que lhe é inerente e que depende para sua aplicação, de um caso concreto a ser analisado, bem como da motivação pessoal do magistrado ou interprete das normas. É o que nos esclarece ainda Vólia Bomfim Cassar:

Em que consiste a valorização da dignidade?
Não há, em nosso ordenamento jurídico, a indicação dos meios que levem à sua efetivação. Essa lacuna dá margem a insegurança jurídica. Nem sempre

o princípio é aplicável adequadamente. Tudo depende dos fatos e das configurações jurídicas que se apresentem no caso concreto. (CASSAR, 2010, p.463)

Por outro lado, também existem autores que defendem a flexibilização de forma mais irrestrita, tais como Luiz Carlos Amorim Robortella, Octavio Bueno Magano, Amauri Mascaro Nascimento, José Pastore e Rosita de Nazaré Sidrim Nassar. Estes afirmam que o progresso das obtenções de direitos trabalhistas acabou por ser demasiadamente oneroso para as empresas, provocando inevitáveis cortes de pessoal e como resultado o desemprego. Sustentam também a alteração do sistema atual, com a finalidade de permitir a superioridade do processo negocial sobre o processo estatal de criação das normas jurídicas, ou seja, o negociado predominando sobre o legislado.

Esta corrente favorável à flexibilização do mercado de trabalho no Brasil é ainda representada por autores como PASTORE (1994) o qual, citado por SANTOS E POCHMANN (1999, p. 268), aduz que:

A redução dos encargos sociais e as medidas de flexibilização das relações de trabalho seriam capazes de elevar o nível de emprego, de contribuir para a redução da informalidade nas relações de trabalho e até de permitir a elevação salarial.

Aqueles que se posicionam a favor da flexibilização defendem que esta dá uma maior oportunidade de regulamentar as relações trabalhistas pelas partes e com menos intervenção estatal. Destacam também que a crise econômica, o uso de novas tecnologias, o desemprego crescente, a competitividade, a auto regulação e a busca pelo aumento de produção são justificativas viáveis para se flexibilizar as normas trabalhistas (LIMA, 2003).

Tais pensadores consideram como ônus todos os adicionais legais que refletem sobre a folha de pagamento das empresas. É o que se constata, ainda, das palavras de PASTORE:

O custo da produção, em qualquer setor da economia, resulta de um grande número de fatores, dentre eles os custos do capital e do trabalho. No custo do capital entram as despesas decorrentes da compra de equipamentos, tecnologia, energia, pagamento de juros e vários outros. No custo do trabalho entram despesas com salários, prêmios regulares, bônus periódicos, benefícios, seguridade social, licenças, férias, pagamentos de dias não trabalhados e vários outros. (PASTORE, 1994, p. 133).

O mesmo autor, tratando das principais despesas legais, compulsórias e permanentes relativas a encargos sociais no Brasil, aponta o seguinte:

Os encargos sociais compõem o custo final do fator trabalho para a empresa. Por isso, a literatura especializada parte do conceito de "custo total do trabalho" que se refere ao custo que a empresa tem para contratar, remunerar e descontratar seus empregados. No custo total do trabalho estão incluídas *as* despesas com salários, bônus e prêmios, e os vários itens adicionais referentes *às* despesas que a empresa tem, por força da lei ou de contrato coletivo, a fim de manter os empregados trabalhando e despedi-los legalmente. Este conjunto de despesas adicionais refere-se aos encargos sociais, incluindo-se neles, o pagamento dos dias não trabalhados, as despesas com previdência social, treinamento, seguros, benefícios de vários tipos, impostos e contribuições. (PASTORE, 1994, p. 136).

O fato é que, no momento em que *os* encargos são compulsórios e permanentes forma-se um acréscimo de custo para a empresa, de modo que um enrijecimento do sistema naturalmente reflete no preço dos serviços aos consumidores e em uma baixa na contratação de empregados, principalmente para aqueles que possuem uma menor qualificação.

Com tal argumento não se quer dizer que encargos não possam ser usados como veículo de regulamentação para os mais diversos fins, apenas se afirma que esta não pode ser uma regra geral, de modo a se ignorar a situação das partes e a economia no momento. Do que se pode concluir que com os encargos flexíveis ocorre uma tendência ao estímulo e a contratação em momentos favoráveis e a manutenção dos empregos em situações de dificuldade.

Na conjuntura Brasileira PASTORE (1994) defende que as despesas são fixas e associado a um sistema de remuneração rígida com pouca produtividade, obtendo custos elevados para *os* empregadores, baixa remuneração salarial para os trabalhadores e pequeno fluxo para empregabilidade, especialmente em épocas de crise.

ROBORTELLA (1998) citado por LIMA (2003), aduz que o Direito do Trabalho deve se utilizar do instituto da flexibilização para que desta forma não se torne um impedimento para o crescimento da economia. Defende também, que na hipótese de uma empresa com problemas econômicos, é melhor que o trabalhador continue empregado, ainda em circunstâncias inferiores, do que fique desempregado.

Definimos a flexibilização do Direito do Trabalho como o instrumento de política social caracterizado pela adaptação constante das normas jurídicas à realidade econômica, social e institucional, mediante intensa participação de trabalhadores e empresários, para eficaz regulação do mercado de trabalho, tendo como objetivos o desenvolvimento econômico e o progresso social. (ROBORTELLA, 1998, p. 146-147).

Um último ponto que deve ser enfatizado é que a atuação nacional quanto ao presente tema tende a se apresentar, no decorrer da história, em ciclos contínuos de maior ou menor

grau de flexibilização, os quais parecem guardar íntima relação não apenas com a economia, mas também com a política e com a cultura nacional, dinamismo este típico da Ciência do Direito.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em retrospecto tem-se que todo o direito trabalhista foi construído sobre a premissa de que o trabalhador precisa ser protegido e isto se dá tanto no direito material como no direito processual, ignorar este fato é ignorar a própria essência deste ramo. Ademais restou claro que uma das formas de aplicação desta premissa é a vasta utilização do princípio protetor, entretanto este sempre foi flexibilizado em maior ou menor medida a depender de fatores externos ao próprio direito, tais como anseios políticos, crenças sociais e bases culturais.

O assunto ora abordado possui uma complexidade que tende a ser obliterada pelo senso comum e pelas paixões dos debatedores. O fato é que qualquer atuação, quer jurídica quer legislativa não pode ignorar todas as dependências e repercussões de campos como o da filosofia, economia e sociologia.

Por um lado, o princípio da proibição do retrocesso social parece fechar a questão de que direitos adquiridos não poderiam ser retirados, mas uma análise mais profunda suscitará questionamentos ainda mais intrigantes, tais como, será que realmente podemos considerar bens escassos como direitos? Existe expressa positivação sobre tal concepção ou ela é simples hipótese doutrinária? E se a própria parte beneficiada se dispuser a renunciar seus direitos? Seria moralmente aceitável simplesmente anular sua vontade como se incapaz fosse? Ou será que norma trabalhista findou por criar uma nova modalidade de incapacidade?

As respostas a cada uma destas perguntas dependerão de variáveis que vão muito além do direito e que em alguns pontos simplesmente não encontrarão respostas no ordenamento brasileiro, tanto por seu caráter subjetivo, como por seu vínculo a tempos e modos de pensar, mas que, em todo caso, parecem induzir a uma aceitação de que a plena e irrestrita possibilidade de flexibilização seria a melhor decisão.

De outra senda, acreditar que alguns empregadores não agiriam de má-fé e que todos os empregados estariam aptos a efetuar escolhas complexas sobre direitos cuja maioria nem mesmo compreende é ignorar a realidade brasileira e exercer um otimismo muito mais próximo da fé do que da realidade.

Em todo caso há de se concluir que a flexibilização é ferramenta que há muito vem sendo utilizada e que não pode ser condenada *de per si*, em verdade, como já exposto, sua aplicação tende a variar no tempo apenas quanto a intensidade, mas não quanto à existência.

Outro ponto interessante é que o íntimo vínculo entre esta matéria e distintas áreas do saber humano, além de influenciar sobre sua complexidade, também moldará a força e alcance de sua aplicação. Neste ponto há de se observar que períodos pós repressão de direitos individuais tendem a induzir a mitigação da flexibilização, já períodos de recessão tendem a ocasionar efeito inverso, assim, muito mais do cerne de discussões, tem-se na flexibilização um meio para concretização de outros anseios, os quais podem ser os mais diversos a depender do contexto cultural, social e político.

ABSTRACT

In the environment of labor law, the principles of protection of the employee have a central role, being widely positivized and having an importance that is exalted by both the doctrine and the jurisprudence. Such protection is intended to compensate the differences between the subjects of the employment relationship, establishing a balance that tends not to exist in legal subordination relationships. It happens that this protection conflicts, or at least limits, the autonomy of the will, and puts an additional burden on employers. In this sense, the flexibility of rights corresponds to a possible mitigation tools of conflict, which is a subject of debate, criticism and praise, and their details will be appreciated throughout this text and whose boundaries are rooted in legal, political and cultural factors.

KEYWORDS: Labor law. Principles. Protection. Flexibility

REFERÊNCIAS

PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

BELTRAN, Ari Possidonio. **Dilemas do trabalho e do emprego na atualidade**. São Paulo: LTr, 2001.

_____. **Flexibilização, globalização, terceirização e seus impactos nas relações de trabalho**. Revista LTr Legislação do Trabalho. Ano 61, n. 4. Abril de 1997. São Paulo: LTr, 1997.

BIAVASCHI, Magda Barros. **O Direito do Trabalho no Brasil – 1930/1942: a constituição do sujeito de direitos trabalhistas**. 2005.329f. Tese (Doutorado em economia aplicada) – Instituto de economia da universidade estadual de Campinas. 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BRASIL. **Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. **Lei 10.406/02. Código Civil Brasileiro**; disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>, acesso em 10 de outubro de 2016.

_____. **Lei 3.071/1916. Código Civil dos Estados Unidos Brasileiros**; disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>, acesso em 17 de outubro de 2016.

_____. **Lei 5.452/1943. Consolidação das Leis do Trabalho**; disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm, acesso em: 10 de outubro de 2016.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego**. 1. ed. São Paulo: Editora LTR, 2008.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: Editora LTR, 2014.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Editora LTR, 2016.

DIAS, Evander. **A flexibilização das normas trabalhistas como uma tendência da globalização e seus reflexos no direito do trabalho brasileiro**. Disponível em: <http://www.univem.edu.br/servico/aplicativos/mestrado_dir/dissertacoes/A_FLEXIBILIZACAO_DAS_NORMAS_TRABALHISTAS_COMO_UMA_TENDENCIA_DE_GLOBALIZACAO_E_SEUS_REFLEXOS_NO_DIREITO_DO_TRABALHO_BRASILEIRO>. Acesso em: 12 set. 2015.

FREDIANI, Yone. **Flexibilização da CLT — Impactos da flexibilização da legislação trabalhista no mercado de trabalho — O que não pode ser negociado**. *Trabalho & Doutrina*. N° 27. São Paulo: Saraiva, 2002.

LIMA, Vanderlei Schneider de. **Direito do Trabalho: Flexibilização e Desregulamentação**. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2003.

MAGANO, Octavio Bueno. **A flexibilização da CLT. Trabalho e Doutrina**. Nº 27. São Paulo: Saraiva, dezembro de 2002.

_____. **Manual de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1988. vol. 1.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O Direito do Trabalho como instrumento de Justiça Social**. São Paulo: LTr, 2000.

MANNRICH, Nelson. **Flexibilização do direito do trabalho: ruptura e compromisso**. Revista de Estudos Jurídicos UNESP. Nº 6. Ano 3. Franca. Jul-dez 1998.

MARTINS, Paulo Augusto Cirto. **Flexibilização de direitos trabalhistas**. 2010. Disponível em: < http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/n204225.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 31. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MATOS, Thays de Noronha; FONTES, Wânia Alves Ferreira Fontes. Flexibilização das leis trabalhistas: solução para o desemprego ou precarização dos direitos do trabalhador. **Revista do Núcleo Interdisciplinar de Pesquisa e Extensão do UNIPAM**. Patos de Minas: UNIPAM, n.7, vol.1: 237-255, ago. 2010. Disponível em: <http://perquirere.unipam.edu.br/documents/23456/36602/Flexibilizacao_das_leis_trabalhistas.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2016.

MEDEIROS, Marcelo. **A Trajetória do Welfarestate no Brasil: papel redistributivo das políticas sociais dos anos 1930 aos anos 1990**. Disponível em: <http://http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0852.pdf>. Acesso em: 7 de outubro de 2016.

PASTORE, José. **Flexibilização do Mercado de Trabalho e Contratação Coletiva**. São Paulo: LTR, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social** (tradução Antônio de Pádua Danesi). 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **Flexibilização da Norma Constitucional e Garantia de Emprego**. In: SILVA NETO, M. J. (Coord.). Constituição e Trabalho. São Paulo: LTr, 1998. *apud* LIMA, Vanderlei Schneider de. **Direito do Trabalho: Flexibilização e Desregulamentação**. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2003. 141p.

SANTOS, Anselmo dos; POCHMANN, Márcio. Encargos Sociais no Brasil: Debate e Propostas Recentes de Flexibilização. In: POSTHUMA, Anne Caroline (org.). **Abertura e Ajuste do Mercado de Trabalho no Brasil: Políticas para Conciliar os Desafios do Emprego e Competitividade**. Brasília: Editora 34, 1999. 471p. p267-291.