XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

CLAUDIO JANNOTTI DA ROCHA

EDINILSON DONISETE MACHADO

CARLA REITA FARIA LEAL

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

E27

Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Claudio Jannotti Da Rocha

Edinilson Donisete Machado

Carla Reita Faria Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-775-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

Apresentação

Grupo de Trabalho: “Eficácia de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais.”

O XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Goiânia nos dias 19, 20 e 21 de junho, teve como tema “Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo”, com a divisão dos já tradicionais Grupo de Trabalho.

No GT foram apresentadas pesquisas desenvolvidas em mais de 15 Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área da eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco do constitucionalismo crítico, das políticas públicas e desenvolvimento Inclusivo, com suas implicações na ordem jurídica brasileira, na contemporaneidade, em especial nos Direitos Sociais.

Foram apresentadas nesse Grupo de Trabalho pesquisas e abordagens, sobre a reforma trabalhista, em especial, sua repercussão na atual sociedade brasileira, com temas como: Desconstrução do Estado Democrático de direito promovido pela reforma trabalhista: a violação dos direitos fundamentais; Direitos de personalidade do trabalhador e limites do poder diretivo do empregador: o balancing test como técnica de ponderação; O trabalho análogo ao de escravo como violação à função social do contrato de trabalho; Extinção do contrato de trabalho por ato da autoridade pública que obsta continuidade empresarial em decorrência de desapropriação no Brasil, Argentina e Espanha; Estágio supervisionado e a precarização do trabalho: Releitura dos projetos pedagógicos dos cursos da área de públicas sob a ótica da lei do estágio; Empregabilidade das pessoas com deficiência: avanços e perspectivas; O ensino à distância e a proteção do meio ambiente do trabalho dos docentes como teletrabalhadores; Da declaração de constitucionalidade da terceirização trabalhista e seus reflexos na saúde do trabalhador; O desvalor social do trabalho: a liberdade sem limites

de contratar decorrente das reformas trabalhistas; A reforma trabalhista e os diretos da personalidade; desqualificadas: assim se explica a falta de trabalho para as pessoas com deficiência; Projeto de lei 4.742/2001: uma tutela jurídica ao meio ambiente de trabalho psicologicamente equilibrado; A sociedade de risco e os desastres ambientais: análise das indenizações dos acidentes de trabalho em rompimentos de barragens frente à reforma trabalhista; Desemprego, deterioração do emprego subordinado, empreendedorismo individual e cooperativismo; Regime constitucional do emprego socialmente protegido: terceirização ilícita no novo marco regulatório; O direito ao trabalho sob a perspectiva da reinserção do trabalhador acidentado; O cooperativismo como possibilidade de inclusão social através do trabalho; Teletrabalho, um mundo em transformação; O desmonte dos direitos dos trabalhadores após a redemocratização no brasil; Dano existencial e relação de trabalho: reflexão para efetivação de direitos.

Assim, como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar para este momento, o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas no CONPEDI em Goiânia-GO o de 2019.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do Grupo do Trabalho.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como o presente.

Goiânia, junho de 2019.

Coordenadores:

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM

Prof. Dra. Carla Reita Faria Leal - UFMT

Prof. Dr. Cláudio Jannotti da Rocha - PUC/Minas

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

FUNDAMENTOS DO DIREITO DO TRABALHO: OS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO E DA IRRENUNCIABILIDADE E ALGUNS ASPECTOS SOBRE A REFORMA TRABALHISTA

FUNDAMENTALS OF LABOR LAW: THE PRINCIPLES OF PROTECTION AND NON-WAIVER OF RIGHTS AND SOME ASPECTS ON LABOR REFORM

Ana Carolina do Prado Lima Petrucci [1]
Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira [2]

Resumo

O artigo analisa a flexibilização ou redimensionamento dos princípios específicos e fundamentais do direito do trabalho – em especial, dos princípios da proteção e da irrenunciabilidade – em decorrência das alterações trazidas pela Lei n.º 13.467, denominada reforma trabalhista. Inicialmente, serão abordados os princípios mencionados, suas peculiaridades e relevância para o direito laboral. A seguir, será exposta a tendência de flexibilização dos direitos trabalhistas desde a década de 1970. Por fim, serão tecidas considerações acerca da flexibilização dos princípios da proteção e da irrenunciabilidade trazidas pela reforma trabalhista, partindo da análise de alguns dos dispositivos de lei alterados por esta.

Palavras-chave: Direito do trabalho, Princípio da proteção, Princípio da irrenunciabilidade, Flexibilização, Reforma trabalhista

Abstract/Resumen/Résumé

The paper analyzes the flexibilization or re-dimensioning of the specific and fundamental principles of labor law - in particular, the principles of protection and non-waiver - as a result of the changes introduced by Law no. 13.467/2017, labor reform. To do so, it addresses the mentioned principles, peculiarities and relevance to labor law. Secondly, analyzes the flexibilization trend of labor rights since the 1970s. Finally, it considers the flexibilization of the principles of protection and non-waiver brought about by the labor reform, starting from the analysis of some of the provisions altered by the mentioned law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Labor law, Principle of protection, Principle of non-waiver of rights, Flexibilization, Labor reform

[1] Advogada. Mestranda em Direito - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

[2] Advogado. Doutorando em Direito do Trabalho pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

INTRODUÇÃO

A reforma trabalhista trazida pela Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017, provocou alterações substanciais no direito do trabalho, quer seja no âmbito material (tanto no direito coletivo, quanto no individual), quer seja na esfera processual. No plano principiológico, questiona-se a extensão dos reflexos da reforma sobre os princípios específicos e fundamentais do direito trabalhista.

Este é o objeto do presente artigo – em especial, sob a ótica do princípio da proteção e do princípio da irrenunciabilidade. Para esta análise, inicialmente, serão abordados os referidos princípios, suas peculiaridades e relevância para o direito do trabalho. Em um segundo momento, será exposta a tendência de flexibilização dos direitos trabalhistas verificada desde o início dos anos setenta do século XX. Por fim, serão apresentadas breves reflexões acerca da flexibilização dos princípios da proteção e da irrenunciabilidade trazidas pela reforma trabalhista, a partir da análise de alguns dos dispositivos de lei alterados ou incluídos pela Lei n.º 13.467/17 à Consolidação das Leis do Trabalho. Por método, utilizou-se o indutivo, organizado pela perspectiva da análise bibliográfica e documental.

1 FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DO TRABALHO: OS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO E DA IRRENUNCIABILIDADE

Os fundamentos do direito do trabalho são bastante peculiares, tendo em vista as especificidades de suas normas e características das relações trabalhistas. As normas estatais positivadas de direito do trabalho são consideradas de ordem pública, imperativas e irrenunciáveis (CAMINO, 2004), o que se diz por força no disposto no artigo 9º[1] da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o qual inquina de nulidade os atos atentatórios aos preceitos de lei contidos na legislação trabalhista.

De outra banda, o reconhecimento das negociações coletivas previsto no artigo 7º, inciso XXVI[2], da Constituição Federal, com a consequente autonomia das categorias de trabalhadores e empregadores para criar normas e condições de trabalho, é o responsável pelo pluralismo no direito do trabalho, na medida em que admite outro centro normativo que não o Estado.

Por fim, o direito do trabalho pressupõe a existência de um contrato de trabalho, o que denota seu caráter de direito privado, sendo que as cláusulas constantes neste prevalecerão sobre

[1] Art. 9º. Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.
[2] Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; [...].

as normativas e sobre a legislação, em face do reconhecimento da plena autonomia dos contratantes para estabelecer as condições de trabalho – e, indiscriminadamente, até a reforma trabalhista, desde que não as violassem. Dessa forma, conforme expõe Carmen Camino, é possível que se verifiquem três espaços de autonomia distintos:

> a) um **núcleo duro**, âmbito da **autonomia estatal**, da qual promanam **normas de ordem pública**, cogentes e irrenunciáveis, **as leis**;
> b) uma esfera intermediária, espaço da **autonomia coletiva**, da qual emanam **normas negociadas** e disponíveis para a categoria profissional, mas prevalentes no contrato individual e irrenunciáveis para os sujeitos desse contrato, **as convenções e acordos coletivos**;
> c) uma esfera de **autonomia individual**, da qual nascem direitos subjetivos e deveres jurídicos que regerão o **contrato individual de trabalho**, desde que não conflitantes com a ordem estatal e a ordem coletiva (2004, p. 61-62) (grifos nossos).

Assim, a intervenção estatal na esfera trabalhista se dá, a um, "assumidamente em favor do trabalhador, reconhecido como parte mais fraca do vínculo laboral" e, a dois, "em moldes imperativos, única forma de *coartar efectivamente* a liberdade do empregador na fixação do conteúdo no contrato de trabalho" (RAMALHO, 2012, p. 53).

Logo, o direito do trabalho, embora estruturado a partir do contrato de trabalho (com características de instituto de direito privado), mostra-se também de evidente cunho público, porquanto a autonomia de vontades e a relação de emprego não podem contrariar as normas estatais e as convencionais, estas (até a reforma trabalhista, reitera-se) irrenunciáveis pelos sujeitos do contrato trabalhista (CAMINO, 2004).

O próprio desenvolvimento do direito do trabalho nos sistemas jurídicos da Europa continental no início do século XX demonstra esta ambivalência deste ramo do direito. Consoante explicita Maria do Rosário Palma Ramalho, na área das condições e contrato de trabalho, o objetivo do direito trabalhista, já nesta fase inicial de desenvolvimento, era:

> [...] sobretudo, **ultrapassar a incapacidade do regime dos contratos civis para dar resposta a alguns problemas laborais**, e esse *objectivo* é prosseguido através da imposição de condições mínimas e da criação de regimes laborais específicos nas matérias deles carecidos (assim, a matéria dos acidentes de trabalho, da invalidade do contrato ou dos deveres de cuidado do empregador relativamente à pessoa do trabalhador). **Nestas áreas, a regulamentação tem, eminentemente, uma índole de adaptação dos regimes de direito comum dos contratos civis e essa índole explica o *carácter* disperso das normas laborais neste domínio** (RAMALHO, 2012, p. 53) (grifos nossos).

No conjunto dos princípios especiais do Direito do Trabalho, há um núcleo fundamental que merece ser salientado, pois confere a própria essência a este ramo especializado do direito. No presente estudo, serão especialmente abordados o princípio da proteção e o princípio da irrenunciabilidade.

1.1 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

O princípio da proteção apresentou papel fundamental no desenvolvimento do direito do trabalho, quer seja no nível sistemático (orientando a produção das normas trabalhistas, com "um *objectivo* vertical de melhoria progressiva dos patamares de tutela do trabalhador; e um *objectivo* horizontal de universalização progressiva da proteção laboral [...] a um universo cada vez maior de trabalhadores"), quer seja no nível dogmático, trazendo soluções distintas das observadas no direito comum e viabilizando a autonomização do direito trabalhista (RAMALHO, 2012, p. 55-56).

Este princípio possui como fundamento a subordinação do empregado ao empregador (SILVA, 2009), a disparidade econômica existente entre estes e a necessidade de esta ser compensada, através da superioridade jurídica conferida ao trabalhador em decorrência da aplicação desse princípio, que está relacionado diretamente à essência do direito do trabalho (MARTINS, 2009). Desse modo, enquanto no direito comum há a busca pela igualdade jurídica dos contratantes, no direito do trabalho, em razão da assimetria verificada na relação jurídica (SILVA, 2009), existe a necessidade de proteção de uma das partes – do hipossuficiente –, na procura de uma igualdade substancial, a qual se objetiva preservar por meio do princípio da proteção (FELICIANO, 2013).

Vê-se, portanto, que dois dos dogmas do direito privado são afastados do direito trabalhista em razão da natureza das relações laborais e da intervenção estatal sobre elas incidentes: o dogma igualdade dos entes jurídicos privados e o dogma da liberdade contratual (RAMALHO, 2012).

O princípio da proteção é desmembrado em três outros: a) o *in dubio pro operario*; b) o da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador; e c) o da aplicação da condição mais benéfica a este (RODRIGUEZ, 2000).

No que diz respeito ao princípio do *in dubio pro operario*, denota-se que, havendo dúvida em relação a qual interpretação de uma norma aplicar, utiliza-se a mais favorável ao obreiro. Este princípio, portanto, é aplicado quando se verifica problema na "interpretação de uma só norma do ordenamento jurídico, na busca de seu sentido, de seu alcance ou do significado de seus termos", não se referindo à interpretação de fatos e provas no processo trabalhista (PEREZ DEL CASTILLO, 1998, p. 33).

Neste aspecto, importante ressalvar que o princípio do *in dubio pro operario* não é integralmente aplicado ao processo do trabalho, na medida em que, antes de se decidir a favor do empregado, deve-se observar a quem compete o ônus da prova, a teor do que dispõe o artigo

818[3] da Consolidação das Leis do Trabalho. Isso porque a teoria do ônus da prova mostra-se sedimentada no processo do trabalho e, nesse passo, em caso de dúvida do juiz em face do conjunto probatório existente, este deverá decidir em desfavor da parte que tinha o ônus de prova naquele aspecto e não se desincumbiu (DELGADO, 2008).

Por sua vez, a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador refere-se ao concurso de normas jurídicas trabalhistas (FELICIANO, 2013) e define que, no caso de haver mais de uma norma possivelmente aplicável, deve-se escolher a mais benéfica ao empregado (RODRIGUEZ, 2000). Este princípio encontra respaldo no *caput*, do artigo 7º da Constituição Federal, que indica: "são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, *além de outros que visem à melhoria de sua condição social*" (grifos nossos).

Este princípio pode ser observado em três momentos distintos: a) na elaboração de normas mais benéficas – o que significa que as novas leis e convenções coletivas devem visar à melhoria das condições de trabalho; b) na escolha da aplicação de normas de hierarquias distintas, devendo ser utilizada a norma mais favorável e não a hierarquicamente superior; e c) na interpretação da norma – havendo ambiguidade na norma a ser aplicada, deve ser eleito sentido mais benéfico ao trabalhador (MARTINS, 2009). Vale ressaltar a abordagem do tema realizada por Amauri Mascaro Nascimento:

> [...] O princípio da norma favorável ao trabalhador, já exposto, com **tríplice função**. É princípio de **elaboração da norma jurídica**, influindo nos critérios inspiradores da reforma das legislações e definição das condições de trabalho fixadas pelas convenções coletivas. É princípio de **aplicação do direito do trabalho**, permitindo a adoção de meios técnicos destinados a resolver o problema da hierarquia e da prevalência, entre muitas, de uma norma sobre a matéria a ser regulada. É, finalmente, princípio de **interpretação**, permitindo que no caso de dúvida sobre o sentido da norma jurídica venha a ser escolhido aquele mais benéfico ao trabalhador, salvo lei proibitiva do Estado (NASCIMENTO, 2004, p. 347) (grifos nossos).

Diante do acima exposto, pode-se afirmar que o princípio da norma mais favorável atua em tríplice dimensão no direito do trabalho: informadora (como princípio orientador da ação legislativa), hierarquizante (como princípio orientador do processo de hierarquização de normas trabalhistas) e interpretativa/normativa (como princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista) (DELGADO, 2008).

No tocante à função hierarquizante e às formas de comparação das normas, elucida Alice Monteiro de Barros:

---

[3] Art. 818. O ônus da prova incumbe: (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)
I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
Antiga redação: Art. 818. A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

> A aferição da norma mais favorável pressupõe alguns problemas de ordem técnica, pois existem, como já salientado, três critérios para a sua comparação. O primeiro critério é conhecido como teoria do **conglobamento**, em que se prefere a norma mais favorável, após o confronto em bloco das normas objeto de comparação. O segundo critério, intitulado teoria da **acumulação**, se faz selecionando, em cada uma das normas comparadas, o preceito mais favorável ao trabalhador. Finalmente, o terceiro critério (teoria do **conglobamento orgânico ou por instituto**) apresenta como solução uma comparação parcial entre grupos homogêneos de matérias, de uma e de outra norma (BARROS, 2007, p. 177) (grifos no original).

Mister salientar, portanto, não é recomendável que o encontro da regra mais favorável seja feito através de separação tópica e casuística das normas, acumulando-se preceitos favoráveis ao empregado, mas, sim, mediante busca da regra mais benéfica de acordo com o conjunto global das normas que compõem o sistema, segundo propõe a teoria do conglobamento.

Ainda no que tange à incidência do princípio da norma mais favorável na hierarquização das normas, André Araújo Molina destaca que:

> Na construção e sistematização [do sistema jurídico trabalhista], o intérprete hierarquizará as normas trabalhistas de forma flexível, com observância do princípio da norma mais favorável, realizando o diálogo das diversas fontes, e resolverá as antinomias entre as regras e princípios, autonomamente e entre si (MOLINA, 2013, p. 203).

Assim é que a aplicação do princípio da norma mais favorável poderia aparentemente resultar em uma quebra na hierarquia das fontes. Todavia, não é necessariamente o que se verifica, conforme explica Santiago Pérez del Castillho:

> Em primeiro lugar, a regra da norma mais favorável funciona sempre **quando não há uma lei de ordem pública**, hierarquicamente superior, que impeça afastar-se do que dispõe. Quer dizer, **quando há uma norma de direito necessário, a questão é decidida a favor desta última**, mesmo que não seja mais favorável ao trabalhador.
> Em segundo lugar, esse critério de "favorabilidade" aplica-se à colisão entre lei e convenção coletiva quando a lei é direito supletório ou entre convenção coletiva e contrato individual, mas **não significa quebrar o princípio da hierarquia das fontes ou o critério da especialidade, quando se enfrentam duas normas estatais** (PEREZ DEL CASTILLO, 1998, p. 37-38) (grifos nossos).

Não há, portanto, derrogação da norma de hierarquia superior em razão da aplicação da norma de hierarquia inferior, na medida em que esta última respeita os limites mínimos fixados pela primeira.

De outro lado, a condição mais benéfica ao trabalhador resulta na manutenção de vantagens conquistadas pelo empregado que se incorporam ao seu patrimônio ao longo da contratualidade, as quais não poderão ser modificadas para pior. Trata-se de direito adquirido

protegido pelo artigo 5º, inciso XXXVI[4], da Constituição Federal. Esta espécie do princípio da proteção provocou manifestação expressa do Tribunal Superior do Trabalho, com a edição da Súmula 51, item I[5], que prevê que as cláusulas contratuais desfavoráveis trazidas por novos regulamentos não poderão ser aplicadas a empregados antigos na empresa, mas tão somente a novos empregados, onde se verifica claramente a incidência do princípio da condição mais benéfica (MARTINS, 2009).

Com isso, o princípio da condição mais benéfica determina que as cláusulas contratuais benéficas somente poderão ser alteradas por cláusulas ainda mais favoráveis, sendo vedada a modificação menos vantajosa ao empregado (DELGADO, 2008).

Não há dúvidas de que o princípio protetivo está expresso na legislação trabalhista, a qual estabelece presunções favoráveis ao trabalhador, como se observa no *caput* do artigo 468[6] da Consolidação das Leis do Trabalho, no qual se depreende que, se o empregado vier a praticar qualquer ato que possa vir em detrimento de direito adquirido, há a presunção de que tenha sido realizado sob coação ou induzimento em erro, sendo declarada a nulidade deste (CAMINO, 2004), conforme prevê o artigo 9º[7] do mesmo código.

1.2 PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE

O princípio da irrenunciabilidade está atrelado à noção de indisponibilidade de direitos, pois o trabalhador não dispõe destes. Nas palavras de Américo Plá Rodriguez, a irrenunciabilidade é "a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio" (RODRIGUEZ, 2000, p. 142).

Em razão deste princípio, via de regra, o trabalhador não pode abrir mão dos direitos que lhe são conferidos pelas normas jurídicas (NASCIMENTO, 2004). Caso o trabalhador –

[4] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; [...].

[5] Súmula nº 51 NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

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

[6] Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

[7] Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

mediante ato individual (renúncia) ou bilateral (transação) – dispusesse dos seus direitos, o ato do empregado (até a reforma trabalhista) não teria validade, podendo ser discutida a sua nulidade na Justiça do Trabalho, conforme preconiza o artigo 9º[8] da Consolidação das Leis do Trabalho, combinado com os artigos 444, *caput*[9], e 468, *caput*[10], do mesmo Código.

Há, todavia, hipótese em que o constituinte já fez a pré-ponderação diante da colisão de princípios e positivou este resultado através de uma regra de exceção ao princípio da irrenunciabilidade:

> O exemplo do princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas é uma das hipóteses. Existindo em determinados casos concretos conflito entre a valorização do trabalho (e, por corolário, a irrenunciabilidade de direitos) e de outro lado os valores da livre iniciativa, ambos de alçada constitucional e sem hierarquia *prima facie*, o próprio constituinte já pré-ponderou e deu a solução do caso: sob essas condições específicas de crise empresarial, a irrenunciabilidade deve ceder (inciso VI do artigo 7º da Constituição). Por evidente, sob condições adversas, a irrenunciabilidade de direitos irá prevalecer sobre os interesses de gestão (p. ex., artigo 468 da CLT).
> Não tivesse o constituinte originário feito essa restrição expressa, os legisladores tanto derivado quanto infraconstitucional poderiam fazê-lo, cada um com seus métodos procedimentais próprios, e ambos atentos ao núcleo essencial do direito fundamental, sob pena de inconstitucionalidade material (MOLINA, 2013, p. 206).

O princípio da irrenunciabilidade é desdobramento do princípio da indisponibilidade (SILVA, 2009), possuindo como fundamento o caráter imperativo das normas trabalhistas e a noção de ordem pública (RODRIGUEZ, 2000) e, como objetivo, a limitação da autonomia de vontade das partes, que é repelida diante da prevalência do interesse social sobre eventual interesse individual (CAMINO, 2004). Isso porque não se mostra admissível que o ordenamento jurídico permita que o empregado – presumivelmente pressionado pelo empregador, seja em relação à obtenção do emprego, seja na sua manutenção – abra mão dos direitos que asseguram a tutela do trabalhador, o que está em consonância com a ideia de indisponibilidade.

Assim, o princípio da irrenunciabilidade é instrumento de proteção do trabalhador, que visa a amenizar a desigualdade econômica existente entre os polos da relação de emprego, através da aplicação da vontade imperativa da lei:

---

[8] Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

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

[10] Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

> O princípio da irrenunciabilidade dos direitos pelo trabalhador tem a função de **fortalecer a manutenção dos seus direitos com a substituição da vontade do trabalhador**, exposta às fragilidades da sua posição perante o empregador, **pela da lei**, impeditiva e invalidante da sua alienação (NASCIMENTO, 2004, p. 349) (grifos nossos).

As normas imperativas, no entanto, não excluem por completo a vontade do particular, mas estabelecem garantias que assegurem a sua livre manifestação.

Pode-se afirmar que a limitação da vontade das partes teve início, no Brasil, com a intervenção do Estado nos contratos de trabalho. Com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, o Estado passou a administrar o conteúdo desses contratos, sem retirar totalmente a força da autonomia da vontade como fonte de obrigações, emitindo normas de ordem pública, que não admitem a renúncia ou a disposição das partes, tais como as referentes à duração da jornada de trabalho, ao valor mínimo da remuneração, à obrigatoriedade da concessão de férias, ao pagamento de horas extras, das verbas rescisórias, entre outras (KHOURI, 2006). Movimento semelhante já se verificava nos sistemas jurídicos da Europa continental desde o início do século XX (RAMALHO, 2012), segundo já abordado.

Não obstante, admite-se que o trabalhador renuncie a seus direitos se estiver em juízo, porquanto, nessa hipótese, não há a presunção de que o obreiro esteja sendo forçado ou pressionado a renunciar, o que não é, *a priori*, aceitável enquanto o trabalhador mantiver relação empregatícia com o empregador, na medida em que a renúncia feita nesse contexto poderia dar ensejo a fraudes. Por outro lado, o trabalhador pode, ainda, transigir, fazendo concessões recíprocas, através de ato bilateral (MARTINS, 2009), ainda mais quando encerrado o contrato de trabalho e, consequentemente, o liame de dependência econômica, pois a vontade não se presume mais viciada, o que resulta na tendência de admitir-se tanto a transação, quanto a renúncia. Neste sentido, explica Homero Batista Silva:

> Por isso o princípio da irrenunciabilidade do direito do trabalho não se confunde com o protetor nem pode ser considerado como simples acepção. **No princípio protetor, a atuação permeia todo o contrato de trabalho e segue mesmo durante o curso de uma relação processual, influenciando a prolação da sentença** quando se fizer necessária a interpretação de uma norma dúbia ou a supressão de uma lacuna, ao passo que **o princípio da irrenunciabilidade costuma se esgotar no curso da relação de emprego**. Por ficção, entende-se que a renúncia pode se verificar em Juízo, dados os esclarecimentos que o trabalhador receberá e o melhor ambiente de que disporá para tratar de assuntos de seu interesse (SILVA, 2009, p. 230) (grifos nossos).

Insta destacar que a indisponibilidade dos direitos trabalhistas subdivide-se em absoluta e relativa. A primeira será configurada quando o direito em foque necessitar de tutela de nível de interesse público, o qual traduz um núcleo mínimo e indispensável à organização da vida social protegido pela sociedade e pelo Estado, ou quando estiver protegido por norma de

interesse abstrato da respectiva categoria (DELGADO, 2008). A indisponibilidade é absoluta, exemplificativamente, quando versa sobre os direitos relativos à segurança e medicina do trabalho, à assinatura de CTPS, ao salário mínimo, entre outros MARTINS, 2009).

A indisponibilidade relativa se dá sobre direitos individuais ou bilaterais simples, que não caracterizam o núcleo essencial estabelecido pela sociedade (DELGADO, 2008). Direitos de indisponibilidade relativa podem ser alterados ou transigidos (MARTINS, 2009), desde que não causem prejuízo ao empregado, ou haja a expressa autorização constitucional[11] ou legal[12].

A distinção entre indisponibilidade absoluta e relativa resulta em um critério distinto de distribuição do ônus na prova, na medida em que, na absoluta, o empregado não terá que demonstrar prejuízo decorrente de transação envolvendo o direito indisponível, pois a nulidade será decretada automaticamente pela autoridade judicial perante a qual se apresentou a ação que vindicou a mesma. No caso da indisponibilidade relativa, o ônus da prova do prejuízo caberá ao trabalhador, uma vez que é inexigível a produção de prova sobre fato negativo (DELGADO, 2008).

Vale lembrar, por fim, que o princípio ora analisado mostra-se mitigado pelo reconhecimento da negociação coletiva como meio de transigir determinados direitos indisponíveis, a teor do que dispõem os incisos VI, XIII e XIV, do artigo 7º[13] da Constituição Federal (BARROS, 2001).

2 TENDÊNCIAS ATUAIS DE FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO E ALGUMAS REPERCUSSÕES DA REFORMA TRABALHISTA OCORRIDA NO BRASIL SOBRE OS PRINCÍPIOS ESTUDADOS

A partir da década de setenta do século XX é possível observar significativas modificações nas relações de trabalho, decorrentes de crises econômicas, do fenômeno da globalização, que desencadeou acirrada competitividade entre os países do ocidente, e das

[11] Como a possibilidade de reduzir salários mediante negociação coletiva, conforme artigo 7º, VI, da Constituição Federal.

[12] A exemplo da viabilidade de reduzir intervalo, segundo autorização do parágrafo 3º, do artigo 71, da CLT, que dispõe: "art. 71 [...]. § 3º O limite mínimo de uma hora para repouso ou refeição poderá ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quando ouvido o Serviço de Alimentação de Previdência Social, se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios, e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares".

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

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

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

inovações tecnológicas – com a informatização dos meios de comunicação e de organização da produção.

Estas mudanças nas relações de trabalho, por sua vez, ensejaram ampla discussão a respeito da flexibilização do direito trabalhista, que sustentava, em síntese, "que a predominância de normas imperativas nos institutos jurídicos era o fato gerador da crise das empresas, uma vez que lhes retirava as possibilidades de adaptarem-se a um mercado turbulento" (BARROS, 2016, p. 64) e às inovações tecnológicas, diante da rigidez desses institutos.

2.1 As tendências atuais de flexibilização do direito do trabalho e a flexisegurança

Maria do Rosário Palma Ramalho refere que, neste período, se verifica inflexão do princípio protetivo tradicional no direito do trabalho, culminando em uma instabilidade nesta área do direito, destacando que "esta fase, usualmente designada como a época da 'crise' do Direito do Trabalho, perdura até hoje" (RAMALHO, 2012, p. 61).

Salienta-se que foram diversos fatores alheios ao mundo jurídico que contribuíram para esta inflexão:

> - a relativa uniformidade da categoria dos trabalhadores subordinados associada à crença na sua incapacidade generalizada de *auto-regularem* os seus interesses laborais e, por consequência, à sua dependência das associações sindicais para esse efeito (é o mito da incapacidade genética e permanente dos trabalhadores subordinados);
> - a grande empresa do *sector* secundário da economia como unidade modelar para o desenvolvimento dos vínculos laborais;
> - a crença na sustentabilidade *económica* do sistema laboral *protectivo* para os empregadores e para as empresas (RAMALHO, 2012, p. 61) (grifos no original).

Este movimento de inflexão foi intitulado de "flexibilização do direito do trabalho" e se trata de reivindicação empresarial que busca menores custos sociais e maior liberdade na gestão do negócio. Esta flexibilização pode ser concretizada na esfera legal, regulamentar ou convencional, desde que asseguradas as garantias mínimas do trabalhador. Há dois tipos de flexibilização a se destacar:

> A flexibilização interna, atinente à ordenação do trabalho na empresa, compreende a mobilidade funcional e geográfica, a modificação substancial das condições de trabalho, do tempo de trabalho, da suspensão do contrato e da remuneração (BARROS, 2016, p. 65).

A flexibilização interna, diz respeito, portanto ao próprio regime do contrato de trabalho comum (RAMALHO, 2012). A seu turno, a flexibilização externa se relaciona aos vínculos de trabalho atípicos, como são os contratos de trabalho a termo, a tempo parcial, temporário, intermitente (*Arbeit auf Abruf*), partilhado (*job sharing*) e o teletrabalho. Se refere, portanto,

"às modalidades de contratação, de duração do contrato, de dissolução do contrato, como também à descentralização com recurso a formas de gestão de mão de obra, subcontratos, empresa de trabalho temporário, etc." (BARROS, 2016, p. 65), assim como à contratação de trabalhadores terceirizados.

A forma como a flexibilização se processa é denominada "desregulamentação normativa" do direito do trabalho. A desregulamentação espelha a inversão na tendência regulamentadora desta área do direito, tendendo "a diminuir o número de normas laborais imperativas e a aumentar o espaço de liberdade dos entes laborais, quer no âmbito da negociação *colectiva* quer no domínio dos contratos de trabalho" (RAMALHO, 2012, p. 76).

A desregulamentação se opera através de três processos: (i) através da "supressão das normas legais imperativas [...], cuja regulação é remetida para o âmbito dos contratos de trabalho"; (ii) mediante o "reenvio legal da competência para regular as matérias laborais *directamente* para as convenções *colectivas* de trabalho"; e (iii) na "alteração das regras especiais de interpretação e aplicação das fontes laborais [...] no sentido do aumento da respectiva elasticidade" (RAMALHO, 2012, p. 76-77).

Alice Monteiro de Barros destaca que, mesmo nas hipóteses de flexibilização, devem ser observados os limites mínimos previstos na Constituição Federal e nas normas internacionais, inclusive tendo em vista que os direitos trabalhistas estão incluídos no título referente aos direitos e garantias fundamentais da Carta Magna.

Passadas décadas de flexibilização dos direitos trabalhistas nos sistemas jurídicos, em especial, da União Europeia, foi possível constatar efeitos nefastos oriundos da inflexão da tendência protecionista desta área do direito, com a precarização dos postos de trabalho, segregação do mercado de trabalho (entre empregados típicos e trabalhadores terceirizados) e enfraquecimento das normas de segurança e saúde do trabalhador, com maior exposição deste a riscos (RAMALHO, 2012).

Diante disto, surge a tendência da flexisegurança, que busca moderar os efeitos da flexibilização das leis sociais – sem que resulte na contenção desta evolução –, através de investimento na capacitação, formação e qualificação dos trabalhadores (aumento da sua empregabilidade) e da qualidade do suporte alcançado ao empregado durante a situação de desemprego involuntário, de modo a auxiliar o regresso do trabalhador ao emprego. De acordo com Rodrigo Garcia Schwarz:

> [...] a flexisegurança [...] consubstancia em si a ideia, bastante óbvia, de que [...] a flexibilidade dos mercados de trabalho só pode ser concebida conjuntamente com a ideia de segurança para o trabalhador como contraponto à maior mobilidade que lhe

> é imposta como consequência de modelos de emprego que impliquem maior flexibilidade (SCHWARZ, 2010, p. 66).

Assim, exemplificativamente, em contrapartida à facilitação do despedimento dos empregados, com a redução dos custos daí decorrentes, devem ser alcançados benefícios sociais temporários aos mesmos, tal como o seguro-desemprego, além de serem incluídos em programas de capacitação para que aumentem sua empregabilidade. A implantação destas estratégias na prática, contudo, requer uma aplicação de recursos financeiros expressivos pelo Estado, razão pela qual, em países em crise, não se verifica como solução imediata. Conforme aponta Maria do Rosário Palma Ramalho, "é pois [sic] ainda cedo para opinar sobre a evolução do Direito do Trabalho neste sentido" (RAMALHO, 2012, p. 79).

2.2 Algumas repercussões da reforma trabalhista ocorrida no brasil nos princípios da proteção e da irrenunciabilidade

No mesmo contexto abordado no item anterior – de crise econômica, com aumento do número de trabalhadores desempregados, de cenário de competitividade entre os países e de inovações tecnológicas que alteraram as relações trabalhistas e a forma de organização da produção empresarial – é que, no Brasil, também aumentaram as discussões existentes sobre a necessidade de flexibilização dos "mercados de trabalho como forma de garantir competitividade aos empreendimentos econômicos, impondo aos trabalhadores uma maior mobilidade e modelos de emprego que impliquem maior flexibilidade" (SCHWARZ, 2010, p. 66).

Tais discussões culminaram na promulgação da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, a chamada "reforma trabalhista", que introduziu modificações substanciais na Consolidação das Leis do Trabalho. Segundo Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles:

> As repercussões introduzidas pela reforma são amplas, impactando diretamente o direito individual do trabalho, o direito coletivo do trabalho, o direito processual do trabalho e, sobretudo, a *propedêutica juslaboral*. Podemos visualizar significativas reconfigurações na assimilação normativa da teoria da hipossuficiência, na esquematização principiológica do direito do trabalho e na ordenação das fontes juslaborais, entre outras tantas mudanças. Não se trata, portanto, de uma mera reforma normativa pontual, mas de *significativa reformulação teórica do direito do trabalho*, ao menos segundo concluímos nesta análise preliminar (DORNELES, 2018, p. 63) (grifos no original).

Nesta linha, destacamos, inicialmente, a relativização do princípio da proteção do trabalhador, abrandado pela reforma trabalhista – o que se observa, em especial, no que diz

respeito à prevalência do negociado sobre o legislado (CORTASIO; SANTOS; OLIVEIRA, 2018).

Exemplo disto é a previsão contida no artigo 611-A[14], introduzido na CLT pela Lei n.º 13.467/2017, que determina a prevalência das normas coletivas de trabalho sobre a lei, *independentemente de serem mais favoráveis ou prejudiciais*, quando dispuserem sobre um rol *não taxativo* de direitos elencado nos incisos do respectivo dispositivo legal, envolvendo questões relacionadas à jornada de trabalho e regimes compensatórios, teletrabalho, regime de sobreaviso e trabalho intermitente, remuneração por produtividade, prêmios e participação nos lucros ou resultados da empresa e, até mesmo, a respeito do enquadramento do grau de insalubridade, entre outros.

Ao dispor pela prevalência do negociado sobre o legislado, mesmo em desfavor do trabalhador, a reforma trabalhista redimensiona o peso dos princípios da proteção e da irrenunciabilidade em relação ao princípio da autodeterminação coletiva – privilegiando este último quando se referir às matérias indicadas no artigo 611-A, dentre outras:

> Por meio de regramentos pré-ponderativos, o legislador reformista propôs uma inversão de sobrepesos principiológicos, de um esquema instrumental que **antes privilegiava a imperatividade normativa** (e, por consequência, **o princípio fundamental da proteção do trabalhador**), para outro que **agora privilegia a autonomia coletiva privada** (esta, não mais como um instrumento essencialmente voltado à ampliação de direitos). Por conseguinte, percebemos uma **desvinculação entre o princípio da autodeterminação das vontades coletivas e o princípio fundamental da promoção da melhoria da condição social do trabalhador** [...]. Manifestamente, a negociação coletiva, tradicionalmente um importante mecanismo de ampliação de direitos, assume com a reforma uma vocação marcadamente adaptativa, em boa parte desvinculada de um lastro legal mínimo, ressalvadas as matérias indicadas no art. 611-B da CLT (taxativas, conforme sua literalidade) (DORNELES, 2018, p. 86-87) (grifos nossos).

[14] Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II - banco de horas anual; III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015; V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI - regulamento empresarial; VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho; VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; X - modalidade de registro de jornada de trabalho; XI - troca do dia de feriado; XII - enquadramento do grau de insalubridade; XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.
§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3o do art. 8o desta Consolidação. [...]

Segundo se observa, nesta distinção entre o artigo 611-A da CLT (rol exemplificativo de matérias que podem ser negociadas) e o artigo 611-B[15] do mesmo diploma legal (rol taxativo de direitos que não podem ser flexibilizados) está presente a ideia de indisponibilidade relativa e de indisponibilidade absoluta (ARAÚJO, 2018), respectivamente, abordada de forma breve no primeiro capítulo do presente trabalho.

Assim, os direitos previstos no artigo 611-B são incontroversamente oriundos de normas de ordem pública – portanto, absolutamente indisponíveis – e não poderão ser reduzidos mediante negociação coletiva. "Nesse caso a lei prevalecerá sempre sobre o negociado quando houver uma quebra, uma ruptura, ao patamar civilizatório mínimo desses direitos" (ARAÚJO, 2018, p. 192).

Por outro lado, o legislador reformista considerou os direitos elencados no artigo 611-A da CLT como relativamente indisponíveis, na medida em que, sobre esses, privilegiar-se-á "a autonomia das partes na negociação coletiva, em reconhecimento de que os envolvidos diretamente nas relações de trabalho são os sujeitos mais competentes para estipular as regras e condições de desenvolvimento das atividades laborais" (SIQUEIRA, 2018, p. 114).

[15] Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); IV - salário mínimo; V - valor nominal do décimo terceiro salário; VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; VIII - salário-família; IX - repouso semanal remunerado; X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; XI - número de dias de férias devidas ao empregado; XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei; XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; XIX - aposentadoria; XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador; XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso; XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho; XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender; XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve; XXIX - tributos e outros créditos de terceiros; XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.
Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.

Vólia Bomfim Cassar destaca que a previsão insculpida no artigo 611-A da CLT de fato debilita os princípios da indisponibilidade e da proteção – este último em seu desdobramento em princípio de aplicação da norma mais favorável:

> O caput do art. 611-A da CLT autoriza a ampla flexibilização, aumentando o leque de possibilidades de direitos previstos em lei que podem ser reduzidos ou suprimidos. A norma não teve o objetivo de ampliar direitos, pois isto sempre foi possível.
> [...] A prevalência do negociado sobre o legislado enfraquece o princípio da indisponibilidade dos direitos legais trabalhistas, assim como derruba o princípio da prevalência da norma mais favorável. Torna os direitos trabalhistas menos públicos e mais privados, transformando a maioria dos direitos contidos na CLT, que não se encontram na Constituição, em direitos disponíveis (CASSAR, 2018, p. 320-321).

Assim, a quebra de paradigma no que tange ao princípio da proteção é evidenciada na inclusão do artigo 611-A da CLT, que possibilita a flexibilização de diversos direitos trabalhistas através de instrumentos normativos, em nome da autonomia coletiva de vontade (CORTASIO; SANTOS; OLIVEIRA, 2018).

Em conjunto com esta previsão do artigo 611-A da CLT, a reforma trabalhista também introduziu o § 3° ao artigo 8º da CLT, o qual prevê que "no exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará *exclusivamente* a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, [...] e balizará sua atuação pelo princípio da *intervenção mínima* na autonomia da vontade coletiva" (grifos nossos).

Por corolário, caso as normas coletivas estejam de acordo com os elementos essenciais do negócio jurídico, a Justiça do Trabalho não poderá deixar de aplicar a cláusula negociada, mesmo que prejudicial ao empregado (dentro dos limites autorizados pela lei) – o que reforça, novamente, a enfraquecimento do princípio protetivo.

Neste mesmo sentido é a alteração do artigo 620 da CLT, que previa que "as condições estabelecidas em Convenção, *quando mais favoráveis*, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo" (grifos nossos) e que, após a reforma trabalhista, passou a vigorar com a seguinte redação: "as condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho *sempre prevalecerão* sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho" (grifos nossos). Conclui-se, assim, que, mesmo sendo prejudiciais, as previsões constantes em acordo coletivo prevalecerão sobre o disposto em convenção coletiva.

A referida alteração também relativiza o princípio da norma mais favorável ao trabalhador (CASSAR, 2018), na sua função informadora, quer seja quando da elaboração da norma jurídica que alterou a disposição do artigo 620 da CLT, quer seja na sua aplicabilidade prática, com a dispensa de que os acordos coletivos prevejam melhorias nas condições de trabalho para que sejam validados, uma vez que prevalecem sobre as convenções coletivas de

qualquer forma (CORTASIO; SANTOS; OLIVEIRA, 2018). Assim, as soluções de controvérsias "entre acordos e convenções coletivos passam a ser regidos pelo princípio geral hermenêutico da especialidade, e não mais pelo princípio da norma mais favorável" (DORNELES, 2018, p. 85).

A flexibilização dos princípios da proteção e da irrenunciabilidade se verifica, ainda, na inclusão do parágrafo único do artigo 444 da CLT[16], que equipara a negociação individual, feita por trabalhador portador de diploma de nível superior e que receba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social, à negociação coletiva – a qual, segundo artigo 611-A, pode prevalecer sobre o legislado.

O que se verifica é que, em relação a estes empregados, foi legalmente atribuído um nível protetivo mais baixo, considerando que possuem uma "menor *vulnerabilidade negocial* em comparação aos empregados típicos" (DORNELES, 2018, p. 75) (grifos no original). Gustavo Filipe Barbosa Garcia, neste aspecto, destaca que:

> Desconsidera-se que o empregado, por natureza, presta serviços de forma subordinada ao empregador, o qual exerce o poder de direção **independentemente da formação intelectual e do valor da remuneração percebida pelo empregado**, e este, ainda que receba salário mais elevado, não é titular dos meios de produção e precisa trabalhar para manter a sua subsistência.
> [...] **Assim, a autonomia da vontade no âmbito trabalhista, notadamente no plano individual, não pode ser exercida sem limites**, em prejuízo aos direitos fundamentais e às determinações legais de ordem pública, a serem aplicadas a todos os tipos de empregados, sob pena de afronta aos princípios da igualdade e da legalidade (art. 5.º, *caput*, e inciso II, da Constituição da República) (GARCIA, 2018, p. 399-400) (grifos no original).

Com efeito, a partir da alteração legislativa em apreço, tem-se como válida a negociação feita diretamente entre estes trabalhadores e seus empregadores, sobre todos os direitos previstos no art. 611-A da CLT, dentre outros. A negociação individual, neste caso, prevalece sobre a lei e também sobre a norma coletiva, possibilitando a renúncia de direitos legal e convencionalmente previstos por parte destes trabalhadores (CASSAR, 2018), autorizando-se a plena e ilimitada autonomia individual da vontade, ainda que a negociação resulte em prejuízo ao empregado.

Trata-se de significativo enfraquecimento do princípio da irrenunciabilidade e, evidentemente, do princípio da proteção:

[16] Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.
Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

> Como sabemos, o princípio da irrenunciabilidade era manifestamente uma das derivações mais marcantes do princípio da proteção; por conseguinte, a mitigação daquele necessariamente traz sorte equivalente a este. Além do mais, é sabido que a autonomia individual tem como premissa básica a simetria entre as partes, ao menos sob o prisma negocial, o que é a antítese da ideia protetiva [...] (DORNELES, 2018, p. 87).

Com efeito, diante desta breve análise dos artigos 444, parágrafo único, e 611-A da CLT, resta claro o redimensionamento trazido pela reforma trabalhista sobre os princípios protetivos do direito do trabalho, incluindo-se o princípio da irrenunciabilidade, frente à maior valoração do princípio da autodeterminação coletiva e da autonomia da vontade dos particulares, o que significa um importante rompimento de paradigmas até então existentes nesta área jurídica, decorrentes da assimetria existente entre as partes, que a reforma busca mitigar.

Considerações finais

Os princípios da proteção e da irrenunciabilidade são princípios formadores do direito trabalho, tendo papel de destaque na história de seu desenvolvimento e se revelando a própria essência deste ramo do direito. As modificações da sociedade desde o início dos anos setenta do século XX pressionaram os ordenamentos jurídicos dos países ocidentais a adotarem um direito do trabalho mais flexível e dinâmico, na busca pela recuperação das empresas e, consequentemente, de postos de trabalho em tempos de crise, assim como pelo aumento da competitividade entre companhias – agora modernizadas pela evolução tecnológica – e, até mesmo, entre os países, na procura por investimentos com o oferecimento de menores riscos sociais.

Esta tendência desencadeou um período de inflexão do princípio protetivo trabalhista e, diante dos reflexos danosos daí decorrentes, já é possível verificar, em especial, nos países da União Europeia, uma nova corrente denominada flexisegurança, que busca compensar em certa medida os efeitos da flexibilização das leis sociais.

Diante do estudo apresentado, foi possível verificar que, no Brasil, a reforma trabalhista resultou em verdadeiro redimensionamento estrutural-principiológico, através do qual os princípios da autodeterminação coletiva e da autonomia da vontade privada passaram a assumir maior relevância no ordenamento juslaboral, flexibilizando-se, por consequência, os princípios da proteção e da irrenunciabilidade.

Todavia, não se pode olvidar que a referida flexibilização não se opera sobre os direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal, os quais não podem ser renunciados em

nome da autonomia privada, salvo as exceções expressamente previstas pelo constituinte. Quanto aos direitos sociais constitucionalmente garantidos, sobrepõem-se, pois, os princípios da proteção e da irrenunciabilidade ao princípio da autonomia da vontade.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Joeline. As fronteiras da negociação coletiva. In: STÜRMER, Gilberto; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de (Coord.). **A reforma trabalhista na visão acadêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018. ISBN 9788536194882. p. 177-199.

BARROS, Alice Monteiro de (coord.). **Compêndio de direito processual do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2001.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2007.

BARROS, Alice Monteiro de; ALENCAR, Jessé Claudio Franco de (Atual.). **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. 904 p. ISBN 978-85-361-8751-8

CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CASSAR, Vólia Bomfim (org.). **CLT comparada e atualizada: com a reforma trabalhista**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. ISBN 978-85-309-7888-4.

CORTÁSIO, Malu Medeiros; SANTOS, Renata da Silva; OLIVEIRA, Thais Miranda de. A relativização do princípio da proteção ante a previsão legal da prevalência do negociado sobre o legislado. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, v. 84, n. 02, p. 121-137, abr./jun. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. A reforma trabalhista: algumas repercussões na propedêutica juslaboral. In: STÜRMER, Gilberto; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de (Coord.). **A reforma trabalhista na visão acadêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018. p. 63-92.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **CLT comentada**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2009.

MOLINA, André Araújo. **Teoria dos princípios trabalhistas**. São Paulo: Atlas, 2013,

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREZ DEL CASTILLO, Santiago. Hierarquia das fontes no direito do trabalho. In: PLÁ RODRIGUEZ, Américo (coord.). **Estudos sobre as fontes do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998, p. 30-64.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. Parte I: Dogmática geral.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. atual., trad. e rev. São Paulo: LTr, 2000.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. A política européia de emprego e a ideia de "flexisegurança": um caminho para a "modernização" do direito do trabalho. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 74, n. 01, p. 65-75, jan. 2010.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Elesevier, 2009. v. 1.

SIQUEIRA, Rodrigo Espiúca dos Anjos. A duração do trabalho na Lei 13.467/2017. In: STÜRMER, Gilberto; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de (Coord.). **A reforma trabalhista na visão acadêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018. p. 93-118.

FONTES ELETRÔNICAS

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em 17 de fevereiro de 2019.

BRASIL. **Constituição Federal 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 17 de fevereiro de 2019.