

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES E A PROTEÇÃO AO TRABALHO: ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO LABORAL

THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF LABORERS AND PROTECTION OF LABOR: ANALYSIS OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN EMPLOYMENT LAW

Claudio Pedrosa Nunes
Docente do PPGCJ/UFPB, João Pessoa, Paraíba, Brasil
nunespedrosa@ig.com.br

Joama Cristina Almeida Dantas.
Mestranda em Direito Econômico pelo PPGCJ/UFPB
johamacristina@hotmail.com

Resumo: *As transformações nos sistemas econômico, político e social têm evidenciado a necessidade de reestruturação do Direito do Trabalho, a fim de que seja conferida proteção efetiva ao trabalhador e ao trabalho. O caráter protecionista excessivo das leis e princípios trabalhistas tem servido de óbice ao desenvolvimento econômico, contrariando os fundamentos do Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que exclui da tutela do Direito Laboral inúmeros trabalhadores. Diante dessa conjuntura, a flexibilização das normas e princípios trabalhistas surge como mecanismo de conformação do Direito do Trabalho com os valores sociais do trabalho e a economia de mercado, garantindo proteção adequada ao trabalhador e ao trabalho. O princípio da proporcionalidade, enquanto postulado normativo aplicativo de princípios e direitos fundamentais, serve como instrumento de flexibilização na hipótese de colisão entre os direitos fundamentais das partes da relação de trabalho.*

Palavras-chave: *Direitos fundamentais. Princípio da proteção. Flexibilização.*

Abstract: *The transformations in the economic, political and social system have shown the necessity of restructuration in the labor law, with the objective of granting effective protection to the worker and work. The excessive protectionist nature of the laws and principles of employment law has been detrimental to the economic development, then going against the fundamental of the democratic rule of law, whereas excludes many workers from the tutelage of the labor laws. Against this scenario, the flexibilization of norms and principles arise as mechanisms of conformation of labor law to the social, labor and market economy values, ensuring the effective protection of the worker and work. The principle of proportionality as normative postulate applied on fundamental principles and rights, serves as an instrument to the flexibilization in the hypothesis of a collision between the fundamentals rights of the parts.*

Keywords: *Fundamental rights. Principle of protection. Flexibilization*

Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Proteção ao Trabalho: Análise da Aplicação do Princípio da Proporcionalidade no Direito Laboral

Introdução

Os debates que circundam as questões relativas aos direitos fundamentais dos trabalhadores são atuais e revelam-se importantes, haja vista o surgimento de uma nova conjuntura econômica, política e social, bem como a constitucionalização do Direito do Trabalho.

O mercado global passou a impor alteração na postura do empregador diante do sistema de administração da empresa, com vistas a reduzir os custos e aumentar os lucros na atividade desenvolvida. A redução dos custos obrigou as empresas a desvalorizar seus empregados, gerando uma intensificação do trabalho informal e uma grande massa de desempregados.

A heterogeneidade das relações de trabalho e o desemprego passaram a exigir uma reestruturação do Direito Laboral, de modo que seja conferida uma proteção adequada e mensurada ao trabalho, e garantido o respeito à dignidade da pessoa do trabalhador. Como forma de instrumentalização dessa reformulação, tem-se a flexibilização das leis e princípios trabalhistas.

A flexibilização visa harmonizar a economia de mercado, os valores sociais do trabalho e a proteção ao trabalhador por meio da conformação das normas trabalhistas à realidade econômica, política e social. Considerando que entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito está a livre iniciativa, o Direito do Trabalho não pode servir de óbice ao desenvolvimento econômico empresarial.

Nessa esteira, a proposta do presente trabalho consiste na análise da premente necessidade de reestruturação do Direito Laboral através da flexibilização das leis e princípios trabalhistas. Frente a tal cenário, o princípio da proporcionalidade apresenta-se como instrumento de flexibilização do princípio da proteção através da atuação do Poder Judiciário.

A pesquisa foi organizada em três partes. Na primeira parte foram abordados os direitos fundamentais dos trabalhadores e o princípio da proteção no Direito do Trabalho, a fim de demonstrar a exigência de uma tutela formal, mas mensurada, dos trabalhadores. Na segunda parte tratou-se da flexibilização do Direito do Trabalho, com o objetivo de evidenciar a necessidade da

1 Juiz do Trabalho do TRT da 13a Região, Doutor em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Universidade de Salamanca, Doutor em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra, Professor Adjunto da UFPB.

2 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande; Mestranda em Direito Econômico pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba.

reestruturação desse ramo da ciência jurídica. Na terceira parte apresentou-se o princípio da proporcionalidade como mecanismo de flexibilização do Direito do Trabalho pelo Poder Judiciário na hipótese de colisão entre direitos fundamentais.

1. Os direitos fundamentais dos trabalhadores e o princípio da proteção no direito do trabalho

Com base nas lições de Canotilho (2003, p. 393), as expressões direitos do homem e direitos fundamentais, embora frequentemente empregadas como sinônimas, podem ser distinguidas na medida em que os primeiros referem-se aos direitos válidos para todos os povos e em qualquer tempo, enquanto os direitos fundamentais limitam-se em termos de tempo e espaço, estando inseridos em uma ordem jurídico-concreta por meio de direitos positivados.

Destarte, pode-se estabelecer a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais sob três aspectos, a saber, positivação, titularidade e eficácia. No tocante à positivação, tem-se que as normas de direitos fundamentais encontram-se positivadas na Constituição de determinado Estado, ao passo que as normas de direitos humanos são reconhecidas a qualquer indivíduo, independente da sua vinculação a determinada ordem constitucional.

Em relação à titularidade, as normas de direitos humanos incidem sobre todas as pessoas, enquanto algumas normas de direitos fundamentais restringem a sua titularidade aos cidadãos do Estado. Quanto à eficácia, as normas de direitos fundamentais têm a sua aplicabilidade garantida pela própria Constituição do Estado, ao contrário das normas de direitos humanos, cuja eficácia é condicionada ao *status* jurídico atribuído pelo ordenamento jurídico que as recepcionou. Expressão desta eficácia condicionada é, por exemplo, a exigência contida no § 3º do artigo 5º do texto constitucional brasileiro, relativa à recepção dos tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos. O *status* jurídico de emenda constitucional e, portanto, de norma constitucional, apenas é conferido aos mencionados documentos internacionais após a aprovação por três quintos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos.

Nessa linha, compreende Sarlet (2006, p. 35) que os direitos fundamentais referem-se aos direitos reconhecidos e positivados no Direito Constitucional de determinado Estado. Os direitos humanos, de outro modo, relacionam-se com os documentos de Direito Internacional, uma vez que ligados ao ser humano como tal, independente da vinculação a uma ordem constitucional, o que lhes confere um caráter supranacional. Os direitos humanos, como restou demonstrado, recebem o *status* de direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, quando recepcionados pelo processo de emenda constitucional.

Apresentada a distinção, passa-se à conceituação formal dos direitos fundamentais. Neste ponto, Amaral (2010, p. 38), após estudar alguns conceitos elaborados por juristas renomados, a exemplo de Luigi Ferrajoli e César Hines, verificou que, regra geral, os direitos fundamentais são inerentes aos atributos naturais do homem e, portanto, estão relacionados aos valores da dignidade, liberdade e igualdade decorrentes de sua própria existência. Seguindo a compreensão de Canotilho, o autor complementa que “esses direitos não são graciosamente atribuídos pelo Estado – que deve respeitá-los, promovê-los e garanti-los -, mas têm o seu reconhecimento no ordenamento jurídico-positivo”.

Destaca-se, nesse aspecto, o pensamento de Amaral (2010, p. 37), uma vez que estende a eficácia dos direitos fundamentais às relações entre particulares, pois apesar da sua configuração inicial como forma de proteção contra os abusos do Estado, “a partir do Estado Social de Direito, houve uma mudança dessa concepção, aplicando-se os direitos fundamentais a todos os setores do ordenamento jurídico”. O jurista atribui aos direitos fundamentais a determinação do “estatuto jurídico dos cidadãos, seja em suas relações com o Estado ou com os particulares”.

Com o Estado Social de Direito a eficácia dos direitos fundamentais passou a vincular também os particulares, haja vista que em algumas relações jurídicas privadas é possível a constatação de situações de desrespeito à igualdade material. Esta vinculação é expressão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Dessa forma, por eficácia horizontal entende-se a sujeição dos particulares aos preceitos dos direitos fundamentais. Nisso fundamenta-se a proteção aos direitos fundamentais nas relações privadas, entre as quais figuram as relações de trabalho.

A inserção das relações de trabalho no contexto da eficácia dos direitos fundamentais resulta da própria natureza dessa relação, na qual o empregador assume posição de superioridade frente ao trabalhador, de modo que este fica mais suscetível de sofrer dano e violação em seus direitos.

Conforme Amaral (2010, p. 51), não obstante o contrato de trabalho seja disciplinado na orbe do direito privado, na qual vigora a autonomia da vontade, não são admitidas cláusulas que violem os direitos dos trabalhadores, sob pena de nulidade, não produzindo efeitos na relação jurídico-trabalhista.

Das considerações expostas, constrói-se uma percepção de direitos fundamentais dos trabalhadores enquanto direitos essenciais, que em decorrência de sua eficácia horizontal e com fundamento na dignidade da pessoa humana, vinculam as partes nas relações de trabalho.

No âmbito da tutela dos direitos dos trabalhadores, o Direito do Trabalho, como sistema jurídico coordenado que encontra na relação de emprego sua categoria básica, firmou entre os seus princípios o da proteção. De forma propedêutica, Miguel Reale (2002, p. 303) assim discorre sobre os princípios:

[...] os princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *praxis*.

Da lição proferida pelo renomado jurista, pode-se inferir que os princípios revestem grande importância, uma vez que representam contextos doutrinários ou, em outra linha, servem de base aos modelos dogmáticos. Nessa esteira, tem-se que o princípio da proteção expressa a perspectiva de atuação do Direito do Trabalho como direito.

O princípio em comento surge ante uma realidade de desigualdade entre as partes da relação de emprego. Em um pólo figura o empregador, agente que se encontra em posição social, econômica e política superior, ao passo que de outro lado figura o empregado que, em face de suas necessidades socioeconômicas, é colocado em situação de disparidade frente ao empregador.

Diante dessa conjuntura, a aplicação do princípio da proteção objetiva o equilíbrio jurídico das forças em evidência na relação de emprego, podendo-se afirmar que “tem como tarefa compensar o indesejável desequilíbrio existente entre empregado e empregador, através da fixação de um conteúdo mínimo irrenunciável dentro do contrato de trabalho” (Silva, 2007, p. 676).

Nas palavras de Oliva (2008, p. 91), “o Princípio da Proteção está para o Direito do Trabalho como o da isonomia, positivado no art. 5º da Carta Magna, está para todos os ramos do Direito”; assim, expressa cumprimento a uma imposição constitucional, a saber, a igualdade substancial, no plano específico do Direito do Trabalho.

O referido princípio, conforme a ilação do jurista uruguaio Plá Rodriguez (1993, p. 42-43), desdobra-se em três dimensões, quais sejam, princípio *in dubio pro operario*, princípio da norma mais favorável e princípio da condição mais benéfica.

O princípio *in dubio pro operario* busca conciliar as diversas interpretações que possam surgir na aplicação de uma norma, de forma que, na dúvida, deve-se aplicar a regra mais favorável ao empregado. Entrementes, observa Martins (2008, p. 61), que no âmbito do Direito Processual do Trabalho, este princípio não é aplicável integralmente em razão da observância do ônus probatório:

O in dubio pro operario não se aplica integralmente ao processo do trabalho, pois, havendo dúvida, à primeira vista, não se poderia decidir a favor do trabalhador, mas verificar quem tem o ônus da prova no caso concreto, de acordo com as especificações dos arts. 333, do CPC, e 818, da CLT.

No tocante ao princípio da norma mais favorável, dar-se-á sua incidência notadamente na hipótese em que duas ou mais normas revelam-se aplicáveis a uma mesma situação jurídica. Pela interpretação da norma mais favorável, deve-se observar a norma mais benéfica. Além dessa possibilidade, o autor visualiza outras duas maneiras de aplicação do princípio em questão, as quais se referem à elaboração da norma mais favorável e à hierarquia das normas jurídicas.

Em respeito à elaboração da norma mais favorável, as novas leis devem trazer disposições mais favoráveis ao trabalhador. Pela hierarquia das normas jurídicas, em havendo várias normas em uma escala hierárquica, aplica-se a que for mais benéfica. Esta maneira de aplicação contraria a visão tradicional de que as normas de grau superior prevalecem sobre as inferiores, pois no vértice da pirâmide das normas trabalhistas aparece a norma que seja mais favorável ao trabalhador.

Em relação ao princípio da condição mais benéfica, tem-se a configuração da regra do direito adquirido, na medida em que vantagens já conferidas ao trabalhador não podem ser modificadas em seu prejuízo pela norma aplicável. É o que ocorre na hipótese de sucessão normativa, quando as condições previstas na norma anterior são mais favoráveis ao trabalhador ou não sejam contempladas pela norma que a substitui. Expressão deste princípio é a Súmula 51 do Tribunal Superior do Trabalho, ao prever que “as cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.” Destarte, as cláusulas menos favoráveis incidem apenas sobre os novos trabalhadores admitidos na empresa.

Em suas considerações ao princípio da proteção, Delgado (2010, p. 184) pondera que o mesmo não se desdobra apenas nos referidos princípios, sendo inspirador de todo o complexo de regras, princípios e institutos que compõem o Direito do Trabalho:

Na verdade, a noção de tutela obreira e de retificação jurídica 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 citadas dimensões. Ela abrange, essencialmente, quase todos os princípios (senão todos) os princípios especiais do Direito Individual do Trabalho.

Decerto, inegável a importância do princípio da proteção na esfera do Direito do Trabalho, haja vista que ao exercer o papel de compensar o desequilíbrio existente entre empregador e empregado, garante a eficácia horizontal dos direitos fundamentais em respeito à dignidade da pessoa humana.

2. A necessidade de proteção ao trabalho: protecionismo *versus* flexibilidade

Os valores sociais do trabalho estão previstos na Constituição brasileira entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, o que expressa a consagração de um direito social do trabalho e de uma relação de trabalho na qual sejam garantidos direitos tutelares mínimos consagradores do próprio princípio da proteção.

A proteção ao trabalho aparece em várias partes do texto constitucional pátrio: no Título I - Dos princípios fundamentais, como fundamento do Estado Democrático de Direito; no Título II - Dos direitos e garantias fundamentais, com destaque à proteção do direito do trabalho em geral (art. 6º) e a garantia dos direitos mínimos resultantes do trabalho assalariado (art. 7º); no Título VII - Da ordem econômica e financeira, baseada na livre iniciativa e na valorização do trabalho (art. 170), a qual apresenta entre os seus princípios a busca do pleno emprego (art. 170, VIII); no Título VIII - Da ordem social, assentada no primado do trabalho, no bem-estar e na justiça social (art. 193).

Indubitavelmente, o trabalho aufere ampla proteção constitucional, pois está ligado à própria existência do homem, constituindo meio de alcance da dignidade humana. Por certo, o trabalho constitui elemento de satisfação pessoal, uma vez que por meio dele o indivíduo presta contribuição à comunidade na qual está inserido, assim como retira o seu sustento, sendo-lhe possível o alcance de uma vida virtuosa. Destarte, o sentido do trabalho não se limita ao exercício de uma atividade, visto que é imanente à dignidade humana enquanto forma de desenvolvimento de potencialidades. Neste diapasão, assevera Freitas Júnior (2006, p. 104):

[...] hoje, portanto, mantém-se a vida com o labor, mas ele não é apenas atividade do *animal laborans*; transformou-se na forma de realização do homem, que realiza o seu trabalho não somente para atender às necessidades de sua existência. A partir do trabalho, o homem mantém sua vida e desenvolve suas potencialidades, agindo e participando da sociedade. Trabalhar é a forma com que a maioria das pessoas no globo terrestre encontra para buscar uma vida com dignidade. É indispensável, portanto, que não apenas seja assegurado o trabalho, mas este em condições dignas.

Ao lado da proteção constitucional do trabalho, está a conferida pelo Direito Laboral como ramo que regula o contrato de trabalho através de princípios, institutos e leis próprios. Expressão dessa tutela é o princípio da proteção, tratado em linhas anteriores.

Ocorre que em face do novo contexto surgido com a adoção de políticas neoliberais e o acirramento da concorrência mundial, torna-se questionável a proteção concedida pelo Direito do Trabalho, haja vista a realidade do desemprego e a heterogeneidade das relações trabalhistas. Buscando resposta para tal realidade, tem-se discutido a respeito da flexibilização da legislação trabalhista, podendo ser acrescentada a flexibilização do princípio da proteção.

A flexibilização, portanto, ganhou assento nos debates acadêmicos sobre a crise econômica e do desemprego, nos quais se levantou questionamento a respeito da influência da rigidez das leis trabalhistas nas debilidades das relações empregatícias, tendo em vista os encargos para as empresas decorrentes da contratação e da despedida de empregados (Cartoni; Lorenzetti, 2008, p. 74).

Diante de um mundo do trabalho marcado pela concorrência global, pelos avanços tecnológicos e pela mobilidade do capital, somados ao desemprego e heterogeneidade das relações de trabalho, a flexibilização aparece como uma forma de adaptação das normas do Direito do Trabalho a esta realidade oscilante. Neste sentido a definição construída por Krein (2001, p. 28):

[...] flexibilização, teoricamente, pode ser entendida como a possibilidade de alteração da norma como forma de ajustar as condições contratuais, por exemplo, a uma nova realidade, a partir da introdução de inovações tecnológicas, ou de processos que podem ser negociados legitimamente entre os atores sociais ou impostos pelo poder discricionário da empresa, ou ainda através da atuação do Estado. Assim, em princípio, a flexibilidade pode significar a depressão dos direitos com a finalidade de redução dos custos. Por outro lado, ela pode ser uma forma de adaptar as equipes e os processos produtivos às inovações tecnológicas ou à mudança de estratégia da empresa, investindo e capacitando os recursos humanos ou até melhorando as condições de trabalho (flexibilidade qualitativa), o que implica melhorar de forma geral as condições competitivas da empresa sem atacar, necessariamente, os direitos trabalhistas. Em outros termos, a flexibilidade, em si, pode não significar necessariamente prejuízos para os trabalhadores [...]

O autor demonstra uma dubiedade de sentido na flexibilização, na medida em que pode servir à precarização de direitos ou à melhoria das condições de trabalho. Em outras linhas mais gerais, compreende a flexibilização como “o processo de regular de outra forma as relações de trabalho na perspectiva de fortalecer uma regulação privada (no âmbito da empresa) em detrimento da regulação social do trabalho” (Krein, 2001, p. 29).

Krein (2001, 30) defende que a flexibilização das normas trabalhistas não se confunde com a desregulamentação. Esta se refere a iniciativas de eliminação de leis ou outras formas de direitos que disciplinam as relações de trabalho. Trata-se de uma derrogação ou supressão de normas trabalhistas. De outro modo, extrai-se do conceito apresentado por Nunes (2009, p. 69), em uma perspectiva de volatilidade normativa, a identificação da flexibilização com a desregulamentação:

Evidentemente que tal aspecto do conceito de flexibilização postula a retirada do que se considera excessiva regulação estatal, assim considerada a que tolhe o empresário da formulação de idéias e adoção de condutas que favorecerão ao aumento da produção, à conquista de maiores vantagens econômico-financeiras e à competitividade através da livre manipulação da mão-de-obra sob seu comando.

A Carta Magna de 1988 apresenta reflexos de flexibilização normativa. A título de exemplo, podem-se citar os incisos VI, XIII, XIV do artigo 7º, os quais dispõem sobre a possibilidade de modificação do salário e da jornada de trabalho por meio de convenção ou acordo coletivo. Assim, visualiza-se no texto constitucional uma junção de normas protetivas limitadoras do poder de sujeição do trabalhador ao capital com normas flexibilizadoras de negociação coletiva.

Na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), os artigos 58-A, 443, §2º, e 59, §2º também expressam a flexibilização das normas trabalhistas. O art. 58-A disciplina o trabalho por tempo parcial, cujo horário máximo perfaz 25 (vinte e cinco) horas semanais; o art. 443, § 2º, por sua vez, trata do contrato por tempo determinado quando haja a necessidade ou serviço transitório da empresa, além do contrato de experiência; por último, o art. 59, §2º, fixou o banco de horas, possibilitando a compensação de horas trabalhadas no período de um ano.

A flexibilização ainda se encontra presente em algumas súmulas do Tribunal Superior do Trabalho que espelham limitação ao princípio da proteção. Cabe mencionar as Súmulas de nº s 339 e 369, as quais consideram inexistir a garantia de emprego ou estabilidade provisória para o membro da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA) e para o dirigente sindical quando houver a extinção do estabelecimento. Por extinção do estabelecimento entende aquela Corte Superior a extinção da própria empresa, ou mesmo de um dos seus estabelecimentos, a depender do caso; ou ainda o encerramento total da empresa, com a dispensa do quadro de empregados; e outras situações equiparadas.

Segundo Bento (2011, p. 565), as posições do Tribunal Superior do Trabalho que aparentemente limitam o princípio da proteção, encontram sentido razoável e coerente em outras regras e princípios que compõem o ordenamento jurídico, por isso devem ser preservadas.

Romita (2010, p. 1041) aponta a flexibilização como uma das respostas à crise econômica e do Direito do Trabalho. O ilustre jurista fundamenta o seu posicionamento na ligação direta do Direito Laboral à realidade econômica, política e social. Parte da constatação de que a construção dos princípios clássicos trabalhistas remete aos anos 70, época de progresso para o Direito do Trabalho, a qual sucedeu o término da Segunda Guerra Mundial, fase em que o contrato de trabalho tomou a forma de elemento de empresa, padronizado e aplicável a todas as modalidades de estabelecimento fabril. Após a eclosão da crise de 70, entende pela inadequação do contrato como elemento de empresa, haja vista o surgimento de relações de trabalho atípicas, exigindo novas formas de contratação. Assevera o autor:

Com o aprofundamento da crise econômica, passou-se a falar do trabalhador que tem um emprego fixo como de um privilegiado. A realidade demonstra que há, de fato, três setores no mercado de trabalho: um setor primário hiperprotegido; um setor secundário precário, porém legalizado; e um setor desprotegido, que atua em uma área sem direito. O setor primário se localiza numa situação privilegiada, e, em face da crescente tendência protecionista, aponta-se o risco de transformar o direito do trabalho numa “área jurídica de privilégio.

Ao comentar a respeito do princípio da proteção, o jurista supracitado, ao tempo em que reconhece a sua importância para o Direito Laboral, admite a sua insuficiência ao considerar que “ele protege, quando muito, o empregado, espécie do gênero trabalhador”. Expõe uma realidade na qual a maioria dos trabalhadores encontra-se na informalidade e no desemprego, não recebendo qualquer proteção do Direito do Trabalho (Romita, 2010, p. 1040).

Nesta linha são as lições de Nunes (2009, p. 126) ao sustentar que o Direito Laboral deve ampliar a sua tutela a todas as espécies de relação de trabalho, haja vista a sua vocação para a regulação de todo e qualquer trabalho humano. Pondera o autor que não deve ser extirpado o caráter protetivo do Direito do Trabalho; entretanto, não se pode atribuir um caráter intocável a sua tutela, de modo a enxergar no trabalhador alguém sempre incapaz de manifestar vontade indene de vícios. Para Romita (2010, p. 1043), a proteção oferecida pela legislação trabalhista posiciona o trabalhador na condição de menor social:

A proteção oferecida pela legislação trabalhista brasileira ao trabalhador, na realidade dos fatos, redundando em desproteção. E a resultante dessa desproteção também desempenha uma função social: perpetua a posição subalterna e submissa em que se encontra o trabalhador e justifica a necessidade de atuação dos protetores, protegendo (aqui sim, há proteção) a posição social por eles ocupada. Estas circunstâncias, aliadas ao sentimento de piedade para com o trabalhador (reclamante, na ação trabalhista), considerado desvalido no meio social, reduz o indivíduo à posição de menor social.

Em consonância com o pensamento do autor exposto em linhas anteriores, no sentido da inadequação dos princípios do Direito Laboral em sua formatação clássica, Nunes (2009, p. 130) ao fazer menção ao escopo protetivo do sujeito considerado desamparado frente ao poder econômico e diretivo do empregador – o que configura o princípio da proteção –, assevera que, “conquanto tenha revelado sua utilidade nos primórdios da regulação do trabalho, deve merecer pronta reelaboração e reordenação, de modo a não se ver transformado em óbice ao desenvolvimento das relações de trabalho e do próprio Direito do Trabalho.”

Diante da explanação realizada, depreende-se que a proteção ao trabalho enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito e corolário da dignidade da pessoa humana, faz-se necessária. No entanto, o Direito do Trabalho, para que exerça de modo efetivo o seu caráter protetivo, necessita de reestruturação. A flexibilização dos princípios, leis e institutos trabalhistas é forma de amoldar o Direito Laboral à realidade social e econômica do mundo do trabalho.

3 O princípio da proporcionalidade como instrumento de flexibilização do direito do trabalho

O princípio da proporcionalidade constitui meio de flexibilização do Direito do Trabalho pelo Poder Judiciário, uma vez que se propõe a solucionar conflitos entre princípios ou direitos fundamentais ocorridos no campo da relação de trabalho. Para Ávilla (2001, p. 25), não obstante receba a nomenclatura de princípio da proporcionalidade, evidencia-se, na realidade, um postulado normativo, pois estabelece uma estrutura formal de aplicação dos princípios envolvidos em um determinado caso concreto.

Neste diapasão, tem-se que a flexibilização não se limita às normas trabalhistas em sentido estrito, podendo alcançar também os princípios do Direito do Trabalho, entre os quais ganha destaque o princípio da proteção.

No âmbito da relação laboral, ao empregado e ao empregador são concedidos direitos e atribuídos deveres. Cabe ao empregado fornecer mão de obra nos termos pactuados no contrato

de trabalho, bem como atender ao poder de direção do empregador; a este, por sua vez, compete o pagamento da remuneração devida ao empregado, bem como o respeito aos seus direitos mínimos.

Conquanto, aparentemente, esteja tudo bem ordenado na relação de trabalho exposta, em que ambas as partes são detentoras de direitos e obrigações recíprocos, na realidade cotidiana o quadro é diferenciado. Em primeiro lugar, tem-se a desigualdade substancial do empregado frente ao empregador, haja vista a suficiência econômica, política e social deste, e a sujeição daquele. De outro lado, manifesta-se um mercado global competitivo, que pressiona pelo lucro e encontra obstáculo na rigidez das leis, institutos e princípios trabalhistas. Há ainda um anacronismo do Direito do Trabalho em face do progresso econômico e das novas modalidades de trabalho, as quais permanecem à margem de uma atuação protetiva.

Diante desta conjuntura do mundo do trabalho, percebe-se que surgem colisões entre princípios e direitos fundamentais, notadamente entre o princípio da proteção e o da livre iniciativa, no qual encontra fundamento o poder de direção do empregador. Tal cenário demonstra a necessidade da incidência do princípio da proporcionalidade, com vistas a garantir o equilíbrio dos direitos envolvidos na relação de trabalho.

Tendo em vista que os delineamentos do princípio da proteção já foram expostos neste trabalho, parte-se para a abordagem do poder de direção do empregador, ou poder diretivo. Trata-se de uma expressão do poder empregatício presente na relação contratual de emprego firmada entre empregado e empregador. Nas palavras de Delgado (2010, p. 599):

Poder diretivo (ou poder organizativo ou, ainda, poder de comando) seria o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaços empresariais internos, inclusive o processo de trabalho no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços.

A subordinação do empregado às ordens do empregador deriva desse poder de direção, haja vista que a gestão da empresa, bem como da atividade do empregado são manifestações deste. No entanto, forçoso observar que o poder diretivo não é absoluto, uma vez que encontra limites nos direitos conferidos aos empregados. Neste sentido, a definição de Beltran (2001, p. 95):

[...] o poder diretivo, pode-se dizer em suma, consiste em atitudes inseridas no âmbito de ação permitida ao empregador de organizar e regulamentar as atividades empresariais, bem como de informar e determinar ao empregado o modo pelo qual a prestação de serviços deve ser executada. Tais prerrogativas encontram, evidentemente, limites legais, dado não se cogitar de um poder absoluto, nem justificador de atos de arbítrio.

Quanto ao fundamento do poder em comento, destacam-se quatro teorias, quais sejam, a teoria da propriedade privada, a teoria institucionalista, a da delegação do Poder Público e a contratualista. Nos termos da teoria da propriedade privada, o poder do empregador resulta da propriedade dos meios de produção. Tal concepção resta ultrapassada, pois “se residisse na propriedade privada o título jurídico de tal poder, ele sequer existiria no largo espectro de estabelecimentos e empresas contemporâneas em que a titularidade no empreendimento não repousa nas mesmas mãos dos titulares do direito de propriedade” (Delgado, 2010, p. 607).

A teoria institucionalista ao comparar a empresa a uma instituição, legitima o poder do empregador como de um governante fosse. “Dissimula a presença dos sujeitos envolvidos no fenômeno do poder empregatício através da idéia de instituição, supostamente agregadora de vontade e interesses próprios” (Delgado, 2010, p.608).

Segundo a teoria da delegação do Poder Público, o poder diretivo tem suas bases firmadas no Estado, no qual todo poder encontra-se legitimado e concentrado. Destarte, o poder empregatício é concedido ao empregador como delegação do Poder Público. Esta teoria perde a sua aplicabilidade, pois o que “a História demonstra é o crescente processo de absorção de poder pela sociedade civil nas experiências democráticas, em contraponto ao centralismo estatal” (Delgado, 2010, p. 609).

A teoria contratualista, por último, reza que o poder de direção do empregador deriva do pacto de vontades estabelecido na relação de emprego, uma vez que dele origina-se o complexo de direitos e deveres atribuídos às partes. “O contrato, como título e fundamentação do poder intraempresarial, constitui, hoje, a concepção absolutamente hegemônica no conjunto da teoria justralhista” (Delgado, 2010, p. 609).

Do mesmo modo, Mantovani e Silva (2009, p. 820) entendem pela predominância da teoria contratualista, pois com a celebração do contrato firma-se um vínculo entre o empregado e empregador, de modo que a este cabe a função de dirigir as atividades da empresa, assumir os riscos da atividade e remunerar o empregado, enquanto a este compete a disponibilização da força de trabalho, a qual fica sob o comando do empregador.

De modo inegável, o poder de direção é prerrogativa do empregador necessária ao desenvolvimento de suas atividades, tanto que “possui fundamento na Constituição Federal, quando consagra o princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV), o da propriedade privada (art. 5º, XXII) e garante o livre exercício da atividade econômica (art. 170, parágrafo único), quanto no art. 2º da CLT” (Mantovani; Silva, 2009, p. 821-822).

Em se tratando do princípio da propriedade privada, o texto constitucional afirma que é garantido o direito de propriedade. Isto significa que ao lado do poder de usar, gozar e dispor do que lhe pertence, o titular da propriedade possui o de fiscalizar, decidir e proteger. Neste ponto, pertinente a lição Calvo (2009, p. 65-66) ao observar que juntamente com a garantia da propriedade, desde a imobiliária até a intelectual, a Constituição Federal impõe a sua função social (art. 5º, XXIII):

A expressão “função social da propriedade” é um conceito que implica num caráter coletivo, não apenas individual. Significa dizer que a propriedade não é um direito que se exerce apenas pelo dono de alguma coisa, mas também que esse dono exerce em relação a terceiros. A propriedade além de direito da pessoa, é também um encargo contra essa, que fica constitucionalmente obrigada a retribuir, de alguma forma, ao grupo social, um benefício pela manutenção e uso da propriedade. Neste sentido, deve-se entender também a propriedade da empresa e o poder de direção do empregador.

O princípio da livre iniciativa e o do livre exercício da atividade econômica, por sua vez, estão intimamente ligados, considerando que um não existe sem o outro. A livre iniciativa expressa o direito conferido a todas as pessoas de desenvolverem atividades junto ao mercado de produção de bens e serviços, assumindo os seus riscos. O livre exercício garante a todos a execução de qualquer

atividade econômica, independente de autorização, salvo os casos previstos em lei. Inserida pelo legislador constituinte como fundamento do Estado Democrático de Direito ao lado dos valores sociais do trabalho, a livre iniciativa sofre limitações pela imposição dos direitos sociais. Nesta linha, preleciona o eminente constitucionalista Afonso da Silva (1998, p. 760) a respeito da livre iniciativa:

[...] num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios) não pode significar mais do que a liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidades de submeter-se às limitações postas pelo mesmo. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário.

Outrossim, o art. 170 da Carta Magna ao tratar da ordem econômica, apontou como fundamentos a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, estabelecendo sobre estes dois valores a identidade da ordem econômica brasileira. Disto decorre que a estrutura da ordem está alicerçada na autonomia empreendedora do homem, nesta incluída a liberdade de desenvolvimento da empresa e de sua gestão, sem contudo, deixarem de ser observados os limites impostos pela valorização do trabalho humano, de modo que os direitos fundamentais dos trabalhadores sejam resguardados.

Impende ainda ressaltar que a CLT trouxe em seu bojo disposições que legitimam o poder diretivo do empregador. Cabe destacar o *caput* do art. 2º, no qual repousa a prerrogativa deferida ao empregador de direção da prestação de serviços. Outras previsões reconhecem o poder *jus variandi* do tomador na execução do contrato de trabalho, a exemplo do art. 469, que trata da transferência de local de trabalho, bem como o parágrafo único do art. 468, ao trazer a prerrogativa de reversão ao cargo efetivo do empregado que ocupa cargo de confiança (Delgado, 2010, p. 613).

Percebe-se que a expressão do princípio da livre iniciativa, enquanto fundamento da ordem econômica e justificação do poder diretivo do empregador, exige uma mitigação da rigidez do princípio da proteção. Portanto, em face do poder de gestão do empregador, bem como da autonomia da vontade configurada na celebração do contrato de trabalho, em análise do caso concreto, poderá ocorrer a limitação de algum direito fundamental do empregado no decorrer da relação de trabalho.

Neste diapasão, é mister o tratamento da aplicação da regra da proporcionalidade. Com fulcro na teoria de Robert Alexy, esta regra subdivide-se nas fases da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. São fases respectivas, o que significa que apenas se torna possível a averiguação da fase posterior se a que lhe antecede for atendida (Conci, 2008, p. 15).

A fase da adequação busca uma correspondência entre meio e fim; assim o meio adotado deve servir ao fim a que se destina. Este fim necessita ser legítimo, não podendo contrariar a Constituição. A necessidade diz respeito a exigência de ser empregado um meio idôneo a alcançar o fim almejado, e que resulte em menor prejuízo a outros direitos fundamentais relacionados. A proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, analisa as restrições advindas da escolha de um direito fundamental veiculado em um princípio em preterição ao outro garantido pelo princípio

oposto. Deve o intérprete nesta fase estabelecer as vantagens e desvantagens em relação a cada princípio em colisão. Ávilla (2011, p. 11-12) sintetiza esta explanação nas seguintes palavras:

É que se há dois princípios em relação de tensão, o meio escolhido deve ser aquele que melhor realize ambos os princípios. Isso só será possível, se o meio escolhido for adequado e necessário à realização do fim perseguido. Daí a conclusão: as possibilidades fáticas de realização dos princípios implicam o dever de adequação e de necessidade. Se o meio escolhido não for adequado nem necessário, é proibido. E das possibilidades normativas resulta a necessidade de proporcionalidade em sentido estrito: se o meio escolhido para a realização de um princípio significar a não-realização de outro princípio, ele é vedado, por excessivo.

A aplicação do princípio da proporcionalidade no campo do Direito do Trabalho sustenta-se na eficácia horizontal dos direitos fundamentais dos trabalhadores e empregadores, de modo que na hipótese de conflitos entre os direitos fundamentais das partes da relação de trabalho, a regra da proporcionalidade apresenta-se como critério orientador para uma solução conformada aos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, assevera Paula Amaral (2007, p. 93):

[...] Tal princípio além de servir como método verificador da legitimidade de intromissões dos poderes públicos na esfera privada dos direitos e liberdades públicas dos cidadãos, mais do que isso, deve servir como critério orientador para a resolução dos conflitos entre os direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos nas mais variadas espécies de relações jurídicas, principalmente a relação de emprego.

Duarte do Amaral (2008, p. 120-121), ao defender a reestruturação do Direito Laboral frente ao Estado Democrático de Direito, enquanto modelo de Estado comprometido com a concretização da justiça e com a realização dos direitos fundamentais, do mesmo modo, entende pela aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito trabalhista:

[...] constata-se que é crucial a ocorrência de conflitos entre direitos fundamentais na seara trabalhista. E, havendo conflito entre esses direitos, a solução é se recorrer ao princípio da proporcionalidade para encontrar a solução mais correta e justa, o que exige o exame do caso concreto, pois apenas este exame pode balizar a correta ponderação entre direitos fundamentais em conflito.

Miraglia (2010, p. 590), por sua vez, ao tratar dos princípios constitucionais do Direito do Trabalho, releva a importância do princípio da proporcionalidade como instrumento de amparo aos direitos fundamentais, uma vez que possibilita limites às restrições das liberdades individuais, de forma a garanti-las e efetivá-las ao máximo. A autora, reconhecendo a dignidade da pessoa humana como balizadora do princípio em comento, preleciona:

No caso dos direitos fundamentais e, em especial, com relação à dignidade da pessoa humana (substrato ou conteúdo mínimo desses direitos), o princípio da proporcionalidade assume grande relevo, haja vista que propõe a harmonização e a consecução dos direitos na maior medida possível, de forma que implique o menor gravame ao direito preterido no caso concreto. Isto porque os direitos fundamentais individuais, sociais e de solidariedade interligam-se e dependem da efetivação e concretização uns dos outros. Ou seja, não há que se falar em igualdade e liberdade sem o direito ao trabalho, à saúde ou à educação e nem em direito ao trabalho sem igualdade e liberdade.

A aplicação do princípio da proporcionalidade tem sido frequentemente levantada pelos estudiosos para a solução de conflitos que envolvem os direitos de preservação à intimidade dos empregados com os direitos do empregador decorrentes do seu poder diretivo. Trata-se de questão bem atual, consequência da modernização e que vem produzindo efeitos nas relações de trabalho. A este respeito são as lições de Mantovani e Silva (2009, p. 826-827):

Se a Constituição Federal garante ao trabalhador que seja preservada a sua privacidade e ao empregador o direito de conduzir e fiscalizar o exercício da atividade empresarial desenvolvida, em razão de seu direito à propriedade, o que fazer quando esses dois valores apontam soluções diversas e até mesmo contrapostas para uma determinada questão? [...] pela análise dos posicionamentos doutrinários, verificou-se que os direitos fundamentais e também os direitos à intimidade e à vida privada podem colidir, em sentido amplo, com outros direitos fundamentais do mesmo titular, com outros direitos fundamentais de outros titulares e com outros bens constitucionalmente assegurados. [...] Na análise do caso concreto, caberá ao aplicador do direito utilizar-se da técnica da ponderação, a fim de que seja feita a devida valoração dos princípios em colisão, para que seja preservado o máximo de cada um dos valores, decidindo, ao final e, naquele caso, qual deverá prevalecer.

Por último, a fim de constatar a aplicação da regra da proporcionalidade, seguem alguns julgados do Tribunal Superior do Trabalho em que se visualiza a colisão entre direitos fundamentais dos empregados e empregadores.

No primeiro julgado está presente a orientação pretoriana no sentido de reconhecer a despedida por justa causa de empregado que utilizou indevidamente meio eletrônico da empresa para compartilhar material pornográfico, conduta incompatível com o ambiente de trabalho. Na análise do caso concreto, deve o julgador, em observância à regra da proporcionalidade, sopesar os diversos valores jurídicos.

O debate da questão girou em torno de qual direito deveria prevalecer entre o direito à privacidade do empregado e o direito à propriedade e à imagem da própria empresa, todos igualmente protegidos no texto constitucional. O aconselhamento jurisprudencial firmou-se pela prevalência do direito à propriedade e à imagem da empresa, inclusive por entender que em se tratando de e-mail corporativo não há que se falar em tutela da intimidade ou privacidade.

Destarte, a compreensão jurisprudencial da matéria reconhece que todo equipamento físico utilizado pelo empregado são de propriedade do empregador, de maneira que a sua utilização deve ser controlada pelo mesmo. Outrossim, há que se levar em consideração o poder diretivo do empregador, o qual lhe confere a prerrogativa de fiscalizar e controlar as atividades executadas pelo empregado. Ademais, condutas desta estirpe por parte dos empregados representam ações potencialmente lesivas à boa imagem da empresa. Eis alguns excertos da decisão tribunalícia:

PROVA ILÍCITA. -E-MAIL- CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO.

[...]

3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição

Federal. [...]

4. Se se cuida de -e-mail- corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de -e-mail- de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido).

5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em -e-mail- corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e XVI, da Constituição Federal. (RR -61300-23.2000.5.10.0013 , Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 18/05/2005, 1ª Turma, Data de Publicação: 10/06/2005).

No segundo julgado são válidos os comentários realizados quanto à decisão anterior. O e-mail corporativo equipara-se à ferramenta de trabalho fornecida pelo empregador, de forma que a utilização do seu conteúdo pelo mesmo não resulta em violação à intimidade do empregado ou ao sigilo de correspondência. Eis o aresto:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - E-MAIL CORPORATIVO - ACESSO PELO EMPREGADOR SEM A ANUÊNCIA DO EMPREGADO - PROVA ILÍCITA NÃO CARACTERIZADA. Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, o e-mail corporativo ostenta a natureza jurídica de ferramenta de trabalho, fornecida pelo empregador ao seu empregado, motivo pelo qual deve o obreiro utilizá-lo de maneira adequada, visando à obtenção da maior eficiência nos serviços que desempenha. Dessa forma, não viola os arts. 5º, X e XII, da Carta Magna a utilização, pelo empregador, do conteúdo do mencionado instrumento de trabalho, uma vez que cabe àquele que suporta os riscos da atividade produtiva zelar pelo correto uso dos meios que proporciona aos seus subordinados para o desempenho de suas funções. Não se há de cogitar, pois, em ofensa ao direito de intimidade do reclamante. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 164040-86.2003.5.01.0051, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 15/10/2008, 1ª Turma, Data de Publicação: 24/10/2008).

Na decisão seguinte, verifica-se o estabelecimento de limites ao poder diretivo do empregador, em face do exercício abusivo dessa prerrogativa com violação à intimidade e à honra dos empregados, além da sujeição dos mesmos a tratamento degradante. Pela regra da proporcionalidade devem prevalecer os direitos que resultem em menor prejuízo aos demais direitos relacionados, e confirmam maior vantagem. É o que se verifica no seguinte posicionamento do órgão julgador superior:

RECURSO DE REVISTA. 1. RESTRIÇÕES AO USO DE TOALETE. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO.

1. A CLT consagra o poder diretivo do empregador (art. 2º), que se manifesta por meio do controle, vigilância e fiscalização dos seus empregados. Tal poder encontra limites também legalmente traçados. Ninguém pode tudo. Os poderes de qualquer indivíduo, de qualquer instituição, para além do que trace o ordenamento, estão limitados não só pelo que podem os outros indivíduos e instituições, mas, ainda, pelo que, legitimamente, podem exigir na defesa de seus patrimônios jurídicos.

2. A Constituição da República (arts. 1º, inciso III, e 5º, -caput- e incisos III e X) tutela a privacidade e a honra, coibindo práticas que ofendam a dignidade da pessoa humana e

constituam tratamento degradante.

[...]

5. A restrição ao uso de toaletes, com a necessidade de pedido de autorização e exposição das razões para tanto, não pode ser considerada conduta razoável, violando a privacidade e ofendendo a dignidade, ao tempo em que expõe o trabalhador a constrangimento desnecessário.

6. A necessidade de continuidade dos serviços, pela sua natureza, não pode ser alcançada pelo sacrifício e humilhação do empregado, cabendo tal ônus, obviamente, à empresa, que há de conceber rotinas que a assegurem, com postos de trabalho suficientes e ferramentas hábeis. Ao assumir os riscos de seu empreendimento (CLT, art. 2º), o empregador toma a si a obrigação de adotar métodos eficazes de produção e rentabilidade, providências que justifiquem o seu negócio e o seu patrimônio.

7. Não há nada e nenhuma norma que autorize o empregador ou seus prepostos a restringir o uso de toaletes, no modelo sob exame, resultando a prática em repudiado tratamento degradante (Constituição Federal, arts. 1º, III e 5º, III e X). [...] (RR - 641000-82.2009.5.09.0892 , Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 22/06/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: 01/07/2011).

Perante o que foi explanado, percebe-se a importância do princípio da proporcionalidade enquanto mecanismo de conformação dos direitos fundamentais dos trabalhadores e empregadores à realidade econômica e social na qual estão inseridos, harmonizando-os com a concretização da justiça e com os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Considerações finais

Diante de todas as questões trazidas à baila neste trabalho, restou evidenciada a necessidade de reestruturação do Direito do Trabalho, de modo a conformá-lo aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, bem como à realidade econômica, política e social. A ausência de um sistema adequado de tutela do trabalhador não-empregado constitui, em nosso entendimento, um dos principais fundamentos que denunciam, em grande parte, a obsolescência da atual dogmática do Direito do Trabalho.

A flexibilização ordeira e útil das leis, institutos e princípios do Direito Laboral, com garantia de um mínimo de direitos, representa um mecanismo significativo para a concretização de uma nova dogmática trabalhista, que venha a conferir uma proteção efetiva ao trabalho e ao trabalhador, de maneira a estender o seu alcance ao trabalhador não empregado.

Demonstrou-se que o princípio da proteção em sua configuração clássica não serve mais à realidade atual do mundo do trabalho. Isto porque, ante a heterogeneidade das relações laborais e diante do desemprego, o emprego tornou-se um privilégio, configurando uma realidade de exclusão e marginalização de inúmeros trabalhadores.

Ocorre que em face da economia de mercado global, dos avanços tecnológicos e da alta competitividade, o caráter protetivo do Direito do Trabalho está a merecer uma reelaboração, de forma a não se ver transformado em óbice ao desenvolvimento econômico e das próprias relações de trabalho.

Ao tempo em que o Estado buscou a proteção do empregado, agente em condição de fragilidade econômica, política e social na relação de trabalho, aderiu à globalização, e com a busca

desenfreada por lucros e redução de custos das empresas, em muitos casos, desvalorizou aqueles mesmos empregados, transformando-os em expressivo número de desempregados.

Frente a um cenário de colisões entre os direitos dos trabalhadores e dos empregadores, percebeu-se que o princípio da proporcionalidade constitui instrumento eficaz de flexibilização por meio da atuação do Poder Judiciário, na medida em que serve à mitigação do excessivo caráter protetivo do Direito Trabalho, atribuindo justiça ao caso concreto por meio da harmonização, mensuração e consecução dos direitos fundamentais das partes da relação de trabalho.

Neste diapasão, conclui-se que a flexibilização das leis e princípios trabalhistas enquanto mecanismo de reestruturação do Direito do Trabalho amolda-se aos ditames do Estado Democrático de Direito, modelo de Estado comprometido com a valorização do trabalho humano, com a promoção de desenvolvimento econômico e a concretização dos direitos fundamentais dos trabalhadores e empregadores.

Referências bibliográficas

AMARAL, Arnaldo José Duarte do. *Estado Democrático de Direito. Nova Teoria Geral do Direito do Trabalho – Adequação e Compatibilidade*. São Paulo: LTr, 2008.

_____, Júlio Ricardo de Paula. *Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2007.

_____. Os direitos fundamentais e a constitucionalização do Direito do Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região*, João Pessoa, v. 17, n. 1, p.33-60, 2010.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº.4, p. 1-38. julho, 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf. Acesso em: 23/06/2011.

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

BENTO, Flávio. O princípio da proteção e as Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista LTr - Legislação do Trabalho*. São Paulo, 75, 05, p. 565/571, maio 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Nega provimento ao agravo de instrumento do reclamante. Decide pela litude da prova. Despedida por justa causa. RR -61300-23.2000.5.10.0013 , Relator Ministro João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 18/05/2005, 1ª Turma, Data de Publicação: 10/06/2005. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/> Acesso em: 10/07/2011.

_____. Nega provimento ao agravo de instrumento do reclamante. Não há ofensa ao direito de intimidade do reclamante. AIRR - 164040-86.2003.5.01.0051, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Data de Julgamento: 15/10/2008, 1ª Turma, Data de Publicação: 24/10/2008. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/> Acesso em: 10/07/2011.

_____. Recurso de Revista não conhecido. Não há nada e nenhuma norma que autorize o empregador ou seus prepostos a restringir o uso de toalete. RR - 641000-82.2009.5.09.0892, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 22/06/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: 01/07/2011. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/> Acesso em: 10/07/2011.

- CALVO, Adriana. O conflito entre o poder do empregador e a privacidade do empregado no ambiente de trabalho. *Revista LTr - Legislação do Trabalho*. São Paulo, v. 73, n. 01, p. 65/70, jan. 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARTONI, D. M.; LORENZETTI, K. A flexibilização no direito do trabalho e a globalização. *Revista de Direito*. São Paulo. Vol. XI. Nº 13. p. 73/86. Ago. 2008.
- CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares e a regra da proporcionalidade: potencialidades e limites da sua utilização a partir da análise de dois casos. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador. n. 17. p. 1-39. 2008. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Colis%C3%B5es%20de%20Direitos%20Fundamentais%20-%20Guilherme%20Conci.pdf. Acesso em: 20/06/2011.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9 ed. São Paulo: LTr, 2010.
- FREITAS JÚNIOR. Antônio Rodrigues de. *Direito do trabalho e direitos humanos*. São Paulo: BH Ed. e Distribuidora de Livros, 2006.
- KREIN, José Dari. *O aprofundamento da flexibilização das relações de trabalho no Brasil nos anos 90*. 2001. 202 p. Dissertação (Mestrado em Economia Social e do Trabalho)-Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas. Disponível em: <http://cutter.unicamp.br/document/?code=vtls000236043>. Acesso em: 10/06/2011.
- MANTOVANI JR., Laert; SILVA, Leda Maria Messias da. O direito à intimidade do empregado e à possibilidade do monitoramento de e-mails por parte do empregador. *Revista LTr - Legislação do Trabalho*. São Paulo, 73, 07, p. 818/828, jul. 2009. p. 820-821.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. Princípios constitucionais do direito do trabalho. *Revista LTr - Legislação do Trabalho*. São Paulo, 74, 05, p. 585/593, maio/2010.
- NUNES, Cláudio Pedrosa. *Modificações do contrato de trabalho e sua reestruturação dogmática*. Curitiba: Juruá, 2009.
- OLIVA, José Roberto Dantas. O vigor, a atualidade e a força normativo-constitucional do princípio da proteção no direito do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. Campinas, 33, p. 89/111, jul./dez. 2008.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.
- ROMITA, Arion Sayão. Os princípios do direito do trabalho ante a realidade. *Revista LTr - Legislação do Trabalho*. São Paulo, 74, 09, p. 1038/1046, set. 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVA, Wilma Nogueira de A. V. da. O princípio da proteção e a flexibilização do Direito do Trabalho. *Revista LTr- Legislação do Trabalho*. São Paulo, v. 71, n. 06, p. 676/680, Jun.de 2007.

DOUBLE-BLIND PEER-REVIEWED

Recebido em: 29 set 2011
Convidado Especial da Prim@ Facie: 14 fev 2012