

A flexibilização das normas trabalhistas sob uma perspectiva constitucional

FINCO, Suzane *
GOLDSCHMIDT, Rodrigo **

Resumo: Neste artigo, abordou-se a flexibilização das normas trabalhistas como uma tendência atual, além de uma explanação sobre a origem e o surgimento do Direito do Trabalho abordaram-se também os principais princípios que tutelam o Direito do Trabalho, bem como analisaram-se argumentos de determinados autores favoráveis e desfavoráveis à flexibilização das Normas Trabalhista. Por fim, o presente artigo fez não somente uma análise científica dos fenômenos da flexibilização, mas também uma análise a respeito dos direitos fundamentais sociais presente na Constituição Federal frente à flexibilização das normas trabalhistas.

Palavras-chave: Empregado. Empregador. Direito do Trabalho. Flexibilização.

Introdução

A flexibilização das normas trabalhistas é um tema que está tendo grande repercussão na atualidade e tem sido objeto de estudos criteriosos por parte dos estudiosos de Direito do Trabalho, por possuir opiniões doutrinárias distintas, sendo algumas favoráveis e outras desfavoráveis. É um tema que possui relevância social, pois atinge duas categorias diferentes, empregados e empregadores.

* Graduada em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc); integrante do grupo de pesquisa Direitos Fundamentais Sociais do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC/Unoesc).

** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Professor do Curso de graduação da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc), *Campus* de Chapecó; SC; líder do grupo de pesquisa Direitos Fundamentais Sociais: Relações de Trabalho e Seguridade, do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC/Unoesc).

O objetivo geral desta pesquisa é o estudo e a compreensão de como se desenvolve a flexibilização da norma trabalhista no meio social, sendo abordadas posições favoráveis e contrárias à flexibilização, com análise da questão sob a ótica constitucional.

Como objetivos específicos pretende: estudar e evolução histórica do direito do trabalho e suas transformações ao longo do tempo; analisar a base principiológica do direito trabalhista e compreender o conceito, classificação e efeitos da flexibilização, frente aos preceitos constitucionais.

Desta forma, busca-se compreender a dinâmica da flexibilização da norma trabalhista, de modo a evidenciar sua principal potencialidade e fraqueza, observando a evolução histórica e a sua repercussão na sociedade atualmente, de maneira a chegar a uma conclusão lógica sobre o assunto tratado no presente artigo.

1 Evolução histórica do Direito do Trabalho

Para a melhor compreensão dos acontecimentos atuais em relação ao Direito do Trabalho, é imprescindível que se faça uma retrospectiva histórica, a respeito dos aspectos políticos, econômicos e sociais que o influenciaram ao longo da sua evolução histórica, para melhor assimilação do fenômeno da flexibilização das normas trabalhistas.

O trabalho em si sempre fez parte da vida humana, já que tudo cuja finalidade é produzir algo, constitui trabalho, tendo ele partido de uma força física ou intelectual.

O homem na pré-história passou a trabalhar com o intuito de se alimentar, defender-se e abrigar-se do frio; mas com o decorrer da evolução humana, percebeu a necessidade de se reunir em grupos. A partir desse momento surgiu o trabalho em favor de terceiros, observando que nessa época pré-histórica havia apenas um tipo de prestação de serviços, em que aqueles indivíduos que eram integrantes de determinado grupo que fossem derrotados por outro, estavam sujeitos a executar os trabalhos mais difíceis, como forma de punição.

1.1 Escravidão

Nos primórdios, o escravo era compreendido como um "objeto", tratado como animal, vivendo em condições indignas comparadas às que um ser humano deveria ter, já que era considerado como objeto, sendo propriedade de seu dono, podendo este fazer com aquele o que bem quisesse, não possuindo assim, o escravo qualquer direito, muito menos trabalhista, restando-lhe apenas a obrigação de trabalhar.

Segundo Camino:

O trabalho escravo era de natureza produtiva, porque destinado à obtenção de bens valiosos economicamente. Ao trabalhador escravizado, não se permitia o desfrute de qualquer resultado do seu labor, todo ele destinado ao dono. Era trabalho destituído de voluntariedade, porque a escravidão reduzia o homem a mero objeto de direito, supostamente sem vontade.¹

¹ Camino (2004, p. 28).

A doutrina em relação a essa faceta do trabalho escravo não diverge, posto que existe uma linha de raciocínio no sentido de que realmente a escravidão subjugava a pessoas, sem permitir a ela qualquer discussão a respeito de sua condição.

1.2 Servidão

Com a chegada do Feudalismo, os Senhores Feudais davam proteção militar e política aos servos, e em troca, estes tinham que doar parte de tudo aquilo que era produzido naquela terra que lhes foi cedida pelo Senhor Feudal.

Segundo Zimmermann Neto “[...] o feudalismo medieval foi apenas uma continuação do sistema anterior, quando o império romano se desfez, prevalecendo o sistema de propriedade hereditária dos meios de produção e a vinculação dos servos à propriedade, como se fossem parte integrante da propriedade.”²

Deve-se destacar que na época medieval o cristianismo tornou-se a religião oficial de todos os reinos existentes, sendo que aos proprietários de terras e dos meios de produções convinha à moral cristã herdada do fim do império, na qual para eles Deus impusera o trabalho como uma obrigação em que o Governo e a Igreja organizavam as classes sociais, às quais cada pessoa iria pertencer e viveria o resto da vida na classe que pertencia, o que resultou na imobilidade econômica e social.

1.3 Corporações de ofício

A partir do século XII surgiram as corporações de artes e ofícios em razão da decadência do regime feudal, quando os servos se refugiaram nas cidades com o intuito de se defenderem da violência dos senhores feudais, seus antigos donos. Ao lado dos artesãos e operários especializados, passaram a criar instrumentos de produção local.

As corporações de ofício, segundo Camino, “[...] foram a forma de organização corporativa dos trabalhadores medievais e traduzem fenômeno urbano, resultado da organização do trabalho fora dos campos (feudos) e livres do jugo dos senhores feudais.”³

Mas tal modalidade de trabalho também explorava o trabalhador, pois esses tinham jornadas de trabalho muito longas, atingindo até 18 horas seguidas. A par disso, era mantida uma relação de autoritarismo com trabalhadores, a fim de maximizar ganhos. As corporações de ofícios foram extintas principalmente em virtude da liberdade de comércio e do encarecimento dos seus produtos feitos por elas.

1.4 Revolução Industrial

A Revolução Industrial, ocorrida no século XVIII, foi a principal razão econômica que acarretou o surgimento do Direito do Trabalho, com a descoberta da máquina a vapor como fonte de energia, substituindo a força humana. A necessidade de pessoas para operar as máquinas a vapor e têxteis impôs a substituição do trabalho escravo, servil e corporativo pelo trabalho assalariado.

² Zimmermann Neto (2010, p. 17).

³ Camino (2004, p. 29).

Assim, Canêdo acentua que a par da Revolução Industrial, ocorreu uma verdadeira “[...] revolução da própria condição humana, pois, uma vez que as indústrias careciam de número crescente de mão-de-obra e sendo estas provenientes, em sua grande maioria, de regiões agrícolas,”⁴ os trabalhadores precisavam aprender o trabalho exigido pelos capitalistas, procuraram também responder aos estímulos monetários e não parar o trabalho quando se sentiam em condições de sobreviver sem ele.

Apesar de os trabalhadores continuarem nesse período a serem explorados, pode-se afirmar que nesse momento o Direito do Trabalho dá os seus primeiros passos, como afirma Cavalcanti:

Se a origem histórica do Direito do Trabalho repousa no período da Revolução industrial, sua construção sistemática remonta ao final do século XIX e início do XX. Como área normativa, pode-se afirmar que a grande indústria foi responsável por diversos fatores que, além de relevantes do ponto de vista econômico, propiciaram condições sociais favoráveis ao seu surgimento, como, por exemplo, a concentração proletária nas grandes cidades industriais que desencadeou a denominada questão social.⁵

Dessa maneira, fica claro a importância que a Revolução Industrial teve para o Direito do Trabalho, pois foi a partir desta que se deram os primeiros passos rumo a uma regulamentação trabalhista, em que se buscava direitos aos trabalhadores até então explorados.

1.5 Direito do Trabalho na contemporaneidade

O Direito do Trabalho sofreu profundas transformações ao longo dos tempos. Com a intervenção do Estado, foi criada uma regulamentação a fim de igualar a relação existente entre empregadores e empregados, mas para se chegar a esse fim, o Direito do Trabalho passou por várias fases.

Segundo Manus, “[...] a efetiva intervenção estatal nas relações entre empregados e empregadores dá-se com o final da Primeira Grande Guerra Mundial, quando, internacionalmente é reconhecida a necessidade dessa intervenção, sendo criado o tratado de Versalhes a fim de solucionar a questão social. Assim, nesta fase da história, após intensas lutas, passam os empregados ter reconhecidos seus direitos, bem como os meios hábeis a fazer valer esses direitos, quando não respeitados.”⁶ A importância desse Tratado para o Direito do Trabalho foi a elaboração do projeto para a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Segundo Delgado:

Dito instrumento normativo definiu como direitos humanos básicos dos trabalhadores, os direitos à liberdade de associação e à negociação coletiva Convenção 87 da OIT; à eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou compulsório Convenções 29 e 105 da OIT; à efetiva abolição do trabalho infantil Convenções 138 e 182 da OIT; à eliminação da discriminação no que diz respeito ao emprego e à ocupação Convenções 100 e 111 da OIT.⁷

Süssekind chama a atenção para o fato de que “[...] o objetivo da OIT não se restringe a melhorar as condições de trabalho, mas a melhorar a condição humana no seu conjunto.”⁸

⁴ Canêdo (1987, p. 54)

⁵ Cavalcanti (2008, p. 59).

⁶ Manus (1999, p. 25).

⁷ Delgado (2010, p. 2).

⁸ Süssekind (1987, p. 113).

Para Delgado, a afirmação do valor trabalho digno nas principais economias capitalistas ocidentais desponta como um dos marcos da estruturação da democracia social no mundo contemporâneo.⁹

Desse modo, com a criação da OIT, surge o marco inicial para o Direito do Trabalho na contemporaneidade, que busca a justiça social e melhores condições de trabalho. Para que sejam alcançados esses objetivos, foram criados os princípios como forma de efetivação e aplicabilidade de tais preceitos, conforme será visto, de forma mais minudente a seguir.

2 Princípios do Direito do Trabalho

Os direitos trabalhistas estão inseridos no capítulo dos Direitos Sociais da Constituição Federal, considerados direitos fundamentais do homem. Estão sob a proteção dos Direitos e Garantias Fundamentais, relacionando-se, intimamente, com a dignidade da pessoa humana.

O princípio não é apenas uma regra a ser seguida, atenua certos limites que devem ser obedecidos. E por meio do princípio que o legislador cria uma norma jurídica, servindo-se dele como fundamento e inspiração, conforme reza o artigo 8º da CLT¹⁰ as autoridades administrativas e a justiça do trabalho utilizaram, na falta de disposições legais ou contratuais, para a solução do litígio, a jurisprudência, a analogia e os princípios, denota-se desse modo, a grande importância que os princípios possuem para o Direito do Trabalho, servindo como fonte supletiva nas lacunas ou omissões da lei.

Para Zimmermann Neto, existem princípios que fazem parte do Direito como um todo, e que se estendem a todos os seus ramos indistintamente sendo eles: a dignidade da pessoa humana; a boa-fé; a honra; o direito universal de defesa, entre tantos outros princípios, os quais amparam também os sujeitos das relações de trabalho.

Segundo Américo Plá Rodrigues (2004, p.29)

Os princípios do direito do trabalho, por definição aplicam-se a um ramo – o direito trabalhista – e não se aplicam a outros ramos. Não são necessariamente exclusivos de uma especialidade, mas não pode servir para todos os ramos, em outras palavras, serem gerais, pois deixariam de ser específicos e caracterizadores.¹¹

Desse modo, é válido ressaltar que o Direito do Trabalho possui princípios específicos diferentemente dos outros ramos do Direito. Tais princípios exercem função semelhante ao dos princípios gerais do Direito.

Os princípios do Direito do Trabalho “[...] buscam proteger a pessoa do trabalhador considerada “vulnerável” ou “hipossuficiente” na relação entre o capital e o trabalho. Numa visão inicial, ditos princípios apresentam-se vivos e necessários nos tempos atuais, posto que presente, nas relações entre patrão e empregado.”¹²

⁹ Delgado (2005, p. 29).

¹⁰ Art. 8º As autoridades administrativas e a justiça do trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

¹¹ Rodriguez (2004, p. 29).

¹² Goldschmidt (2009, p. 89).

2.1 Princípios da proteção ao trabalho

Boa parte da doutrina entende que o princípio da proteção é a base da elaboração e da hermenêutica do Direito do Trabalho.

Segundo Rodriguez, "O princípio da proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador"¹³

Tal princípio assevera que há uma desigualdade na relação entre empregado e empregador, assim, esse princípio visa a igualar as partes, criando medidas para que a relação ocorra em pé de igualdade substancial sobre a formal.

O princípio da proteção ao trabalhador pode ser subdividido em três subprincípios:

- a) subprincípio *in dubio pro operario* - Canino exemplifica que "[...] na dúvida, quanto ao melhor modo de entendimento da norma, opta-se pela interpretação mais favorável ao trabalhador."¹⁴ Dessa forma, esse princípio pode ser caracterizado como o princípio da interpretação, que diante de um texto jurídico ao qual oferecer dúvidas, o interprete deve dentre as hipóteses viáveis optar pela que mais benéfica ao trabalhador.
- b) Subprincípio da norma mais favorável ao trabalhador - Segundo Zimmermann Neto, "[...] em caso de conflito de normas, prevalecerá a que for mais favorável ao trabalhador, ficando as demais que lhe estejam em oposição, independentemente de hierarquia, leis proibitivas."¹⁵
- c) Subprincípio da condição mais benéfica - de acordo com Goldschmidt: "Este subprincípio constitui-se num critério de aplicação da norma no tempo. Ele estabelece que, diante de duas ou mais normas sucessivamente aplicáveis a uma mesma relação jurídica, sendo a segunda mais restritiva em direitos que a primeira, a norma posterior somente se aplicaria aos novos empregados, permanecendo os que laboraram sob égide da primeira, regidos por suas disposições (revela uma referência à noção de direito adquirido)."¹⁶

Desse modo, tal princípio não trata de normas em conflito, mas de fato ou condições praticadas pelas partes, que não podem ser alteradas ou suprimidas em prejuízo daquelas já adquiridas.

2.2 Princípios da irrenunciabilidade

Neste princípio, o trabalhador não pode pôr sua vontade própria, abrir mão de receber as vantagens que o beneficiam e que são concedidas pelo Direito Trabalhista.

Segundo Goldschmidt, "[...] este princípio não protege apenas a pessoa individual do trabalhador, protege toda categoria profissional. Assim é que descabe renunciar ao direito de anotar o contrato em CTPS, ao direito de receber a indenização compensatória de 40% do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) no caso de despedida sem justa causa, já que tais direitos são de ordem pública, e por tal razão irrenunciáveis."¹⁷

¹³ Rodriguez (2000, p. 83).

¹⁴ Canino (1999, p. 57).

¹⁵ Zimmermann Neto (2010, p. 39).

¹⁶ Goldschmidt (2009, p. 94).

¹⁷ Goldschmidt (2009, p. 95).

Por isso, afirma-se que o Direito do Trabalho é o ramo do Direito em que mais se nota a limitação da autonomia da vontade das partes, já que na maioria das vezes, essa autonomia de vontade se atém apenas em celebrar ou não o contrato de trabalho, de resto será encontrado na lei seus direitos e deveres.

2.3 Princípios da primazia da realidade

Este princípio, também conhecido como “contrato-realidade”, trata que é mais importante a prova testemunhal do que os outros meios de provas escritas existentes.

Segundo Zimmermann Neto:

Nas soluções de conflitos de prevalência entre os fatos atestados por documentos escritos e assinados, e os reais como eles se deram de acordo com provas e testemunhos válidos. Exemplo: podem-se impugnar os registros de ponto (prova documental) com o depoimento de testemunhas (provas testemunhal).¹⁸

Para Sússekind, é “[...] em razão do qual a relação objetiva, evidenciada pelos fatos, define a verdadeira relação jurídica estipulada pelos contratantes, ainda que, sob capa simulada, não corresponda à realidade.”¹⁹

Portanto, para a Justiça do Trabalho, é de mais valia analisar os fatos que realmente ocorreram na relação de emprego por meio de depoimentos do que contratos, documentos, recibos e todos os tipos de papéis possíveis utilizados como prova documental no processo.

2.4 Princípios da continuidade da relação de emprego

Este princípio tem como objetivo estimular a permanência do trabalhador na empresa, e posteriormente, fomentar o prolongamento da duração do contrato de trabalho.

Segundo Rodriguez, “[...] para compreender este princípio devemos partir da base que o contrato de trabalho é um contrato de trato sucessivo, ou seja, que a relação de emprego não se esgota mediante a realização instantânea de certo ato, mas perdura no tempo. A relação empregatícia não é efêmera, mas pressupõe uma vinculação que se prolonga.”²⁰

Por este princípio, segundo Zimmermann Neto, “[...] o intérprete considera que empregado é o que menos tem interesse em rescisão, caberá ao empregador provar que não foi ele quem dispensou o empregado, mas sim, que este pediu demissão voluntariamente.”²¹

Assim, o presente princípio tem fundamento na igualdade das partes, sendo por meio dele que também se encontra uma maneira de se corrigir abusos, principalmente do empregador sobre empregado, fazendo com que aumente cada vez mais a duração dos contratos de trabalho, garantindo, dessa forma, a subsistência do empregado e conseqüentemente de sua família.

¹⁸ Zimmermann Neto (2010, p. 39).

¹⁹ Sússekind (1993, p. 129).

²⁰ Rodriguez (2000, p. 239).

²¹ Zimmermann Neto (2010, p. 40).

2.5 Princípio da irredutibilidade salarial

Tal princípio consiste em assegurar ao trabalhador um patamar salarial intangível, capaz de garantir a aquisição de bens necessários para se ter uma vida digna e para a subsistência de sua família.

Para Goldschmidt, “Este princípio, todavia é um dos mais atacados pelo fenômeno da flexibilização dos direitos trabalhistas, posto que a lei e a jurisprudência permite inúmeros descontos no salário do empregado.”²²

Nesse sentido, pontua Delgado:

Desse modo, a redução permitida pela norma autônoma negociada teria de se enquadrar nas situações de força maior ou prejuízos devidamente comprovados (art. 503, CLT) ou, pelo menos, conjuntura econômica adversa (Lei n. 4.923 de 1965), respeitado o percentual de 25% de redução e o salário mínimo legal (art. 503, CLT). Esta parece-nos a interpretação que melhor atende aos fins teleológicos de qualquer norma e ordem jurídica (fins acentuados no Direito do Trabalho, relembre-se); que melhor atende também ao princípio da norma mais favorável, imperante no ramo justralhista; a interpretação, por fim, que melhor se harmoniza ao critério hermenêutico que sempre busca encontrar no Direito a noção de sistema, isto é, um conjunto de partes coordenadas entre si.²³

O princípio da irredutibilidade salarial traduz a incorporação pelo Direito do Trabalho, do princípio geral da inalterabilidade dos contratos, *pacta sunt servanda*, sendo este sua matriz. Dando especificidade a este princípio, a CLT, em seu art. 468, cuida da inalterabilidade contratual lesiva vedando alterações que importem prejuízos ao empregado.

Russomano também ensina que “[...] o salário não pode ser alterado quanto ao seu modo de pagamento (por dia, por semana, por mês), nem quanto à sua forma (por tarefa, diária, hora, mensalidade, etc.), nem também no *quantum* ajustado para a tarefa, dia, hora, mês, etc.”²⁴

Dessa forma, denota-se que a proteção não se restringe somente à verba denominada “salário”, mas tudo àquilo que lhe envolve e lhe caracteriza.

2.6 O princípio da boa-fé

A boa-fé, neste princípio, refere-se principalmente a um comportamento adequado e reto, abrangendo não somente o trabalhador, mas as duas partes contratantes.

Segundo Araújo:

A atuação de boa-fé não é um dever exclusivo do empregado na hora de cumprir a prestação de seu trabalho. É uma exigência contratual geral e para as duas partes. A boa-fé consiste em uma atitude que propicie o cumprimento efetivo do contrato, e impregna o modo de a dignidade da pessoa humana, contemplada na Constituição de 1988, a par de ser o princípio jurídico da mais alta relevância no nosso ordenamento jurídico pátrio, na medida em que protege o homem naquilo que lhe é mais importante (a dignidade), constitui um metaprincípio capaz de auxiliar o intérprete e o aplicador do direito a superar conflitos aparentes entre princípios jurídicos, notadamente o trabalho e a livre iniciativa executar as suas próprias prestações. Acompanhará todo o cumprimento do contrato, podendo, inclusive,

²² Goldschmidt (2009, p. 101).

²³ Delgado (2005, p. 1032).

²⁴ Russomano (1983, p. 488).

perdurar após o seu término. Trata-se de uma obrigação recíproca de cumprir com lealdade e confiança o conteúdo do contrato.²⁵

Assim como trabalhador deve agir com lealdade, o empregador deve manifestar igual conduta.

2.7 O princípio da proibição do retrocesso social

Muitos dos Direitos Trabalhistas existentes atualmente se originaram da luta dos trabalhadores ao longo dos anos, Para que os direitos adquiridos pelos trabalhadores não sejam suprimidos ou restringidos, criou-se o princípio da proibição do retrocesso social que visa à proteção de tais direitos.

Segundo Barroso:

Adeptos a esta teoria encontram-se os doutrinadores Ingo Wolfgang Sarlet, Flávia Piovesan e Luís Roberto Barroso, dentre outros. Verifica-se, com Barroso, que, em que pese o princípio do não retrocesso social não estar explícito, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana (para alguns, questão controvertida), detém plena aplicabilidade, uma vez que é consequência do sistema jurídico-constitucional. Ora, se uma lei, ao implementar um mandamento constitucional, ele se incorpora ao patrimônio legal da cidadania e não pode ser inteiramente suprimido.²⁶

Goldschmidt (2009, p. 105) preleciona da seguinte forma:

Tal princípio, nesta linha, estabelece limites à atividade do legislador no sentido de evitar que um determinado direito fundamental, já contemplado como conquista civilizatória e incorporado ao sistema jurídico, não seja deste extirpado, inadequadamente restringido ou incorporado ao sistema jurídico, não seja deste extirpado, inadequadamente restringido ou impedida sua eficácia. Com efeito, o princípio da proibição do retrocesso social fornece um critério objetivo com o qual é possível controlar a adequação e a correção da atividade restritiva dos direitos fundamentais.²⁷

Dessa maneira, a proibição do retrocesso social consiste em proteger as importantes conquistas das civilizações ao longo dos anos, uma vez que beneficia e fortalece as estruturas da assistência social do Estado, fortalecendo os direitos fundamentais adquiridos.

2.8 O princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana envolve a proteção do homem trabalhador tanto na relação com o empregador quanto na sua relação com a sociedade em geral. A dignidade da pessoa humana tem previsão constitucional no inciso III do art. 1º, bem como no art. 170º, ambos da Carta Magna de 1988.

Segundo Goldschmidt:

[...] a dignidade da pessoa humana, contemplada na constituição de 1988, a par de ser o princípio jurídico de mais alta relevância no nosso ordenamento jurídico pátrio, na medida em que protege

²⁵ Araújo (1996, p. 236-237).

²⁶ Barroso (2001, p. 158).

²⁷ Goldschmidt (2009, p. 105).

o homem naquilo que lhe é mais importante (a dignidade), constitui um metaprincípio capaz de auxiliar o intérprete e o aplicador do direito a superar conflitos aparentes entre princípios jurídicos, notadamente o trabalho e a livre iniciativa (capital).²⁸

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana se consagra como sendo um princípio de grande relevância, pois se baseia na humanização do trabalho, em considerar o trabalhador como um ser humano digno e não como um mero instrumento de produção.

3 Flexibilização dos direitos trabalhistas

É de suma importância para a melhor compreensão sobre a flexibilização, conhecer primeiramente o significado linguístico que a palavra flexibilizar denota.

Segundo Silva:

O verbo português "flexibilizar" provém do latino "flecto, flectere, flexi, flectum", que significa curvar, dobrar, fletir. Depois, por complementação semântica, possui ainda vários sentidos conexos ou paralelos, tais como: fazer voltar, dirigir o rumo, mover, tornear, comover, mudar, modificar.²⁹

Martins esclarece que "[...] a flexibilização do direito do trabalho vem a ser um conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar mudanças de ordem econômica, tecnológica ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho."³⁰

Para Crepaldi:

O surgimento da flexibilização deu-se na Europa, no início dos anos 80, época de recessão. Mas as causas do aparecimento da flexibilização envolvem a Revolução Francesa, que elegeu o liberalismo, contrário à intervenção do Estado na vida econômica e social, bem como ao desenvolvimento do comunismo e o paternalismo estatal. As críticas ao liberalismo extremado e ao radicalismo das correntes ideológicas comunistas levaram ao que se denomina flexibilização.³¹

Há doutrinadores que diferenciam a flexibilização da desregulamentação. Entre eles, Martins:

Não se confunde flexibilização com desregulamentação. Desregulamentar significa desprover de normas heterônomas as relações de trabalho. Na desregulamentação o Estado deixa de intervir na área trabalhista, não havendo limites na lei para questões trabalhistas, que ficam a cargo da negociação individual ou coletiva. Na desregulamentação a lei simplesmente deixa de existir. Na flexibilização, são alteradas as regras existentes, diminuindo a intervenção do Estado, porém garantindo um mínimo indispensável de proteção ao empregado, para que este possa sobreviver, sendo a proteção mínima necessária. A flexibilização é feita com a participação do sindicato. Em certos casos, porém, é permitida a negociação coletiva para modificar alguns direitos, como reduzir salários, reduzir e compensar jornada de trabalho, como ocorre nas crises econômicas.³²

²⁸ Goldschmidt (2009, p. 106).

²⁹ Silva (2002, p. 52).

³⁰ Martins (2003, p. 83).

³¹ Crepaldi (2003, p. 67).

³² Martins (2002, p. 26-27).

Segundo Goldschmidt, “[...] entende-se por “flexibilização” o movimento impulsionado pela ideologia neoliberal, que pretende suprimir ou relativizar as normas jurídicas que garantem a proteção do empregado na relação contratual com o seu empregador, com vistas a “baratear” a mão de obra e o “custo” da produção, viabilizando, pretensamente, a competitividade das empresas no mercado globalizado.

Para Nascimento:

Flexibilização do direito do trabalho é a corrente de pensamento segundo a qual necessidades de natureza econômica justificam a postergação dos direitos dos trabalhadores, como a estabilidade no emprego, as limitações à jornada diária de trabalho, substituídas por um módulo anual de totalização da duração do trabalho, a imposição pelo empregador das formas de contratação do trabalho moldadas de acordo com o interesse unilateral da empresa, o afastamento sistemático do direito adquirido pelo trabalhador e que ficaria ineficaz sempre que a produção econômica o exigisse, enfim, o crescimento do direito potestativo do empregador.³³

Costa preleciona da seguinte forma:

A flexibilização é o instrumento ideológico liberal e pragmático de que vêm se servindo os países de economia de mercado, para que as empresas possam contar com mecanismos capazes de compatibilizar seus interesses e os dos seus trabalhadores, tendo em vista a conjuntura mundial, caracterizada pelas rápidas flutuações do sistema econômico, pelo aparecimento de novas tecnologias e outros fatores que exigem ajustes inadiáveis.³⁴

Dessa forma, entende-se por flexibilização a diminuição do poder de interferir do Estado na relação de empregado e empregador, atribuindo mais autonomia aos sindicatos para intervir na relação de emprego, acarretando a perda de alguns direitos dos empregados até então protegidos pela rigidez da lei.

3.1 Argumentos favoráveis à flexibilização

No Brasil existem vários argumentos a respeito da flexibilização, sendo contra ou a favor. Um dos argumentos principais a favor seria a possibilidade de criação de novos postos de trabalho, com a diminuição dos encargos sociais.

Segundo Nascimento, existem correntes que se posicionam a respeito do assunto, das quais três são as principais: a flexibilista, a antiflexibilista e ainda a semiflexibilista.

Defende que, atualmente, o Direito do Trabalho passa por uma fase de adaptação à realidade, depois de ter passado pelas outras fases de conquista e promocional. Assim, deveria ser possível, para que se modernizassem as relações de trabalho no país, que as convenções coletivas de trabalho pudessem ter cláusulas *in melius* e *in pejus* para o trabalhador, possibilitando uma maior adequação à realidade da época, do setor, do tamanho, da empresa, etc. Assim, se o país passa por uma época de crise econômica, não há lugar para a exacerbação dos direitos trabalhistas, o

³³ Nascimento (2005, p. 120).

³⁴ Costa (1992, p. 779).

que existirá somente em épocas de abundância, ou seja, os direitos trabalhistas existiriam como reflexos da economia e não seriam inerentes à condição de empregados, de força de trabalho.³⁵

Souza acrescenta que “[...] a flexibilização traduz-se, assim, numa forma de adaptação das leis trabalhistas às grandes modificações surgidas no mercado de trabalho capaz de possibilitar a redução de salários, a compensação e a redução da jornada, majoração da jornada de turno ininterrupto de revezamento, o que levou inclusive à instituição do regime de tempo parcial estabelecido no recente artigo 58-A, consolidado.”³⁶

Ajustar as relações de trabalho ao enquadramento jurídico da flexibilização nos dias atuais é como a adaptação exigida no mercado de trabalho com a era pós-industrial, em que as condições e os termos do trabalho negociados entre as partes, de forma individual ou coletiva, ou industrial, uma vez que cada empresa negocia de seu jeito, primando o funcionamento das empresas e a permanência dos funcionários com o emprego, objetivando uma vida com mais qualidade (NASCIMENTO).³⁷

Desse modo, são esses os entendimentos de alguns doutrinadores favoráveis à flexibilização das normas trabalhistas, em que defendem a tese de que com o advento da flexibilização irão aumentar o números de vagas de emprego e será mais fácil ajustar as normas trabalhistas à realidade atual do mercado de trabalho.

3.2 Argumentos desfavoráveis à flexibilização

Há posicionamento contrário à flexibilização. O principal argumento é no sentido de que esta é uma forma de destruição dos direitos sociais, tidos como óbices para o incremento e a fluidez do capital. Segundo Goldschmidt,

“A ideologia econômica neoliberal e o movimento da flexibilização dos direitos trabalhistas não guardam perfeita relação de adequação com a realidade social brasileira, porquanto esta é marcada por profundas desigualdades, fruto da injusta distribuição de renda, o que impõe que os particulares, em especial os empregados, não discutam as condições de trabalho em pé de igualdade material com seus empregadores. Esse fator justifica a forte intervenção do Estado nas relações entre o capital e o trabalho, como forma de garantir um leque de proteção jurídica ao trabalhador, indispensáveis para a manutenção e a promoção de sua dignidade.”³⁸

Andrade e Meller também se posicionam contrariamente à flexibilização:

É muito simples pregar ‘Livre Negociação’ num ambiente como esse – marcado pelo desemprego, ou subemprego, a miséria, baixíssimos salários, concentração de rendas, índices alarmantes de lucratividade. É muito simples porque um dos atores – enfraquecido, preocupado em preservar os empregos existentes e ameaçado pela instabilidade e pela imensa legião de desempregados que batem às portas das fábricas – não tem qualquer possibilidade de sucesso, no sentido de implementar melhorias nas condições de vida e de trabalho dos seus representados.³⁹

Andrade e Meller argumentam ainda que pregar a livre negociação no discurso da flexibilização parece ser fácil, porém, não é a maioria dos trabalhadores que possui o “poder de barganha”.

³⁵ Nascimento (2005, p. 121).

³⁶ Souza (2010, p. 67).

³⁷ Nascimento (2002, p. 41).

³⁸ Goldschmidt (2009, p. 205).

³⁹ Andrade e Meller (2009, p. 91).

Os favoráveis à flexibilização argumentam que a maleabilidade da legislação trabalhista pode gerar mais empregos. Porém, na Europa, a flexibilização levou a uma generalizada diminuição dos níveis salariais, e não houve uma melhoria no nível de emprego, por este fato deve se ter muito cuidado com a aplicação da flexibilização.⁴⁰

Artur, em sua pesquisa, entrevistou os ministros do TST, para saber a opinião deles a respeito da flexibilização; o presidente do TST fez uma importante constatação, na qual foi claro ao relacionar advogados de grandes empresas à utilização de argumentos econômicos para fundamentar a importância da flexibilização em legitimar novas formas de contratos, e a terceirização para gerar emprego, sendo esse um dos relatos do Ministro Francisco Fausto:

Na verdade, todo mundo está vendo que a flexibilização não gera emprego. Vamos além. O Direito do Trabalho não foi feito para incrementar a economia. O Direito do Trabalho foi feito para proteger direitos sociais. A flexibilização pode servir à economia, não serve aos direitos sociais. Portanto não é uma boa coisa para o Direito do Trabalho.⁴¹

Desse modo, a preocupação de alguns defensores da flexibilização não é o interesse social da população, mas a diminuição de proteção ao trabalhador, com o fito de aumentar a margem de lucro e alimentar cada vez mais o sistema capitalista.

4 A flexibilização frente à constituição

Ao longo de duas décadas de existência da Constituição de 1988, houve diversas alterações quanto à interpretação do texto constitucional, ocorrendo mudanças gradativas em nível de doutrina e jurisprudência, conduzindo à interpretação constitucional atual quanto aos princípios e garantias fundamentais.

Os direitos sociais previstos no artigo 7º da Constituição Brasileira são, segundo Moraes, normas de ordem pública, com a característica de imperativas, invioláveis, portanto, pela vontade das partes contraentes da relação trabalhista.

Nessa linha, Moraes afirma:

Os direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, VI, da Constituição Federal.⁴²

Portanto, às normas trabalhistas elencadas no artigo 7º da Constituição foi atribuído o mesmo “peso” dos direitos fundamentais individuais conferidos aos cidadãos. A inserção dessas normas no título *Dos Direitos e Garantias Fundamentais* fez com que adquirissem o *status* de direitos fundamentais.

⁴⁰ Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/138157/desemprego-estrutural-e-direito-a-trabalho-digno>>.

⁴¹ Artur (2007).

⁴² SÜSSEKIND (1987 apud MORAES, 2003).

Assim, como as cláusulas pétreas não são objeto de deliberação, princípios como os descritos não podem ser desconsiderados quando iminentes alterações legislativas tenderem a abolir direitos fundamentais e sociais; a flexibilização na esfera juslaboralista somente tem respaldo legal nas estritas hipóteses e respeitadas as formas permitidas pelo poder constituinte originário. Assim, Almeida corrobora:

Qualquer alteração textual constitucional, exercício de autonomia coletiva ou inovação normativa infracostitucional não poderá modificar, para o caso, os permissivos expressamente contidos na constituição, da mesma forma que a exegese e subsequente aplicação pelo julgador não deveria comportar ampliação que afronte a rigidez constitucional proibitiva do retrocesso social e consagrados do solidarismo, ambos diretamente afeitos ao Direito do Trabalho.⁴³

Para Goldschmidt, as “[...] ações afirmativas da dignidade da pessoa humanas”⁴⁴ tidas como meio de resistência à flexibilização precarizante do Direito do Trabalho, são ações que buscam dar força normativa à Constituição, reconhecendo sua supremacia, na esteira do moderno Direito Constitucional vigente, fenômeno esse denominado pela doutrina constitucional contemporânea de neocostitucionalismo.

De acordo com Barroso um dos pontos mais relevantes do neoconstitucionalismo “[...] é o reconhecimento da forma normativa da constituição, deixando de ser repositório de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade imediata, para serem reconhecidas como dotadas de norma de plena eficácia, que podem ser exigidas coercitivamente e colocadas em prática para atender aos anseios da população que a legitimou.”⁴⁵

Entre as hipóteses constitucionalmente previstas de flexibilização no âmbito trabalhista, estão os incisos VI, XIII e XIV do artigo 7º que estabelecem os limites constitucionais autorizadores da relativização dos direitos trabalhistas mediante acordo prévio em negociação coletiva.

De acordo com Lopes “A Constituição abriu uma exceção ao permitir a flexibilização das condições de trabalho no art. 7º, incisos VI (irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo), XIII (duração do trabalho normal não superior a 8 horas diárias e 44 semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho) e XIV (jornada de 6 horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva). Na primeira hipótese, o constituinte aludiu à convenção e ao acordo coletivo; na segunda, ao acordo ou à convenção coletiva; e na terceira, à negociação coletiva, entretanto, como a convenção e o acordo coletivo são os instrumentos da negociação coletiva, pode-se afirmar, como regra geral, que a flexibilização decorre da negociação coletiva e se exterioriza (ganha contornos jurídicos ou se instrumentaliza) em acordos ou convenção coletiva de trabalho.”⁴⁶

Esses dispositivos citados demonstram que o fenômeno da flexibilização atingiu as normas constitucionais, devendo limitar-se esse instituto nos casos permitidos na Carta Magna, devendo ser observado primordialmente os princípios constitucionais da valorização do trabalho, da proteção ao trabalhador, ou seja, a proteção à vida digna do trabalhador; desse modo, toda a regra que se afastar dessa premissa não deverá prevalecer.

⁴³ Almeida (2006, p.121).

⁴⁴ Goldschmidt (2009, p. 101).

⁴⁵ Barroso (2006, p. 31).

⁴⁶ Lopes (2000).

Assim, “[...] a constituição brasileira determina, de forma muito clara que o poder econômico deve valorizar o trabalho humano; e seu objetivo precípua é assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social.” (GOLDSCHMIDT).⁴⁷

Dessa maneira, o Estado não pode permitir que o trabalhador fique à mercê de acordos ou convenções coletivas, na qual se sobreponha o caráter econômico sobre o social, pois os princípios contemplados na Constituição Federal, entre eles o da dignidade da pessoa humana, devem sempre prevalecer e impor limitações para a flexibilização, protegendo os direitos fundamentais sociais conquistados ao longo dos anos pelos trabalhadores.

Conclusão

Como se pode observar, a sociedade evolui e passa por diversos períodos de adaptação, e o Direito deve se adequar a tal realidade. Todavia, não se pode permitir que a adaptação do direito ocorra em benefício de interesses escusos. A adaptação deve corresponder aos anseios sociais, respeitando os direitos fundamentais consagrados na Constituição.

A flexibilização das leis trabalhistas no Brasil vem traduzindo uma gradativa erosão dos direitos constitucionais fundamentais, prejudicando a condição do trabalhador.

A flexibilização somente possui respaldo legal nas formas permitidas pelo texto constitucional originário; qualquer adaptação que não respeite esses limites fere a própria Constituição, que proíbe o retrocesso social, conforme preconiza o *caput* do art. 7º da Carta Magna.

Logo, não se pode admitir que com o advento da flexibilização ocorra um retrocesso social, com sobreposição dos interesses econômicos sobre os sociais, pois o trabalho tem como principal finalidade os bens sociais, com vista a se coadunar com os anseios perseguidos pelo Estado Democrático de Direito, em prol da dignidade da pessoa humana.

Referências

ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso. *Inclusão Social*, Brasília, v. 2, n. 1, 2006.

ANDRADE; MELLER. 2009. Disponível em: <http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_798_A_flexibilizacao_das_normas_trabalhistas>. Acesso em: 9 jul. 2011.

ARTUR, Karen. *O TST frente à terceirização*. São Carlos: EDUFSCar, FAPESP, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁴⁷ Goldschmidt (2006).

CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CANÊDO, Letícia Bicalho. *A revolução industrial*. 20. ed. São Paulo: Atual Unicamp, 1987. v. 1.

COSTA, Orlando Teixeira da. Direito Alternativo ou Flexibilização. *Revista LTr*, n. 56, p. 779, 1992.

CREPALDI, Joaquim Donizete. *O princípio de proteção e a flexibilização das normas do direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2003. p. 67.

DELGADO, Gabriela Neves. *Princípios Internacionais do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário*. Disponível em: <http://blogadreferendum.blogspot.com/2010/11/principios-internacionais-do-direito-do_25.html>. Acesso em: 10 jul. 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

DIAS, Evader. *A Flexibilização das normas trabalhistas como uma tendência da globalização e seus reflexos no direito do trabalho*. SP.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Flexibilização dos direitos trabalhistas*. São Paulo: LTR, 2009. p. 101.

LOPES, Everaldo Gaspar. A flexibilização das normas trabalhistas brasileiras. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5185>. Acesso em: 7 jun. 2011.

LOPES, Otavio Brito. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, DF, v. 1, n. 9, fev. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_09/neg_coletiva_Otavio.htm>. Acesso em: 11 jun. 2011.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. In: *Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NASCIMENTO, A. M. *Curso de Direito do Trabalho*. 20. ed. São Paulo: LTr, 2005.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1996.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SILVA, Antônio Álvares da. *Flexibilização das relações de Trabalho*. [S.I.]: LTR, 2002.

SOUZA, Alexandre. M. Proteção e flexibilização das normas. *Revista Visão Jurídica*, São Paulo: [s.n.], 2010. v. 50.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1987.

VIANNA, Segadas. Antecedentes históricos. In: SUSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. v. 1 e 2.

ZIMMERMANN NETO, Carlos. *Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

