

SILVIO BELTRAMELLI NETO

LIMITES DA FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS
TRABALHISTAS PELA AUTONOMIA COLETIVA:
UMA QUESTÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Piracicaba

2007

SILVIO BELTRAMELLI NETO

LIMITES DA FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS
TRABALHISTAS PELA AUTONOMIA COLETIVA:
UMA QUESTÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Dissertação apresentada para o programa de pós-graduação Stricto Sensu da Universidade Metodista de Piracicaba, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Mirta Gladys Lerena de Misailidis

Piracicaba

2007

À Banca examinadora

Dissertação para o Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Metodista
de Piracicaba, Mestrado em Direito

Título: Limites da flexibilização dos direitos trabalhistas pela autonomia coletiva:
uma questão de jurisprudência

Autor: Silvio Beltramelli Neto

Orientadora: Dra. Mirta G. Lerena de Misailidis

Comissão Julgadora: Dorothee Susanne Rüdiger

Fernando Augusto M. Mattos

A Banca, após examinar o candidato, considerou-o _____, com a
nota _____ (_____).

Piracicaba, SP, 23 de fevereiro de 2007

À minha família, Antonio Carlos, Regina e Raquel, a quem devo simplesmente todo o alicerce em que se fundam meus princípios de vida, além do suporte necessário para o meu desenvolvimento pessoal. Especialmente à minha mãe, brava lutadora nos áridos campos do magistério, de quem certamente herdei a paixão pela academia.

À Renata, pelo incentivo, apoio e compreensão, mesmo nos momentos de ausência. Companheira de hoje e sempre, tão rara quanto amada.

A Paulo de Tarso Barbosa Duarte, que considero como guru, conselheiro e, acima de tudo, verdadeiro responsável pelo meu ingresso no mundo acadêmico, visto ter sido o primeiro a enxergar em mim essa inclinação e a me convencer de que carrego uma chama da qual nem mesmo eu havia me dado conta.

Meus sinceros agradecimentos à Professora Doutora Mirta Gladys Lerena de Misailidis, pela generosidade de haver acreditado neste projeto (e em suas inúmeras alterações ao longo da pesquisa), comprometendo-se com a minha orientação, bem como pela nobreza de compartilhar seus preciosos conhecimentos jurídicos e, principalmente, de vida, apesar dos percalços atualmente experimentados pelo sistema educacional brasileiro.

Do mesmo modo, agradeço à Professora Dorothee Susanne Rüdiger pelas valiosíssimas discussões acerca da realidade do trabalho no mundo pós-moderno e das incertezas do direito em relação a ela, descortinando contextos que me instigaram a conduzir esta reflexão para além dos conceitos dogmáticos e acrílicos de um direito, a nunca se esquecer, antes de tudo, social.

Enfim, ao Professor Doutor Fernando Augusto M. Mattos, colega de docência e, acima de tudo, um amigo, incentivador entusiasmado desta empreitada, contribuindo decisivamente para a parte da pesquisa voltada ao campo da economia.

RESUMO

O presente estudo propõe-se a abordar o tema dos limites da flexibilização do Direito do Trabalho pela via da negociação coletiva, assunto recorrente em tempos de clamor neoliberal, partindo da análise da inspiração social do ordenamento jurídico constitucional vigente, exultante dos Princípios da Dignidade Humana, da Valorização Social do Trabalho e da Função Social da Propriedade, para então buscar a constatação de uma concreta possibilidade de identificar tais limites. Para tanto, reconhece-se que o Poder Judiciário acaba por ter nas mãos a palavra final sobre o assunto. Contudo, a busca, na jurisprudência, das conclusões acerca da amplitude dos limites da flexibilização do Direito do Trabalho revela um momento de indefinição dos pressupostos que sustentam os julgamentos das cláusulas dos acordos coletivos ou convenções coletivas que perpetrem relativização de direitos.

Palavras-chave: Flexibilização — Autonomia Coletiva — Limites — Dignidade da Pessoa Humana — Jurisprudência

ABSTRACT

The present study aims at covering the theme of flexibility limits in Labor Law by means of collective negotiation, a recurring theme during as one hears the echo of neoliberal voices. Taking as a starting point the analysis of the social inspiration of the current juridico-constitutional order, which exhorts the Principles of Human Dignity, of the Social Valuation of Labor, and the Social Function of Property, we attempt to verify a concrete possibility for identifying such limits. For that purpose, we acknowledge that the Judicial Branch ultimately has the last word on this matter. However, the search, in jurisprudence, for conclusions about the range of flexibilization limits of the Judicial Branch unveils times of indefiniteness regarding the presuppositions that support the judgment of clauses contained in collective agreements or collective conventions, which can perpetrate the relativization of rights.

Key words: Flexibilization – Collective Autonomy – Limits – Dignity of Human Beings – Jurisprudence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
------------------	----

CAPÍTULO I

A RELAÇÃO ESTADO-DIREITO: UM PRESSUPOSTO NECESSÁRIO

1. Flexibilização: um termo composto.....	14
2. Interação histórica entre Estado e direito.....	16
3. Estado social, Direito do Trabalho e o caso brasileiro	28
4. O Estado Democrático de Direito.....	32
5. Nota sobre as discussões acerca do futuro do Estado-Nação	34

CAPÍTULO II

DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DA FLEXIBILIZAÇÃO

DO DIREITO DO TRABALHO

1. A flexibilização do Direito do Trabalho não é criação neoliberal.....	38
2. Flexibilização das práticas produtivas e flexibilização do Direito do Trabalho: distinção e relação de implicação	48
3. A flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil	57

CAPÍTULO III

DIREITOS TRABALHISTAS E A DIGNIDADE DA

PESSOA DO TRABALHADOR

1. Natureza da dignidade da pessoa humana	62
2. A dignidade da pessoa humana é um princípio de direito?	69
3. Princípio da dignidade humana, Direito do Trabalho e flexibilização	74

CAPÍTULO IV

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS A TEOR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1. Limites materiais à subtração dos direitos trabalhistas constitucionais.....	82
2. Hipóteses constitucionalmente previstas de flexibilização do Direito do Trabalho.....	95
3. A flexibilização do Direito do Trabalho e o prestígio à negociação coletiva..	99
4. A harmonização entre o negociado e o legislado inspirada pelo Princípio Protetor	103
5. Encaminhamento para a questão jurisprudencial decisiva	110

CAPÍTULO V

O PAPEL DECISIVO DA JURISPRUDÊNCIA

1. Investigação envolvida no julgamento da negociação coletiva flexibilizadora.....	112
2. Observação das hipóteses de cabimento.....	114
3. Preservação do Princípio da Dignidade	123
4. Observância do Princípio Protetor: a existência de contrapartida que justifique a concessão feita pelo pólo trabalhador	126
5. Vicissitudes fáticas envolvidas no processo das decisões identificadas e a sua influência nos futuros contornos da flexibilização do Direito do Trabalho	134

CONSIDERAÇÕES FINAIS	145
----------------------------	-----

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	149
----------------------------------	-----

INTRODUÇÃO

Flexibilização do Direito do Trabalho é tema recorrente em matéria de estudos trabalhistas, bem se sabe. Flexibilizar alguma coisa é torná-la menos rígida. A reivindicação de um tratamento legal menos rígido da relação laboral é uma das propostas mais alardeadas, sob o pretexto de que essa mesma rigidez acaba por sufocar a manutenção e a criação de novos postos de trabalho. Tal convicção apresenta-se como um dos ícones do discurso neoliberal que, em confronto com o Estado de Bem Estar Social, ganhou os quatro cantos do globo, a partir das experiências inglesa, norte-americana e alemã, supostamente bem sucedidas.

Mas, se, veloz, o discurso se espalha pelo mundo, sua implementação jurídica já não comporta tanta rapidez e tranqüilidade. É que cumpre reconhecer que o plano jurídico de cada nação soberana deve sempre ser consultado sobre a possibilidade de implementação de uma prática desta natureza, ainda que sua necessidade seja tida por premente, algo que, como se não bastasse, se mostra profundamente discutível.

Por isso, a análise dos limites da flexibilização do Direito do Trabalho, no Brasil, passa, obrigatoriamente, pelo entendimento de quais caminhos foram traçados pelo sistema jurídico nacional, sobretudo pela Constituição Federal, alicerce de todo o ordenamento. Esse mesmo ordenamento que, ao passo que consagra, como nunca antes acontecido, um extenso rol de direitos trabalhistas, também exalta a faculdade da criação da norma, em matéria laboral, pelas partes envolvidas, no plano privado dos acordos coletivos e das negociações coletivas de trabalho (autonomia coletiva), inclusive prestigiando-as para efeito de flexibilização. Aqui, a questão evidencia-se ainda mais complexa porque, muito embora a criação privatística de norma jurídica seja acontecimento demasiadamente afeito ao Direito do Trabalho, sua tomada por regra, e não mais por exceção, confronta-se com a idéia

institucional de direito como fenômeno que, historicamente, presta-se à afirmação da soberania estatal e dela decorre.

Está-se a tratar, destarte, de tema extremamente controvertido, seja na seara econômica, seja na seara sociológica e, com igual ou maior intensidade que se possa supor, na esfera jurídica.

Sendo assim, o estudo desenvolvido a seguir parte de uma proposta diferente, não se lançando à simples análise da conveniência ou não da adoção de uma política flexibilizadora. Do mesmo modo, não se persegue, simplesmente, decretar a possibilidade ou não de se flexibilizar o Direito do Trabalho.

Pretende-se, bem assim, abordar o tema do ponto de vista do sistema jurídico em vigor, mas sem satisfazer-se com uma conclusão, geral ou particular, acerca de como a letra da lei confere ou não limites à flexibilização do direito laboral, empreendida pela negociação coletiva. Isso porque a busca de um quadro mais exato sobre as possibilidades de flexibilização do Direito do Trabalho pela autonomia coletiva requer um passo à frente, necessário, tendo em vista a inafastável constatação de que, em termos práticos, é o Poder Judiciário que, em se tratando de temática polêmica, deve perseguir a uniformização da exegese legal e, com isso, influenciar todo o plano fático envolvido.

Nesta linha, o objetivo deste trabalho é voltado a identificar quais as missões e os caminhos que o ordenamento jurídico brasileiro confere à jurisprudência em se tratando deste mote controverso que é o fenômeno flexibilizado, e como essa mesma jurisprudência pode se portar —e, aliás, já está se portando— diante deles.

Não se trata, pois, de realizar levantamento jurisprudencial, mas sim, tão somente, identificar as possíveis posturas a serem tomadas para, com isso, poder alcançar alguma clareza acerca da existência ou não de limites bem definidos à flexibilização do Direito do Trabalho pela autonomia coletiva.

Para tanto, esta produção encontra-se dividida em cinco capítulos e inclui um último tópico destinado às considerações finais. Os dois primeiros, no conjunto assim idealizado, são dedicados ao entendimento do fenômeno da flexibilização do Direito do Trabalho pela autonomia coletiva.

A partir disso, o Capítulo 1 inicia a pesquisa pela abordagem da dimensão histórica e arraigada da produção da norma jurídica atrelada ao Estado, procurando evidenciar exatamente o contraponto que a criação privatística legal promove à tradição normativa estatal.

Já o Capítulo 2 lança-se à delimitação conceitual da expressão “flexibilização do Direito do Trabalho”, principalmente aquela voltada ao escopo deste estudo, tendo em vista os diversos contextos, dentro do tema “trabalho”, que admitem o vocábulo flexibilização, mas nem sempre o fazendo no mesmo sentido.

Passa-se, então, com o Capítulo 3, à construção do arcabouço legal vigente no Brasil, que deve orientar a análise da questão flexibilizadora, a começar pelo reconhecimento de como a dignidade humana fundamenta, inspira e vincula a ordem jurídica nacional, mais ainda em se tratando de regramento da relação de trabalho, expressão social importante da existência digna.

Aprofundando o delineamento das disposições legais pertinentes ao tema, o Capítulo 4 busca explicitar como as disposições da Constituição Federal de 1988 —e, por via reflexa, em razão da sua supremacia, as normas infraconstitucionais— tutelam, do ponto de vista jurídico, a flexibilização do Direito do Trabalho, de onde sobressalta a importância da autonomia coletiva da vontade neste contexto. É neste momento, também, que se destaca a decisiva atuação jurisprudencial para a definição dos limites desta flexibilização.

Finalmente, o Capítulo 5 lança-se à identificação dos aspectos fundamentais da missão jurisprudencial. Com vistas ao cumprimento de tal propósito, elegem-se, para análi-

se, algumas manifestações do Tribunal Superior do Trabalho, as quais servirão de ponto de partida para a constatação do modo pelo qual o Poder Judiciário pode encarar as indagações inerentes à apreciação das medidas flexibilizadoras implementadas pela negociação coletiva, para então, no tópico final, encaminhar as impressões acerca dos limites e destinos da flexibilização do Direito do Trabalho pela via negocial, no Brasil, a partir da sua vinculação com a questão jurisprudencial.

CAPÍTULO I

A RELAÇÃO ESTADO-DIREITO: UM PRESSUPOSTO NECESSÁRIO

1. Flexibilização: um termo composto

O tratamento superficial muitas vezes conferido ao tema da flexibilização do Direito do Trabalho acaba, freqüentemente, por ignorar o complexo feixe de elementos que, de maneira enredada, compõem as idéias que balizam o assunto.

O conceito de flexibilização, a ser perseguido mais adiante, só é atingível a partir de tantos outros conceitos quantos os elementos envolvidos na sua definição. Contudo, de todos os elementos que se possam imaginar componentes do referido conceito, experimentam especial destaque dois deles, pela sua interpenetração, quais sejam, o Estado e o direito. Isso porque, falar de flexibilização, tal como atualmente discutida no âmbito do Direito do Trabalho, significa pensar o arrefecimento (e, ao extremo, o total afastamento) da incidência da norma jurídica trabalhista de fonte heterônoma¹, ou seja, emanada do Estado, primordialmente por intermédio de seu Poder Legislativo.

A organização política da sociedade civil a partir da instituição personificada do Estado, desde então, pressupõe que a missão de administrar as relações humanas submetidas à soberania nacional somente tem cumprimento a partir da reconhecida e exclusiva prerrogativa estatal de editar leis. Este modelo, muito longe de ser procedimento meramen-

¹ Explica GODINHO que “heterônomas seriam as regras cuja produção não se caracteriza pela imediata participação dos destinatários principais das mesmas regras jurídicas. São, em geral, as regras de direta origem estatal, como a Constituição, as leis, medidas provisórias, decretos e outros diplomas produzidos no âmbito do aparelho do Estado.” (DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, p. 143.)

te formal, coaduna-se com atitude intrínseca ao ser humano, apontada por Vinício C. Martinez como “consciência jurídica que mobiliza e integra em torno das regras básicas de sobrevivência (das sociedades gregárias do neolítico, até hoje)”.²

Importa notar, assim, que a flexibilização é fenômeno que se materializa por força de viés exatamente oposto ao do Estado de Bem Estar Social, este estabelecido principalmente após a Segunda Guerra Mundial e amplamente consolidado no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988. Justifica-se tal afirmação porque, como regra, o *Welfare State* administra as relações sociais pela coercibilidade própria da atividade legiferante estatal, sobretudo quando se está a enfocar situação de desequilíbrio inerente à condição dos atores envolvidos, como no caso do enlace trabalhista.³

Aliás, principalmente em se tratando de relações de trabalho, a busca de soluções pela via da intervenção estatal passou a ser uma tônica pós-liberalismo do século XVIII, mais arraigada ainda em países cujo passado não evidencie uma cultura sindical atuante.

O caso brasileiro é exemplo, com características até peculiares, em comparação com a experiência européia. Basta lembrar que, pelas mãos de Getúlio Vargas, em 1943, realizou-se a união das até então esparsas normas trabalhistas no diploma da Consolidação das Leis do Trabalho —e isso, como se gabava o próprio Presidente à época, sem derramar sequer uma gota de sangue, ao contrário dos ferozes embates testemunhados no Velho Continente. O país via-se, então, diante do “resultado de 13 anos de trabalho, nos quais uma série de destacados pensadores jurídicos se reuniu para criar uma arena jurídica inte-

² MARTINEZ, Vinício C. Estado Moderno ou Estado de Direito Capitalista? **In Jus Navigandi**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8536>. Acesso em: 05 jul. 06.

³ Nunca é demais lembrar a gênese do Direito do Trabalho, que remete às tensões entre patrões e empregados, emergidas da Revolução Industrial, as quais exigiram, como solução pleiteada por ambas as partes, a intervenção estatal, enfim concretizada pela edição de normas heterônomas inderrogáveis pela via negocial.

ramente nova no Brasil”⁴, conferindo, com isso, proteção legal à classe trabalhadora, tendente a inflar-se de maneira rápida e definitiva com a implantação da política de industrialização do país, sob a batuta do Estado Novo.⁵ Bem por isso, é imperioso constatar que a CLT foi passo decisivo no projeto de nação idealizado por Vargas, servindo de importante instrumento na organização do capitalismo brasileiro e do mercado interno.

Neste passo, por colocar em xeque a abrangência de um pilar sobre o qual se ergueu o conjunto de regramentos e instituições pertinentes afeitas ao convívio social e, portanto, ao trabalho, é que o presente estudo lança-se, primeiramente, a conhecer a interação simbiótica historicamente estabelecida entre o Estado e o direito, para só então promover discussão suficientemente abalizada sobre o tema da flexibilização.

2. Interação histórica entre Estado e direito

Não obstante pareça proposta simples, até mesmo óbvia, a tarefa de demonstrar com clareza a justa medida da interação entre Estado e o direito se mostra por demais dificultosa. Filósofos, sociólogos, juristas, enfim, pensadores de toda a ordem debatem-se há milênios na busca incansável —e também, por natureza, inconclusiva— de conceitos definitivos sobre o Estado e o direito. Nesta seara, encontram-se as mais variadas contribuições, sendo, por outro lado, produto de árduo esforço o encontro de unanimidades conceituais. Admitindo-se que a definição do fenômeno flexibilizador, como dito, pressupõe o

⁴ FRENCH, John D. **Afogados em leis: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros**, p. 14.

⁵ BELTRAMELLI NETO, Silvio; MISAILIDIS, Mirta Gladys Lereña de. A postura do trabalhador brasileiro em tempo de reforma legal: contribuições para uma análise mais ampla. **Revista Jurídica**, p. 117.

entendimento do Estado e do direito, é certo que, constatada a complexidade da explicação desses, aquele não há de ser, igualmente, evento fácil de se delimitar.

Por isso, a explanação que se segue propõe a explicação, ou ao menos o reconhecimento, da relação umbilical —e muitas vezes paradoxal— existente entre o ente estatal e a norma jurídica através da própria história da evolução dos inúmeros conceitos de Estado.

Ao longo dos últimos séculos, com acompanhamento das dificuldades e mutações presentes no esforço de conceituar a figura estatal é possível perceber que, neste processo, muito embora ordinariamente seja o viés político exaltado, é certo que, de um jeito ou de outro, o direito revela-se também protagonista, cujo ponto de contato com o Estado, do mesmo modo, sofreu variações. Política e direito não se excluem, ao contrário, complementam-se.

A propósito, diversas teorias procuram identificar o momento histórico e explicar os motivos que levaram ao aparecimento do Estado. No entender de Dalmo de Abreu Dallari, as divergências de boa parte dessas inúmeras teorias prendem-se às diferenças de conceituação. O jurista aponta em número de três os mais importantes entendimentos acerca do momento histórico da gênese estatal.⁶

O primeiro deles afirma que a história do Estado confunde-se com a própria história da humanidade, tendo estado presente, ainda que em estágio inicial, já nos agrupamentos primitivos, à espera de circunstâncias favoráveis a um maior desenvolvimento.⁷ Haveria, portanto, coincidência entre o período de surgimento da humanidade e do Estado, o que acaba por dotar esta teoria de demasiada generalização, já que, em momento algum, nela são identificados caracteres que denotem organização claramente distintiva do delineamento do ente personificado.

⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**, p. 65-72.

⁷ Defendem esta idéia Edward Meyer e Wilhelm Koppers. (**Idem, ibidem**, p. 66)

A segunda tese, que goza de bastante prestígio junto aos autores que comungam do pensamento convencional, com pequenas variações, não aponta data certa para tanto, mas acredita que o Estado teve lugar após lapso temporal durante o qual a humanidade foi capaz de existir sem a sua presença. De acordo com este entendimento, a necessidade a impulsionar a criação da figura estatal está relacionada com a crescente complexidade experimentada pela organização social, que passou a rogar a existência de uma liderança como requisito de sustentação, dando ensejo, assim, ao surgimento do poder político.

Se, num primeiro momento, as sociedades primitivas apresentavam reduzido número de membros, os quais, por isso mesmo, podiam promover um convívio homogêneo, prescindindo, deste modo, de qualquer poder político (quando muito, presente temporariamente, em caso de guerra entre tribos), é certo que, no momento seguinte, foi necessária a atuação permanente de liderança, ainda que concentrada nas mãos de uma só pessoa. No passo da evolução, tamanha complexidade assolou a organização social, exigindo que o poder político se viabilizasse somente a partir da utilização de um órgão especial, qual seja, o Estado.⁸

Há ainda a terceira corrente, essa sim tentando estabelecer, com alguma precisão, o momento histórico do aparecimento do Estado, o que, no entanto, não teria acontecido antes do século XVII. Isso porque, para os que assim entendem, só se pode considerar Estado —ao contrário da primeira teoria explicitada—, uma sociedade altamente desenvolvida,

⁸ Assim teorizaram, com alguma variação, Robert Lowie, Robert M. MacIver e Lewis Henry Morgan, esse último tendo sido fonte de inspiração à teoria da origem do Estado, formulada por Karl Marx e Friedrich Engels principalmente na obra *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Interessante, nesse ponto, é perceber que, não obstante ser esta a corrente mais aceita pelos autores, não está ela livre de paradoxos, como narra Dallari, ao comentar a ambigüidade da conclusão de Robert Lowie, por ter afirmado, “de um lado, que o aparecimento do Estado demonstra que a sociedade atingiu certo grau de complexidade e, de outro, que o Estado se faz necessário em determinado momento, para que a sociedade possa converter-se num tipo de organização complexa.” (**Idem, ibidem**, p. 67)

permeada por diversas características essenciais, sem as quais não se admitiria sua presença.⁹

A gênese estatal, neste sentido, remontaria ao final da Idade Média, cuja formação teria se completado especificamente no ano de 1648, com a assinatura do tratado de paz de Vestfália, o qual, noticia o historiador Edward MacNall Burns,

...pôs fim à Guerra dos Trinta Anos, em 1648, transferiu territórios de um estado para o outro, sem qualquer consideração pela nacionalidade de seus habitantes. Reconheceu a independência da Holanda e da Suíça e reduziu o Sacro Império Romano a uma ficção. Cada um dos príncipes alemães foi reconhecido como governante soberano, com o poder de fazer a guerra e a paz e governar seu domínio como lhe aprouvesse. Por fim, o tratado introduziu que *todos* os estados, independentemente de seu tamanho ou poder, eram iguais perante o direito internacional e dotados de pleno e completo controle sobre seus territórios e habitantes.¹⁰

Com relação aos motivos que levaram ao aparecimento do Estado, a diversidade de conclusões também é uma tônica. Várias são as explicações. Entre elas, as mais consideradas apontam para: a) uma *necessidade natural*, já que, inerente à existência humana, a vida em sociedade requer um elemento unificador implícito à convivência coletiva; b) o *desejo de dominação* mais arraigadamente presente em alguns seres humanos, impulsionando-os à busca da liderança política, num primeiro momento, no plano pessoal e, depois, no patamar dos grupos sociais; c) *motivos econômicos* na medida em que o poder político sempre teria por objetivo não a dominação por ela mesma, mas, em verdade, a intenção do acúmulo pessoal de riquezas.¹¹

⁹ A referida terceira corrente é abraçada, entre outros, por Balladore Pallieri. (**Idem, ibidem**, p. 68)

¹⁰ BURNS, Edward MacNall; LERNER, Robert E.; MEACHAN, Standish. **História da Civilização Ocidental: do homem das cavernas às naves espaciais – vol. 2.**, p. 451.

¹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Ob. Cit.**, p. 69-72.

A par das diferentes teorias apresentadas, para andar conforme a proposta do tema aqui desenvolvido, é mister que a atenção se sobreponha sobre o Estado enquanto figura institucionalizada, apta à produção legal, cuja consolidação pode ser identificada a partir de duas circunstâncias, uma de cunho material e outra de cunho formal.

Materialmente, a concretização do Estado personalizado emergiu da submissão dos habitantes de específica área geográfica —antes fragmentada pelas propriedades feudais, mas com certa identidade comum (geográfica, cultural ou mercantil)— a uma autoridade política exercida sobre território definido. Tal submissão, diga-se, não necessariamente voluntária, mas, no mais das vezes, obtida pela via bélica, ou seja, a aglutinação de determinado povo, delimitado geograficamente, sob a batuta de certo poder político, representou o pressuposto empírico, por isso material, que permitiu a realização do Estado.

Contudo, ao Estado perfeitamente consolidado fez-se necessária não somente a realização “*intra muros*”, mas, para a garantia da governabilidade até certo ponto segura, também o reconhecimento da sua autoridade política, naquele determinado território, pelas outras autoridades políticas, dos outros Estados, o que se conseguiu pelo uso dos tratados internacionais, que, formal e reciprocamente, promoveram o estabelecimento definitivo dos diversos entes nacionais. Reconhecia-se, assim, a soberania da figura estatal sobre o povo de determinado território. Não por acaso, até hoje se define o Estado como a reunião dos três elementos: povo, território e soberania.

De qualquer forma, importa perceber a marcante presença do direito em todas as etapas da evolução estatal, seja no plano interno, seja no plano externo.

No plano interno, restrito, tomando o direito por sua definição mais simples, qual seja, conjunto de regras de conduta dotadas de coercibilidade e voltadas ao equilíbrio das relações sociais, pensando-se nos primórdios da existência da liderança política, encontrar-se-á o exercício do poder político pela edição de regras de condutas. Regras essas, cuja

forma e cuja legitimidade para elaboração apresentaram variação histórica (como a outorga absolutista, seguida da divisão de poderes, do reconhecimento do poder constituinte e do sistema representativo), mas sempre tendo evidenciado a obrigatoriedade de observação pelos a elas submetidos e patrocinadas, em última instância, pelo poder de coerção física, mantido pelo sistema estatal, no que se convencionou chamar “monopólio da violência”.

No plano externo não foi diferente. Basta identificar, na história, a importância dos tratados internacionais para o reconhecimento mútuo dos Estados, que, por isso, se consolidaram com lastro no direito internacional.¹²

A aptidão do Estado para exercer o seu poder em determinado território e sobre determinado povo, por força da exclusividade da edição de normas jurídicas e contando, para tanto, com o reconhecimento pelos demais Estados, representa o substrato do importante instituto, ainda muito prestigiado nos tempos atuais, qual seja, a soberania.¹³

Abili Lázaro de Castro Lima explica que, tal como acontecido com o Estado, o conceito de soberania também sofreu variações ao longo do tempo. Sua obra estuda a sobe-

¹² Necessário admitir que os tratados internacionais, expressões jurídicas por excelência, permitiram a sobrepujança do poder essencialmente político sobre o até então prevalente poder religioso. “Explorando a autonomia com respeito à interferência externa, sancionada por este acordo mútuo e internacional, os Estados eram, assim, capazes de impor ‘soberania’ em suas sociedades. O acordo dos Estados mudava os termos do conflito entre autoridade territorial e grupos confessionais em favor da primeira. Assim, em um grau insignificante, a capacidade de soberania veio *de fora*, por meio de acordos entre Estados, na recém-emersa sociedade de Estados.” (HIRST, Paul; THOMPSON, Grahme. **Globalização em questão: a economia internacional e as possibilidades de governabilidade.**, p. 265)

¹³ Soberania, elemento fundante do Estado, foi objeto de teorização desenvolvida inicialmente na França — impulsionada pela disputa de comando entre os reis franceses e a Igreja, ao final da Idade Média—, tendo por seu grande formulador Jean Bodin, a partir da obra *Os seis livros da república*, onde afirma que o poder soberano é o mais supremo dos poderes. É absoluto e perpétuo, não sendo admitida sua sujeição a qualquer outro poder, ou seja, é poder máximo. (LIMA, Abili Lázaro de Castro. **Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico**, p.35).

rania em três tópicos.¹⁴ A se notar, contudo, que todos os três tópicos vinculam o exercício do poder soberano ao uso da lei pelo seu titular.

O primeiro tópico relata a *soberania estatal*, conforme as teorias de Jean Bodin e Thomas Hobbes, que reconhecem ao monarca a titularidade da soberania. Neste passo, Jean Bodin, reforçando as práticas absolutistas da época, afirma que a soberania consiste no *poder ilimitado de fazer leis*, direcionado sobre os súditos, que devem respeitá-lo, uma vez que o soberano o exerce de forma exclusiva e incondicional, não havendo, por isso, margem à contestação de seus atos, já que sua figura é superior à das leis, não podendo a ela submeter-se, tarefa única relegada ao povo resignado.

De modo mais aprofundado, mas igualmente favorável à atuação absolutista, Hobbes pressupõe a preservação do bem da vida como interesse primário da sociedade, mas sustenta que o instinto egoísta natural do ser humano não lhe permite que conviva em sociedade por consenso espontâneo. As leis da natureza, assim, teriam surgido para racionalizar tal instinto egoísta, com vistas à autoconservação da espécie, o que, todavia, não teria se mostrado suficiente para manter uma vida em sociedade. Para tanto, na visão hobbesiana (inaugurando a formulação do contrato social), foi necessário que o estado de natureza humano fosse suplantado pela celebração, entre os próprios homens, de um “pacto de submissão ao soberano, renunciando aos seus direitos, incumbindo somente ao soberano editar leis”.¹⁵ Significa dizer que cada homem pactua a transmissão ao ente estatal dos direitos por ele individualmente exercíveis em estado natural, dotando tal instituição do poder supremo, aqui também absoluto e ilimitado, concretizado pela exclusiva prerrogativa da confecção das leis, pelas quais se media o egoísmo humano.

¹⁴ **Idem, ibidem**, p. 34-92.

¹⁵ **Idem, ibidem**, p. 45.

Já a segunda etapa evidencia a *soberania popular*, forma alternativa à soberania estatal, mantendo, contudo, a idéia do exercício do poder político sobre determinado território. Capitanearam este outro entendimento John Locke e Jean Jacques Rousseau.

Locke, ao contrário de Hobbes, entende o estado de natureza do homem regido por um direito natural, inerente à razão comum, da qual é dotado todo ser humano e segundo a qual todos são iguais, não se devendo lesar o próximo em seus bens, sobretudo os mais valiosos como vida, saúde e propriedade.¹⁶ Esse pensamento não se coaduna com a conclusão hobbesiana, na medida em que prega o estado de natureza humano pautado pelo senso comum de liberdade e igualdade, diverso da tendência egoística anteriormente identificada por Hobbes.

Deste modo, para Locke, porque a vida em sociedade demonstra não ser possível a prevalência dos imperativos naturais de igualdade e liberdade em todas as ocasiões, e porque, nestes casos, inexistente a chance de julgamento imparcial pelos próprios homens em seu estado natural, é que há a necessidade de que o Estado exerça a *soberana* função de impor o respeito ao direito natural. Assim sendo, os seres humanos, ao se reunirem em sociedade, pactuam a renúncia ao direito de se defenderem por conta própria em favor da figura estatal.¹⁷ Outrossim, também diferente de Hobbes, Locke não enxerga o Estado como absoluto, mas limitado à atuação que lhe é delegada por aqueles que renunciaram a seu favor o poder de fazer cumprir as leis, bem por isso não sendo tolerada qualquer atitude estatal arbitrária. Logo, o próprio ato de delegação das pessoas que acordaram a vida em sociedade já traz consigo as condições e limitações dentro das quais a soberania conferida ao Estado deve ser exercitada.

¹⁶ A principal obra que reúne os entendimentos de Locke a respeito do Estado leva o título *Segundo tratado sobre o governo civil*.

¹⁷ **Idem, ibidem**, p. 55.

De outra banda, afirma-se: “o homem nasceu livre, mas por toda a parte geme agri-lhardo.”¹⁸ Assim Jean Jacques Rousseau inicia o Livro I da obra *Do contrato social*, que, juntamente com o *Discurso sobre a desigualdade*, conjugam seu pensamento sobre o Estado, pensamento esse que, à vista da passagem transcrita, parte do princípio de que o homem naturalmente é livre, não sendo nem bom, nem mau. É o ser humano, porém, dotado da característica da *perfectibilidade*, pela qual consegue desenvolver-se, individual e coletivamente, ao longo do tempo e à medida das circunstâncias. O que passou a tornar o homem mau, promovendo a desigualdade arraigada, segundo Rousseau, foi o estágio de evolução do convívio social em que se criou a propriedade, promotora da hostilidade entre os homens.¹⁹

Contra este contexto de guerra e a favor da paz na vida em sociedade, os homens teriam sido levados a, pelo pacto social, espontaneamente restringirem seu campo de ação, fundamentando o poder político do Estado à vontade geral. Portanto, o povo, pelo contrato social, concorda em submeter-se à vontade geral, por intermédio da aceitação à delimitação de seu raio de ação, concretizada por essa mesma vontade geral, praticada pelo Estado, que, por sua vez, a concretiza pela edição das leis. Consoante o entendimento rousseauiano, é, pois, a soberania estatal produto da convenção social. Conforme a definição do próprio Rousseau, “como a natureza dá ao homem um poder absoluto sobre todos os seus membros, o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus; e é este mesmo poder que, encaminhado pela vontade geral, tem o nome de soberania”.²⁰

¹⁸ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**, p. 23.

¹⁹ Castro de Lima afirma que a citada frase que inaugura o Livro I *Do contrato social* “contrapõe duas realidades: a natureza, onde encontra-se a liberdade, e a sociedade (convenção), onde o homem se encontra à mercê de restrições à sua liberdade.” (LIMA, Abili Lázaro de Castro. **Ob. Cit.**, p. 67)

²⁰ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Ob. Cit.**, p. 43

Aqui, do mesmo modo que em Locke e ao contrário de Hobbes, o ente estatal é de todo limitado, mas, em Rousseau, limitado à vontade geral. Inverte-se a hierarquia, de modo que o chamado “soberano”, na verdade, subordina-se à vontade geral (povo) e não o inverso.²¹

Releva constatar, então, que a corrente que encerra a *soberania popular* desloca a titularidade do poder político, em comparação a Hobbes e à *soberania estatal*. Enquanto para este o soberano legitima-se *de per se* pela prerrogativa ilimitada de fazer leis, para Locke e Rousseau, o Estado existe da necessidade humana de busca da paz social e da autopreservação, fazendo-o, contudo, de modo limitado, na medida de sua vinculação, para o primeiro, ao direito natural, enquanto que, para o segundo, à vontade geral, ambos, entretanto, conferindo a titularidade do poder estatal ao consenso dos seus súditos.

Para finalizar, o terceiro estágio corresponde à *soberania nacional*, resultado da implantação da teoria de separação entre poder constituinte e poder constituído²², promovida na França, pela Revolução Liberal.

De acordo com esta teoria, os cargos públicos representavam tão somente o poder constituído, exigindo, por isso, que a verdadeira representação da nação coubesse ao poder constituinte, geral e ilimitado em si, ao mesmo tempo em que limita e vincula o poder constituído. Foi desta forma que Sieyès formulou todo o embasamento teórico capaz de

²¹ Rousseau, inclusive, mostra-se frontalmente contrário à representação política, conforme sua convicção de que a soberania, por se fundar na vontade geral, é exequível apenas e tão somente pelo povo, de maneira direta. Escreve ele que “não se pode representar a soberania pela mesma razão que se não pode alienar; consiste ela essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa; ou ela é a mesma, ou outra, e nisso não há meio-termo; logo, os deputados do povo não são, nem podem ser, representantes seus; são comissários dele, e nada podem concluir decisivamente. É nula, nem é lei, aquela que o povo em peso não retifica.” (**Idem, ibidem**, p. 91-92). E arremata: “seja como for, no momento em que um povo elege representantes, cessa de ser livre, cessa de existir.” (**Idem, ibidem**, p. 93).

²² O poder constituinte foi idealizado pelo abade Emmanuel Joseph Sieyès (um dos mentores do levante), que o abordou em sua obra *Qu'est-ce que le Tiers État?*, atribuindo à nação a titularidade do poder constituinte.

legitimar o discurso liberal que, em solo francês, contrapôs-se às arbitrariedades dos governos absolutistas.

O aspecto de suma importância que emergiu do êxito deste entendimento é assim explicado por Castro de Lima:

A teoria do poder constituinte está imbricada na questão da legitimidade do poder, uma vez que surgiu da separação entre poder constituinte e constituído e do reconhecimento da titularidade do poder constituinte à nação e não a uma divindade, a uma pessoa sobrenatural ou a um indivíduo. Em outras palavras, consagra-se a despersonalização do poder.²³

Eis a essência do que se conhece por Estado Moderno, segundo a qual, a soberania, incidente sobre a população de determinado território, é característica do poder constituinte, cujo titular é um só: a nação. Isto fez com que o ideal de autodeterminação perseguisse uma forma política para se organizar, impulsionando, assim, a idéia do Estado como expressão da organização jurídica da nação. É o Estado Moderno como Estado-Nação.²⁴

Aqui, restou consagrada a idéia de que o Estado, enquanto a expressão jurídica da nação (e por ela limitado), exerce poder exclusivo sobre determinado território. Em complemento, a figura estatal concretiza seu poder pela mesma via jurídica, o que significa fazer uso de sua prerrogativa de ditar leis.

Toda esta até hoje consagrada conceituação do Estado Moderno, em sua versão Estado-Nação, apresenta as seguintes características, deste modo condensadas por Hirst e Thompsom:

²³ LIMA, Abili Lázaro de Castro. **Ob. Cit.**, p.75

²⁴ Dentro do que foi dito, o Estado-Nação reforça a existência de um poder soberano incidente sobre determinado território, destacando o fenômeno do nacionalismo, que vem a ser, “em essência, uma declaração de que o poder político deveria refletir homogeneidade *cultural*, de acordo com uma série comum de entendimentos políticos historicamente específicos do que satisfaz a nação”. (HIRST, Paul; THOMPSON, Grahme. **Ob. Cit.**, p. 267)

Os Estados eram entendidos como as principais comunidades políticas, com a capacidade de determinar *status* e criar regras para qualquer atividade que caísse dentro dos entendimentos contemporâneos acerca do campo de autoridade legítima. Os Estados eram soberanos e, por isso, cada Estado determinava, internamente, a natureza de suas políticas internas e externas. A sociedade de Estados era, assim, um mundo de entidades auto-suficientes, cada uma fazendo sua própria vontade.²⁵

Ao cabo de toda esta explanação, própria da Teoria Geral do Estado e aqui realizada com vistas à proposta do estudo da flexibilização, importa realçar que direito e Estado experimentam verdadeira relação de simbiose, dentro da qual, ora o Estado explica-se pelo direito, ora o direito explica-se pela gênese estatal.

Tanto é assim, que o próprio Hans Kelsen, sobre a figura estatal, começa a ponderar que não pode haver Estado que seja anterior ao direito, que o crie e depois se lhe submeta, pois “não é o Estado que se subordina ao Direito por ele criado, mas é o Direito que, regulando a conduta dos indivíduos, e, especialmente, a sua conduta dirigida à criação do Direito, submete a si esses indivíduos”.²⁶ E Kelsen parte deste entendimento para depois formular proposta transcendente dos conceitos clássicos que separam Estado e ordem jurídica, elevando ao extremo a identidade dos dois institutos, vociferando que “o Estado pode ser juridicamente apreendido como sendo o próprio Direito —nada mais, nada menos.”²⁷

Interessante, bem assim, como o ente estatal, em todos seus estágios de evolução e em todas as variáveis de teorização, sempre aparece como fonte principal de edição de leis, no cumprimento de seu mister de contemplação da vontade geral, dentro da qual se insere a própria promoção do respeito à ordem jurídica, algo acentuado ainda mais pela separação de poderes —consolidada pelo pensamento dos contratualistas (*soberania popular*).

²⁵ **Idem, ibidem**, p. 266.

²⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.**, p. 346.

²⁷ **Idem, ibidem**, p. 353.

Veja-se, portanto, que tratar de fenômeno que suponha arrefecimento ou afastamento da figura do Estado da produção normativa, como faz a flexibilização pela autonomia coletiva, significa tocar elemento tido como essencial ao conceito do próprio ente, ainda que em intensidades e funções variadas segundo o tempo e a teoria adotada, algo que, como não poderia deixar de ser, se aplica às relações de trabalho.

3. Estado social, Direito do Trabalho e o caso brasileiro

O Estado Moderno apresentou duas configurações: o Estado liberal e o Estado social ou Estado-Providência, sendo que neste último se verifica o advento dos chamados “direitos sociais”.²⁸

Expressão importante dos direitos sociais, o Direito do Trabalho é tido como típica manifestação do Estado Social. As origens do Direito do Trabalho, como amplamente cediço, remontam à tensão a partir da hipossuficiência econômica do trabalhador, intensificada pela maior exploração da mão-de-obra promovida pela Revolução Industrial, na Inglaterra do século XVII, e juridicamente sustentada pela liberdade contratual sobre a qual se pautava o estabelecimento das relações laborais, dentro do ideário liberal instaurado à época. Neste contexto, foi exatamente o Estado chamado a intervir, criando parâmetros legais voltados, ao menos teoricamente, ao equilíbrio entre os atores envolvidos.

A transição do modelo de Estado liberal para o Estado social é assim narrada por Jorge Luiz Souto Maior:

²⁸ LIMA, Abili Lázaro de Castro. **Ob. Cit.**, p.80.

...foi das diversas tensões da sociedade industrial em formação, em nível mundial, com todos os seus efeitos reais, guerras, greves, revoltas, reivindicações, mortes e mutilações, que se necessitou sair do modelo liberal para se chegar ao Estado social, ou Estado Providência, ou, ainda, Estado do bem-estar social. Fundamentalmente, difere o novo modelo do antigo no aspecto da solidariedade social, que deixa o campo da ordem moral para se integrar à ordem jurídica, reconhecendo-se que do vínculo social advém a responsabilidade de uns para com os outros, cabendo ao Estado a promoção de todos os valores que preservem a vida, na sua inteireza, independente da condição econômica ou da sorte de cada um.²⁹

Ainda que, num momento imediatamente anterior à atuação legiferante estatal recaída sobre o mundo do trabalho, possa ser constatada a tentativa de negociação entre os trabalhadores unidos pela consciência de classe e seus empregadores, é certo que a tutela jurídica do Estado, como explicitado, é uma tônica do Estado social ou *Welfare State*, no que toca ao Direito do Trabalho, o que se pretende rever a teor dos anseios da flexibilização.³⁰

Sendo assim, a substituição do Estado liberal pelo Estado social ensejou verdadeira mudança de atitude do Estado Moderno. Partindo-se de que, com o advento do liberalismo, quis-se afastar a ação arbitrária estatal típica do absolutismo, para que os seres humanos tivessem a máxima liberdade de inter-relação, é certo que tal liberdade foi terreno fértil para a disseminação de desequilíbrio social, sobretudo no que pertine à relação de trabalho. Assim, o Estado social sofre a exigência de não somente deixar de intervir arbitrariamente —isto é, quedar-se passivo—, mas, ganha a incumbência de agir positivamente para a

²⁹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. A prescrição do direito de ação para pleitear indenização por dano moral e material decorrente do acidente de trabalho. **Revista LTr**, p. 542.

³⁰ Tal constatação, por certo, deve sofrer a relativização inerente às variações próprias das peculiaridades de cada país ou região. Não se olvida, obviamente, que, em determinadas situações —como a norte-americana, por exemplo—, existe a consolidada co-existência entre os regramentos heterônomos e autônomos, com grande ocorrência de negociação coletiva.

promoção da igualdade social, prejudicada pela ampla liberdade de autodeterminação dos indivíduos.

Em se tratando do trabalho no Brasil, a intervenção estatal sequer aguardou que as tensões tomassem grandes proporções para que se pusesse a regular minuciosamente a relação laboral, tendo por produto maior a CLT. O Estado brasileiro, àquela época e ainda nos tempos de hoje (mesmo que em menor medida), funciona como catalisador dos anseios dos mais variados atores sociais, entre eles os trabalhadores, o que demonstra a instalação do Estado social também em terras brasileiras.

Destaque-se que, aqui, a presença estatal central na promoção da ordem jurídica trabalhista não se restringiu ao governo de Getúlio Vargas, mas perpetuou-se, por meio diversas outras normatizações, como as leis sobre a gratificação natalina (1962), empregados domésticos (1972) e os rurais (1973), bem como, em âmbito constitucional, mais recentemente, o rol de garantias do artigo 7º da Constituição Federal de 1988.³¹

Muito embora a Carta Constitucional vigente tenha expressamente reconhecido importância à produção normativa autônoma na seara trabalhista, dando destaque às figuras da convenção coletiva e do acordo coletivo (art. 7º, XXVI e art. 8º, VI, entre outros), o histórico nacional demonstra-se arraigado ao regramento proveniente do Estado. Quadro esse que, ainda aos olhos de muitos, não sofreu qualquer alteração, mesmo com as aspirações flexibilizadoras. Concorde com tal ponto de vista, afirma Godinho:

De fato, no modelo jurídico brasileiro tradicional jamais foi decisivo a papel da negociação coletiva e seus instrumentos clássicos (convenção coletiva do trabalho, contrato coletivo e acordo coletivo), a par de outros mecanismos de normatização autônoma —como aqueles ínsitos à representação obreira na empresa. Em termos comparativos, enquanto no padrão justralhista democrático dos países centrais há uma hegemonia

³¹ BELTRAMELLI NETO, Silvio; MISAILIDIS, Mirta Gladys Lerena de. **Ob. Cit.**, p. 118.

das formas de auto-administração dos conflitos sociais, na história justralhista brasileira sempre preponderou uma dominância incontestada da sistemática de heteroadministração dos conflitos sociais, fundada no Estado.³²

A abordagem da flexibilização do direito trabalhista brasileiro pela autonomia coletiva, deste modo, requer o entendimento de que a tradição normativa nacional em relação ao trabalho direcionou-se, por quase toda a sua história, à atuação estatal profundamente interventiva.

Por outro lado, é mister que se perceba que a flexibilização, enquanto tema obrigatório quando se trata de analisar as mudanças pelas quais pode passar (ou está passando) o Direito do Trabalho, diretamente questiona a continuidade deste paradigma. Um modelo, frise-se, consagrado em nível de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos³³, como se verá adiante.

Sem dúvida, falar-se em flexibilização do Direito do Trabalho por intermédio da negociação coletiva, no Brasil, é deparar-se com a discussão sobre seus limites legais, delineados pela expressão de um típico Estado social.

³² DELGADO, Maurício Godinho. **Ob. Cit.**, p. 122-123.

³³ Oportuno, aqui, consignar provocativa manifestação de Godinho sobre a Constituição Federal de 1988, segundo a qual “a Carta de 1988 trouxe, nesse quadro, o mais relevante impulso já experimentado na evolução jurídica brasileira, a um eventual modelo mais democrático de administração dos conflitos sociais no país. Impulso relevante, se cotejado com a história anterior do Direito Laboral pátrio. Impulso tímido, se comparado com as experiências dos países centrais. Impulso contraditório, se posto à análise com diversos outros dispositivos da mesma Constituição, que parecem indicar em sentido inverso a autonormatização social e a própria democratização do Direito do Trabalho.” (**Idem, ibidem**, p. 123)

4. O Estado Democrático de Direito

O quarto final do século XX apresentou uma nova ótica doutrinária a respeito da configuração do Estado social de então, partindo-se da constatação de um declínio iniciado com o término dos trinta anos de ouro do Ocidente³⁴, ao final da década de 70. Os motivos elencados pelo *maisntream* como definidores de tal declínio são: o endividamento exagerado dos países, a incapacidade de atendimento das demandas sociais, o excessivo paternalismo e a ingênua crença na inesgotabilidade dos recursos públicos.³⁵

Segundo este último ponto de vista, a missão conferida ao Estado social no sentido de ativamente patrocinar o bem-estar coletivo, à data referida, mostrou-se inviável do ponto de vista principalmente financeiro. O fato é que esse patrocínio do bem-estar coletivo calcava-se na necessidade de promoção integral e abrangente da justiça social, algo, por certo, jamais alcançado, ainda que houvesse o máximo esforço estatal para tanto. Neste contexto, a queda do muro de Berlin e o colapso da experiência soviética³⁶ teriam sido o

³⁴ A “Era de Ouro” do século XX representou grande avanço da história humana em todas as searas (econômica, social e cultural.), a ponto de Hobsbawn classificar tal transformação como “a maior, mais rápida e mais fundamental da história registrada” (HOBSBAWN, Eric. **A era dos extremos**, p. 18).

³⁵ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**, p. 24.

³⁶ Não foram poucos os que classificaram a queda do império soviético como o “fim da história” e, conseqüentemente, do Estado. A isso se opôs diametralmente Hobsbawn, convencido de que “o argumento é melhor quando se afirma que o terceiro quartel do século assinalou o fim dos sete ou oito milênios de história humana iniciados com a revolução da agricultura na Idade da Pedra, quando não mais fosse porque ele encerrou a longa era em que a maioria esmagadora da raça humana vivia plantando alimentos e pastoreando rebanhos” (HOBSBAWN, Eric. **Ob. Cit.**, p. 25).

marco da transformação do paradigma jurídico do Estado social, que foi intensificada pelo fenômeno da globalização³⁷ e que teve por resultado o Estado Democrático de Direito.

Toda essa metamorfose é resumida por Ricardo Lobo Torres, para quem “o que caracteriza do Estado Democrático de Direito é que concilia o Estado Social, podado em seus aspectos de insensibilidade para a questão financeira, com as novas exigências para a garantia dos direitos fundamentais sociais”.³⁸

De se notar que esta concepção se fez presente de forma expressa no texto da Constituição Federal de 1998, que, logo em seu artigo 1º, proclama que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”.

Ao que se pode extrair dos elementos alinhavados, o Estado Democrático de Direito não representa pura e simples substituição do Estado social, mas sim produto de sua adaptação aos limites, sobretudo financeiros, envolvidos na promoção do bem-estar social.

Bem por isso, não parece ser desarrazoado o entendimento de que prevalece o Estado social, com contornos mais restritos, mas, ainda assim, permeados pela intervenção estatal exercitada por meio do asseguramento de direitos sociais básicos. A Constituição Brasileira não deixa dúvidas quanto a isso, a teor dos dispositivos de cunho social presentes ao longo de todo o Livro II (“Dos direitos e garantias fundamentais”) e, mais precisamente em relação à questão do trabalho, a teor do extenso rol dos artigos 7º e 8º.

³⁷ **Idem, ibidem**, p. 25.

³⁸ **Idem, ibidem**.

5. Nota sobre as discussões acerca do futuro do Estado-Nação

Os destinos do Estado representam, atualmente, mas não de hoje, um dos temas mais intrigantes sobre o qual se debruça boa parte dos esforços acadêmicos no campo das ciências sociais. Globalização, economia de mercado, neoliberalismo, empresas multinacionais, acordos internacionais, flexibilização, entre tantos outros, são termos que só fazem aguçar ainda mais a discussão.

As opiniões se dividem em muitas vertentes. O contato com os entraves intelectuais dão conta de que o principal motivo da discórdia de convicções aponta para a continuidade do Estado-Nação nas bases em que sempre se sustentou, mesmo após todas as transformações sofridas em relação ao poder, ao povo e, principalmente, ao território.

O presente estudo não tem por escopo e nem por intenção adentrar à polêmica que envolve os destinos do Estado, contudo, é importante o reconhecimento de que o tema está intimamente ligado com o Direito do Trabalho, haja vista, como dito, tratar-se de importante expressão do Estado social.

A título de ilustração, cabe o registro de três opiniões que, contrastadas, revelam objetivamente a diversidade que toma conta desta reflexão.

Ferrenho defensor da tese que pugna pelo desaparecimento do ente estatal, Kenichi Ohmae já escancara seu entendimento no título de sua obra mais conhecida : *O fim do Estado Nação: a ascensão das economias regionais*. Ohmae acredita que o futuro será do que denominou *Estados-regiões*, cujo lugar se justifica pelo fato de que, no seu sentir,

as qualificações para participar do fórum global e para delinear as soluções globais começam a corresponder não às fronteiras políticas artificiais dos países, mas às unidades geográficas mais focalizadas —por exemplo, Hong Kong e a faixa adjacente do sul da China, a região do

Kansai ao redor de Osaka ou a Catalunha— onde o trabalho real é realizado e os mercados reais florescem.³⁹⁻⁴⁰

Sob o ponto de vista jurídico, Gunther Teubner também crê que já está em prática o sistema plural de produção de normas que absolutamente prescinde do Estado para a sua criação e, bem assim, para a sua efetivação em caso de descumprimento. Na visão do sociólogo do direito alemão, a sociedade civil já vem se encarregando de produzir o direito e fazê-lo cumprir na exata medida da pluralidade das relações, sem qualquer apego de caráter nacional⁴¹, pelo contrário: “nos dias de hoje estão se constituindo em ‘autonomia relativa’ diante do Estado-nação, bem como diante da política internacional setores distintos da sociedade mundial que produzem a partir de si mesmos ordenamentos jurídicos globais *sui generis*.”⁴²

Aquiescendo com o entendimento segundo o qual a concepção tradicional do Estado-Nação vem sofrendo modificações substanciais em razão do modo de vida globalizado que se apresenta, Ingeborg Maus, cientista política também alemã, não se entrega à idéia do desaparecimento da figura estatal. Antes disso, Maus acredita que o futuro do Estado subordina-se à sua desvinculação do elemento território —tido por ela como elemento aci-

³⁹ OHMAE, Keinichi. **O fim do Estado-Nação: a ascensão das economias regionais.**, p. XXI.

⁴⁰ Na mencionada obra, Ohmae toma a região da cidade de São Paulo como exemplo, de que “quando uma região prospera, sua boa fortuna espalha-se pelos territórios adjacentes dentro e fora da federação política a que pertence”. Para o autor, o governo central brasileiro deveria “aprender a tratá-la [região de São Paulo] como um genuíno Estado-região e permitir que se integre à economia global. Caso o faça, ao menos uma região no Brasil poderia aderir à OECD dentro de cerca de dez anos. Caso não o faça —devido a preocupações como mínimo público ou ao medo de que o equilíbrio entre as regiões seja sacrificado—, o país como um todo poderá até sair da lista das economias recém-industrializadas” (**Idem, ibidem**, p. 95).

⁴¹ O exemplo paradigmático eleito pelo autor é o que chama de “*lex mercatoria*”, correspondente ao ordenamento jurídico que mundialmente regula as relações mercantis, produto dos contratos privados constituídos pelas partes negociantes, e cujo cumprimento normalmente se reclama às vias arbitrais, já igualmente pactuadas no próprio instrumento contratual (TEUBNER, Gunther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. **Revista Impulso**).

⁴² **Idem, ibidem**, p.10.

dental na definição do Estado—, experimentando continuidade, outrossim, a sua soberania, oponível pelo direito àqueles cidadãos que tenham “participado anteriormente do processo legislativo como protagonistas”.⁴³

Deste modo, o presente tópico tem por objetivo consignar que o estudo mais específico sobre a flexibilização, a ser desenvolvido logo adiante, não olvida a existência de divergência quanto ao futuro do Estado, assunto que, como dito, o influencia diretamente.

Todavia, partir-se-á do princípio, por convicção, de que o Estado, com a designação que se queira dar a ele nos tempos atuais (Moderno, Nação, Social ou Democrático de Direito), continuará a existir. As tendências que o assolam em tempos de globalização capitalista não têm o condão de pôr fim à figura estatal. Ainda mais porque, não obstante propugnar por uma menor intervenção estatal, sobretudo na seara econômica, é certo que o contexto neoliberal ainda reserva papel importante e determinado ao Estado, geograficamente contextualizado, consubstanciado, conforme José Luís Fiori, na manutenção dos “laços materiais e éticos entre classes e regiões cada vez mais desiguais entre si”.⁴⁴

Mas não só. Preocupações como aquelas com seguridade social, educação, moradia, segurança pública e distribuição de renda, permanecem, na visão da economia de mercado,

⁴³ MAUS, Ingeborg. Do Estado nacional para o Estado global: o declínio da democracia. **Revista Impulso**, p. 116.

⁴⁴ FIORI, José Luís. **Os moedeiros falsos**, p. 250. Destacam, ainda, a participação do Estado na estratégia neoliberal, Eleutério F. S. Prado e Octávio Ianni. Prado, de modo objetivo, crê que “com o neoliberalismo, o Estado torna-se diretamente comprometido com a recuperação e manutenção da taxa de lucro num nível adequado para a continuidade do capitalismo” (PRADO, Eleutério F.S. Pós-grande indústria e neoliberalismo. **Revista de Economia Política**, p. 24) ; enquanto Ianni afirma que “neoliberalismo está transformando os Estados em amortecedores situados entre as forças econômicas externas e a economia nacional; isto é, agências destinadas à adaptação das economias nacionais às exigências da economia global.”(IANNI, Octávio. **Globalização e neoliberalismo. São Paulo em perspectiva**, p. 30)

cabendo ao ente estatal, ainda que reflitam no próprio sistema capitalista, sobretudo no que pertine ao poder de consumo e à qualificação de mão-de-obra.

Basta verificar, especialmente em se tratando de fornecimento de mão-de-obra a custo mais baixo, que os diferentes ordenamentos jurídicos trabalhistas, capitaneados pelos Estados geograficamente delimitados e menos desenvolvidos (por exemplo, China, Brasil e México), continuam a ser chamarizes para as empresas multinacionais, do mesmo modo que representam motivo de pressão para a redução de direitos em outros Estados.

CAPÍTULO II

DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DA FLEXIBILIZAÇÃO

DO DIREITO DO TRABALHO

1. A flexibilização do Direito do Trabalho não é criação neoliberal

A flexibilização dos direitos trabalhistas, no seu sentido de desregulamentação, ou ainda, de transferência da produção normativa para a negociação coletiva, é atualmente bastante defendida como expediente voltado à preservação da sustentabilidade dos empreendedores inseridos numa economia de mercado extremamente competitiva, amplamente difundida pela globalização, o que, em conformidade com o discurso recorrente, representa a manutenção e a criação de postos de empregos. Grosso modo, quanto mais encargos para o empregador, menos empregos.

Eis aí uma das teses mais prestigiadas dentro de um ideário capitalista remodelado na fase pós-Segunda Grande Guerra, o qual, de maneira definitiva, efetivou-se mundialmente, sobretudo nos últimos vinte e cinco anos século XX, e que teve por designação consagrada a expressão *neoliberalismo*.⁴⁵ Comumente a flexibilização do Direito do Traba-

⁴⁵ Eurípedes Alcântara noticia que o primeiro registro oficial da utilização da expressão *neoliberalismo* data de 1944, quando da reunião dos fundadores do capitalismo contemporâneo por ocasião da conhecida *Conferência de Breton Woods*, realizada na cidade americana do estado de New Hampshire e que foi responsável pela criação do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional (FMI). Naquela conferência reuniram-se economistas franceses, ingleses e americanos, tendo um grupo secundário providenciado a produção de um documento que fazia referência ao “frescor da doutrina neoliberal” e pugnava pela adaptação do liberalismo clássico às circunstâncias do Estado social, assim responsabilizando-o pelo controle do funcionamento do mercado. (ALCÂNTARA, Eurípedes. O neoliberalismo já foi de esquerda. in **Revista Veja**, p. 47)

lho é uma dentre tantas outras medidas propaladas pelos neoliberais, todas voltadas à implantação da economia de mercado em sua faceta mais abrangente, o que significa, menos regulada pela atuação estatal.

Contudo, se entendido a fundo o conjunto de fatores que envolvem o discurso neoliberal, é possível constatar que, na realidade, a flexibilização do Direito do Trabalho, tal como apresentada, nada mais significa do que uma “repaginação”—para usar um termo contemporâneo— de um ideário inerente ao embate historicamente próprio da relação de trabalho.

Outrossim, a proposta que se segue é revolver os princípios do discurso neoliberal para, a seguir, desconstruí-lo enquanto pretense agente criador do ideário flexibilizador, como, equivocadamente, muito se propala. A saber.

Como o próprio neologismo evidencia, a palavra neoliberalismo remete a um novo liberalismo, emergido da ofensiva burguesa do século XVIII contra o poder despótico do Estado Absolutista, baseada nas idéias iluministas e na teoria do poder constituinte de Sieyès, dando ênfase à necessidade de minimização da intervenção estatal na vida social.⁴⁶

Sabe-se, contudo, que a aceitação massificada da ideologia neoliberalista é obra de gradativo reconhecimento e aplicação prática, desenrolados no tempo. José Luís Fiori ensina que a ascensão do neoliberalismo não foi linear, tendo obedecido algumas etapas fundamentais, até chegar aos tempos atuais.⁴⁷

⁴⁶ Eleutério F.S. Prado aponta, na história, três patamares na evolução do conceito do liberalismo: “o período de formação do liberalismo clássico vai de meados do século XVIII a meados do século XIX (fisiocracia e economia clássica; Quesnay e Adam Smith são os grandes nomes). O período do liberalismo social vai do final do século XIX até os trinta anos posteriores à Segunda Guerra Mundial (John Stuart Mill e John M. Keynes). A partir de então se tem o período do neoliberalismo (F.A. Hayek e L. Von Mises) — (PRADO, Eleutério F.S. **Ob. Cit.**, p. 96)

⁴⁷ Ver FIORI, José Luís. **Ob. Cit.**, p. 216-218.

A primeira delas corresponde ao período em que germinaram as idéias, no pós-Segunda Guerra Mundial, principalmente por obra do economista Frederich Hayek e seu *Caminho da Servidão*, com a defesa da “sublevação contra a intervenção igualitária do *welfare state*”, tempo em que tal pensamento experimentou certa característica de clandestinidade confrontada com a supremacia do Estado social. Na segunda etapa, a partir dos anos 60, o pensamento neoliberal passa a contar com maior difusão acadêmica e adesão de diversos economistas que viriam ocupar posições de decisão nos países da periferia capitalista, incluindo os da América Latina.

Já a terceira etapa é de especial importância por ter significado o momento em que se aplicaram na prática os conceitos neoliberais, a partir da ascensão ao poder de Margaret Thatcher (Inglaterra, 1979), Ronald Reagan (Estados Unidos, 1980) e Helmut Kohl (Alemanha, 1982). Para Fiori,

Neste momento, e no governo evidentemente, as teorias perderam muito da sua dimensão formalizada acadêmica. Elas foram retraduzidas para o plano prático e se transformaram, primeiro, nas políticas públicas pioneiramente experimentadas pela sra. Thatcher na Inglaterra, organizadas em torno do tripé básico “desregulação”, da “privatização” e da “abertura comercial”. Mas, logo depois, estas mesmas idéias foram consagradas por várias organizações multilaterais que se transformaram, na prática, no núcleo duro de formulação do pensamento e das políticas neoliberais voltadas para o “ajustamento econômico” da periferia capitalista e também, é óbvio, da América Latina.⁴⁸

⁴⁸ **Idem, ibidem**, p. 217. Segundo, ainda, Fiori, reportando-se ao início dos anos 80, “vivia-se naquele momento, uma desaceleração da economia capitalista e o caminho que era apregoado como o do retorno ao crescimento deveria passar implacavelmente, segundo os governantes destes países, por um processo de deflação acelerada, isto é, de diminuição da inflação, de aumento acentuado e incentivado dos lucros e de uma diminuição, para usar um eufemismo, da conflitividade sindical, além de uma diminuição dos déficits públicos governamentais e, sempre que possível, de uma privatização ao máximo das empresas públicas.” (**Idem, ibidem**, p. 218)

Finalmente, a quarta etapa coincide com a derrota do socialismo, representada pela queda do muro de Berlim, tempo em que o neoliberalismo vence os últimos focos de resistência, transformando-se “numa espécie de utopia quase religiosa”⁴⁹, consolidada nas providências sugeridas pelo famoso “Consenso de Washington”⁵⁰ aos países latino-americanos, que, ao final da década de 80, experimentaram colapso do sistema de desenvolvimento baseado na substituição das importações, cujos principais sintomas foram a hiperinflação e o déficit público.⁵¹

São as seguintes as medidas sugeridas pelo Consenso de Washington: a) *disciplina fiscal*, buscando a eliminação do déficit público; b) *reorientação dos gastos públicos*, eliminando subsídios e aumentando os gastos em saúde e educação; c) *reforma tributária*; d) *liberalização financeira*, com taxas de juros positivas e determinadas pelo mercado; e) *taxas unificadas de câmbio*; f) *taxas de câmbio competitivas*, orientadas em direção ao exterior; g) *liberalização do comércio* pela sua desregulamentação; h) *incentivo ao investimento externo direto*, sem restrições; i) *privatização* das empresas públicas; e j) *reforço na garantia do direito de propriedade*.⁵²

⁴⁹ **Idem, ibidem.**

⁵⁰ Narram Giambiagi e Almeida que “o chamado ‘Consenso de Washington’ foi descrito por John Williamson há cerca de 15 anos como conjunto de proposições que, segundo ele, condensariam o que na época as instituições multilaterais sediadas em Washington [especialmente FMI e BIRD] julgavam como um conjunto adequado de políticas para serem adotadas pelos países da América Latina. Estes estavam então à procura de uma agenda que lhes permitisse deixar para trás a ‘década perdida’ dos 80 e retomar o caminho do crescimento econômico. (GIAMBIAGI, Fábio; ALMEIDA, Paulo Roberto de. Rumores exagerados sobre a “morte do Consenso de Washington”. **Revista de economia e relações internacionais**, p. 52.).

⁵¹ **Idem, ibidem**, p. 53

⁵² GIAMBIAGI, Fábio; ALMEIDA, Paulo Roberto de. **Ob. Cit.**, p. 52; PEREIRA, Laércio Barbosa. Considerações sobre a crise do Estado no Brasil: crítica ao “Consenso de Washington”. **Revista Indicadores Econômicos – Fundação de Economia e Estatística — FEE**, p. 129

Em termos de Brasil, Adilson Marques Gennari aponta o político e diplomata brasileiro Roberto de Oliveira Campos, pela obra *Além do Cotidiano*, datada de 1985, como responsável primeiro pelo início de um intenso debate sobre a necessidade de reformas do Estado, impulsionado pelas suas impressões acerca do movimento que vinha se desenvolvendo na Inglaterra de Thatcher e nos Estados Unidos de Reagan.⁵³

A aplicação prática ampla do ideário neoliberalista em território brasileiro teve início por obra do governo de Fernando Collor de Mello, primeiro Presidente da República eleito por voto direto, em 1989, após o longo período da ditadura militar. Collor, ao tomar posse em 1990, lançando mão de uma ousada política de privatizações e liberalização econômica —essa tanto em relação aos fluxos de capitais, como quanto aos fluxos de mercadorias—, “tratou de implementar uma política econômica e uma política externa que seguia de perto as recomendações e diretrizes do chamado consenso de Washington”.⁵⁴

Fernando Henrique Cardoso, por dois mandatos consecutivos de quatro anos cada, a partir de 1995, fez intensificar e consolidar o processo de liberalização e privatização, passando a dar ênfase a uma política de estabilização financeira a curto prazo, aliada à centralidade de uma política econômica externa ancorada no aspecto cambial e também salarial (via desindexação), tornando, segundo Gennari, “toda política governamental refém dos ingressos do capital financeiro internacional”.⁵⁵

Em que pese, em 2002, ter sua ascensão ao poder acontecido a partir de um discurso de ruptura da situação anterior em proveito da prevalência do social, Luiz Inácio Lula da Silva, ao longo de seu mandato, iniciado em 2003, não parece, aos olhos dos analistas, ter

⁵³ GENARRI, Adilson Marques. Globalização, neoliberalismo e abertura econômica no Brasil dos anos 90. *Pesquisa e Debate*, p. 33-34.

⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 34.

⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 38.

concorrido para qualquer alteração das rotinas neoliberais implementadas por seus antecessores. Leda Maria Paulani indica três razões que autorizam afirmar que o governo Lula é neoliberal. São elas⁵⁶: a) a adesão incondicional à transformação do país em plataforma financeira internacional; b) as medidas (tais como a nova Lei de Falências e a privatização do Instituto de Resseguros do Brasil) voltadas à atração de investimentos pela via da melhora “do ambiente de negócios”; e c) intensificação da política social compensatória de renda em relação aos mais pobres (v. programas como o “Bolsa Escola”) ao invés da criação de condições para a inclusão social.⁵⁷

Pelo exposto, é possível entender que o cerne do ideário neoliberal inclina-se essencialmente por um Estado que, de um lado, mantenha suas finanças controladas e sua moeda estabilizada e, de outro, exima-se de intervir no processo econômico-comercial, a não ser, claro, para sustentar a liberdade do mercado.

Entendidas a evolução do pensamento neoliberal e suas propostas, é mister voltar os olhares para o fato de que esse mesmo mercado “livre”, agora mundialmente conectado, pauta-se pela competitividade, o que, por certo, implica a otimização de custos, dentre os quais, o ônus que envolve a mão-de-obra apresenta-se como um dos maiores, senão o maior.

A flexibilização do Direito do Trabalho, a ponto de transferir para a negociação coletiva a regulação do meio laboral, ou mesmo desregulá-lo, aparece como medida legitimadora da liberdade de contratação, significando mais uma das tantas liberdades que permeiam o viés neoliberal. Liberdade essa que permitirá adequar, sobretudo do ponto de vis-

⁵⁶ PAULANI, Leda Maria. O governo Lula é alternativa ao neoliberalismo? **Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política**, p. 92-93.

⁵⁷ Afirma Paulani, com referência à política social compensatória do governo Lula que “não por acaso, o criador e maior defensor da idéia da renda mínima é justamente [o pensador neoliberal] Milton Friedman”. (**Idem, ibidem**, p. 93)

ta do detentor dos meios de produção, os encargos laborais à sua conveniência, contando para tanto com uma demanda de força de trabalho globalmente considerada infinitamente superior aos postos disponíveis para contratação.

Em síntese, como já dito, abre-se caminho para a implantação da seguinte tese: convém a todos que se mantenham os empregos, ainda que às custas da diminuição dos direitos trabalhistas deles decorrentes.

Pois bem. Ocorre que o pensamento segundo o qual para uma maior lucratividade concorre um contexto de menor custo trabalhista —que nada mais é do que fundamento mediato, senão imediato, do fenômeno flexibilizador— jamais poderá ser entendido como orientação originariamente neoliberal.

Na realidade, trata-se de contingência inerente ao próprio sistema produtivo capitalista, desde sua forma mais primitiva e a partir do momento em que o trabalho individual, em data historicamente imprecisa, passou a promover o lucro de outrem, sem, no entanto, dele participar na exata medida de sua contribuição. Isto pode ser constatado na evolução do próprio trabalho, uma vez que os patrões sempre tiveram e terão aos seus auspícios os nunca satisfatórios —sob o seu ponto de vista— custos decorrentes seja do trabalho escravo, seja do trabalho servil (feudalismo), artesanal (corporações de ofício), manufaturado, industrializado ou baseado na prestação de serviços.

A flexibilização representativa da condição para a subsistência dos postos de emprego e também da maior lucratividade de quem emprega, elevada ao caráter máximo de desregulamentação, identifica-se de maneira estreita com a nada recente (1848) profecia de Karl Marx e Friedrich Engels, segundo a qual “tudo que era sólido e estável se desmancha no ar”.⁵⁸

⁵⁸ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto comunista**, p. 43.

De se destacar que Marx e Engels inauguram seu célebre *Manifesto Comunista* afirmando que “a história de todas as sociedades existentes é a história da luta de classes”⁵⁹, e, a seguir, ao longo da primeira parte do escrito, cuidam da posição central do trabalho subordinado na delimitação das classes sociais promotoras do histórico embate, ainda que se atenham a realizar tal missão tratando da “burguesia”.

A relação paradoxal existente entre a necessidade pelos donos dos meios de produção de contar com o trabalho alheio, mas, de outro lado, fazê-lo do modo menos custoso, faz-se presente no pensamento marxista, que o enxerga implícito à relação laboral e intensificado a partir do advento da tecnologia, em prejuízo da condição social do empregado:

O crescente emprego de máquinas e a divisão do trabalho despojaram a atividade do operário de seu caráter autônomo, tirando-lhe todo o atrativo. O operário torna-se um simples apêndice da máquina e dele só se requer o manejo mais simples, mais monótono, mais fácil de aprender. Desse modo, o custo do operário se reduz, quase exclusivamente, aos meios de subsistência que lhe são necessários para viver e perpetuar sua espécie. Ora, o preço do trabalho, como de toda mercadoria, é igual ao seu custo de produção. Portanto, a medida que aumenta o caráter enfadonho do trabalho, decrescem os salários.⁶⁰

O que necessita clareza, destarte, é que o intuito peculiar da flexibilização de deixar às próprias partes envolvidas a regulação da relação do trabalho (ou mesmo reduzir esta regulação), presume a possibilidade dos atores perseguirem, sem as amarras da norma estatal, a melhoria das suas condições, as quais, entretanto, comumente se colocam em campos opostos. Nesse prisma, confia o detentor dos meios de produção na prevalência de sua superioridade econômica em relação aos trabalhadores, ao que, na história, somente se conseguiu opor, com alguma eficiência, a organização sindical lastreada na “consciência de

⁵⁹ **Idem, ibidem**, p. 40.

⁶⁰ **Idem, ibidem**, p. 46.

classe”, de contribuição decisiva para o reconhecimento jurídico internacional dos direitos humanos sociais.⁶¹

A afirmação dos direitos humanos sociais pelos Estados Nacionais, resultado, em grande parte, da exploração desmedida do trabalho —fundamentada na liberdade contratual — e consolidada principalmente ante as chagas deixadas pelas duas grandes guerras mundiais, deu vazão ao que se convencionou designar, como visto, *Welfare State* (Estado do Bem-Estar Social), chamado a agir positivamente no sentido de garantir os direitos sociais, entre eles o trabalhista.

Nesta perspectiva, cumpre visualizar que a flexibilização do Direito do Trabalho com fins de redução de direitos subjetivos nada mais é do que resposta —destaque-se, nada original— do remodelado sistema capitalista de acumulação flexível⁶² às garantias estabelecidas pelo Estado social, como se vê, no Brasil, a partir da extensão e da substância dos

⁶¹ A doutrina consolidou a classificação dos direitos humanos em três gerações, ou, como preferem alguns, dimensões, sendo a primeira delas referente a direitos civis e políticos, chamados “direitos de liberdade”; a segunda referente a direitos culturais, econômicos e sociais, chamados “direitos de igualdade”; e, a terceira referente a direitos transindividuais, chamados “direitos de solidariedade”. Nas palavras de BOBBIO, os direitos humanos de segunda geração, onde se firma o trabalho, foram produto de um processo em que “ocorreu a passagem da consideração do indivíduo humano *uti singulus*, que foi o primeiro sujeito ao qual se atribuíram direitos naturais (ou morais) —em outras palavras, da ‘pessoa’ —, para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto.” (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, p. 83-84).

⁶² A alteração do paradigma capitalista é identificada por David Harvey como produto de uma gradativa degeneração do processo fordista de produção (baseado na produção em massa e na verticalização da organização dos trabalhadores) atrelado ao sistema capitalista de acumulação massificada, tendo por ápice a profunda recessão de 1973, que acabou por desencadear, nas décadas de 70 e 80, “um conturbado período de reestruturação econômica e de reajustamento social e político”. A organização capitalista readequou-se à chamada por Harvey *acumulação flexível*, que se estabelece pelo confronto ao fordismo e “se apóia na flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo”, pilares do sistema japonês conhecido por toyotismo. (HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**, p. 140).

direitos trabalhistas concedidos pela CLT e, sobretudo, pela Constituição Federal, mormente nos inúmeros incisos do seu artigo 7º.

Com efeito, o mergulho na teleologia que permeia o discurso neoliberal de defesa da flexibilização do Direito do Trabalho forçosamente resulta no encontro do permissivo para que o lado que emprega possa impor suas condições de trabalho do modo menos custoso, o que se apresenta sobejamente mais fácil em um contexto de crise da identidade sindical, impulsionada pela crise da própria consciência de classe, decorrentes do sistema produtivo capitalista que proliferou pelo mundo, a partir do último quarto do século XX.

Sobre tal enfraquecimento dos sindicatos em tempos de capitalismo de acumulação flexível, sustenta Ricardo Antunes que os mesmos

distanciam-se freqüentemente do sindicalismo e dos movimentos sociais classistas dos anos 60/70, que propugnavam pelo controle social da produção, aderindo ao acrítico sindicalismo de participação e de negociação, que em geral aceita a ordem do capital e do mercado, só questionando os aspectos fenomênicos desta mesma ordem. Abandonaram as perspectivas que se inseriam em ações mais globais que visavam a emancipação do trabalho, a luta pelo socialismo e pela emancipação do gênero humano, operando uma aceitação também acrítica da social-democratização, ou o que é ainda mais perverso, debatendo no universo da agenda e do ideário neoliberal.⁶³

Constata-se, portanto, que a flexibilização do Direito do Trabalho pela via negocial, com os atuais contornos neoliberais que lhe foram atribuídos, apresenta uma proposta que cria condições para o retorno de situação já vivenciada antes do advento da normatização em massa dos direitos sociais, principalmente pela livre contratação laboral, sem contar os tempos de servidão e escravidão. Reafirme-se que essa situação de liberdade contratual

⁶³ ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**, p. 43.

permite ao empregador, com bem menos dificuldade, tratar de seu interesse na redução de encargos com mão-de-obra diretamente com quem a presta, sem a cogente intervenção estatal e contando com a supremacia econômica que lhe é peculiar.

Sendo assim, o atual discurso flexibilizador de feição neoliberal coaduna-se perfeitamente com as necessidades do sistema capitalista, ainda mais no que tange à sua estrutura hodierna, como observa, em termos genéricos, Fiori:

A grande força propulsora que levou o neoliberalismo ao mundo inteiro, no meu entender, foi a existência daquilo que chamei de um casamento virtuoso, ou, pelo menos, vitorioso, entre estas idéias [neoliberais] e o movimento real do capitalismo na direção de uma desregulação crescente e de uma globalização econômica de natureza basicamente financeira.⁶⁴

Mas, nem por isso, o discurso flexibilizador é criação neoliberal. Em síntese, há que concluir que a flexibilização do Direito do Trabalho pela autonomia coletiva, com viés reducionista, de modo algum deve ser tratada como algo proveniente das idéias neoliberais, consubstanciando, em verdade, orientação inerente ao capitalismo calcado na utilização da mão-de-obra alheia com intuito lucrativo.

2. Flexibilização das práticas produtivas e flexibilização do Direito do Trabalho: distinção e relação de implicação

Ao tratar do que se convencionou chamar “pós-modernidade”, em referência ao período histórico correspondente, mais ou menos, ao último quarto do século vinte e, subse-

⁶⁴ FIORI, José Luís. **Ob. Cit.**, p. 218.

qüente à “modernidade”, David Harvey noticia um tempo de “pluralismo de mundos”, para tanto se lastreando no conceito foucaultiano de *heterotopia*, designativo da “coexistência, num ‘espaço impossível’, de um ‘grande número de mundos possíveis fragmentários’, ou, mais simplesmente, espaços incomensuráveis que são justapostos ou superpostos uns aos outros”.⁶⁵

A pluralidade, assim, aparece como uma tônica das relações que permeiam o mundo, tornando, bem por isso, muito mais difícil a missão daquele que se lança ao entendimento e conceituação de qualquer fenômeno que seja próprio da “condição pós-moderna”.⁶⁶

O vocábulo “flexibilizar”, conforme o dicionário eletrônico Houaiss, guarda o significado unívoco de “tornar(-se) menos rígido”.⁶⁷ Muito embora tal significado apresente-se, como dito, unívoco, sua expressão empírica, dentro das relações de trabalho, não se restringe a tão somente uma seara individualizada. A globalização do capitalismo, enquanto movimento tremendamente inerente à pós-modernidade, traz em si toda a pluralidade possível e a flexibilização do trabalho, manejada à luz dessa onda global, não poderia fugir a esta marcante característica.

Deste modo, a flexibilização do trabalho não comporta apenas um viés. A evolução das práticas trabalhistas tuteladas dentro do ideário capitalista já consolidado revela que a

⁶⁵ HARVEY, David. **Ob. Cit.**, p. 52.

⁶⁶ Aqui, não está a existir qualquer contra-senso com a afirmação do tópico anterior, segundo a qual a flexibilização do Direito do Trabalho não é obra de iniciativa neoliberal. Isso porque, nada impede que a flexibilização, não obstante seja fenômeno antigo, possa ganhar fôlego, como de fato ganhou, ao contemplar com mais voracidade os ideários neoliberais que se sobressaem na era pós-moderna.

⁶⁷ DICIONÁRIO HOUAISS. Disponível em: <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=flexibilizar&x=0&y=0&stype=k>. Acesso em: 27 set. 2006.

busca do “tornar menos rígido” vem atingindo, desde o advento do Estado Social, duas vertentes laborais principais, quais sejam, o sistema produtivo e o Direito do Trabalho.

A delimitação conceitual do tema a cuja análise se propõe o presente estudo demanda a correta separação destas vertentes, de modo a circunscrever os limites daquilo a que se estará referindo o trabalho adiante, até mesmo por questões metodológicas, sem, entretanto, olvidar os demais campos de pesquisa conexos.

Pois bem. O saturamento do modo de acumulação capitalista em massa, cujo processo desenrolou-se ao longo da segunda metade do século XX, conduziu à conclusão generalizada de que é necessário flexibilizar o próprio sistema produtivo capitalista (acumulação flexível), no sentido de “satisfazer as necessidades com frequência muito específicas de cada empresa”.⁶⁸ No mesmo sentido, a importância da ênfase à peculiaridade influenciou tanto o *modus operandi* produtivo, quanto, por conseqüência, o direito de regência destas relações pertinentes à produção, sobretudo as trabalhistas, passando a ser palavra de ordem: tornar menos rígida a prestação do trabalho, as relações que sustentam tal prestação e o direito que as regula.

Portanto, há que se diferenciar a flexibilização das práticas produtivas e a flexibilização do Direito do Trabalho, muito embora seja impossível não reconhecer o entrelaçamento quase que visceral de ambas as situações, podendo-se vislumbrar até mesmo um estado complexo de interação causal recíproca. A flexibilização da prática de produção pressiona pela flexibilização da norma de interesse e esta, quando efetivada, amplia os horizontes daquela, num movimento tipicamente circular-expansivo.

Partindo-se do princípio de que não é o objeto central desta análise a flexibilização das práticas produtivas, mas que com ele interage intimamente, neste momento, a exposi-

⁶⁸ HARVEY, David. **Ob. Cit.**, p. 143.

ção se limitará a brevemente caracterizar as duas principais expressões do conceito relativo às práticas produtivas capitalistas, quais sejam, o fordismo e o toyotismo.

Acerca do modo racionalizado e científico de operação da produção, calcado nas experiências conjugadas dos norte-americanos Henry Ford e Frederick W. Taylor, discorre Antunes:

Iniciamos, reiterando que entendemos o fordismo *fundamentalmente* como a forma pela qual a indústria e o processo do trabalho consolidaram-se ao longo deste século [XX], cujos elementos constitutivos básicos eram dados pela produção em massa, através da linha de montagem e de produtos mais homogêneos; através do controle dos tempos e movimentos pelo cronômetro taylorista e da produção em série fordista; pela existência do trabalho parcelar e pela fragmentação das funções; pela separação entre *elaboração* e *execução* no processo de trabalho; pela existência de unidades fabris concentradas e verticalizadas e pela constituição/consolidação do *operário-massa*, do trabalhador coletivo fabril, entre outras dimensões. Menos do que um modelo de organização societal, que abrangeria igualmente esferas ampliadas da sociedade, compreendemos o fordismo como o processo de trabalho que, junto com o taylorismo, predominou na grande indústria capitalista ao longo deste século [XX].⁶⁹

Antunes narra que “o elemento causal da crise capitalista seria encontrado nos *excessos* do fordismo e da produção em massa, prejudiciais ao trabalho, e supressores de sua dimensão criativa”⁷⁰, levando à adoção de uma alternativa a este tipo produtivo, mais afeita ao novel sistema de acumulação flexível que se implantava, o que acabou por acontecer com as técnicas nipônicas, desenvolvidas a partir da reconstrução do Japão pós-Segunda Guerra Mundial, e consolidadas com êxito pela empresa do setor automotivo Toyota:

⁶⁹ ANTUNES, Ricardo. **Ob. Cit.**, p. 25.

⁷⁰ **Idem, ibidem**, p. 26, com lastro em SABEL. C.; PIORE, M. **The Second Industrial Divide**. Basic Books: Nova Iorque, 1984. *Vide* também explicação da David Harvey, anteriormente referida, acerca dos motivos da passagem do capitalismo de acumulação em massa para o capitalismo de acumulação flexível (nota de rodapé n. 63)

Coriat fala em quatro fases que levaram ao advento do *toyotismo*. *Primeira*: a introdução, na indústria automobilística japonesa, da experiência do ramo têxtil, dada especialmente pela necessidade de o trabalhador operar simultaneamente com várias máquinas. *Segunda*: a necessidade de a empresa responder à crise financeira, aumentando a produção sem aumentar o número de trabalhadores. *Terceira*: a importação das técnicas de gestão dos supermercados dos EUA, que deram origem ao *kanban*. Segundo os termos atribuídos a Toyoda, presidente fundador da Toyota, “o ideal seria produzir somente o necessário e fazê-lo no melhor tempo”, baseando-se no modelo dos supermercados, de reposição dos produtos somente depois da sua venda. Segundo Coriat, o método *kanban* já existia desde 1962, de modo generalizado, nas partes essenciais da Toyota, embora o *toyotismo*, como modelo mais geral, tenha sua origem a partir do pós-guerra. *Quarta fase*: a expansão do método *kanban* para as empresas subcontratadas e fornecedoras. (Coriat, 1992b: 27-30)⁷¹

O cotejo de ambas as concepções (fordismo e toyotismo), entretanto, não resulta em uníssono entre os estudiosos do tema. Há quem entenda que o sistema japonês nada mais é do que a adaptação das estratégias fordistas, levando a uma evolução, impulsionada pela necessidade de remodelação da acumulação capitalista, enquanto outros crêem tratar-se de superação de um modo produtivo pelo outro. Na tentativa de configurar um quadro geral das características exigidas dos empreendedores imersos no contexto capitalista globalizado, segundo os teóricos do assunto, vale a transcrição das conclusões de Maria da Graça Druck:

Assim, resumidamente, o modelo defendido pelos autores seria constituído por uma estratégia industrial em que as pequenas e médias empresas ocupam um papel central na reestruturação. Portanto, estas empresas utilizam uma tecnologia avançada, mas combinada com um trabalho de tipo artesanal que exige uma mão-de-obra qualificada e muito trei-

⁷¹ **Idem, ibidem**, p. 31-32. Fonte da citação: CORIAT, Benjamin. **El taller y el robot: ensayos sobre el fordismo y la producción en masa en la era de la electrónica**. Siglo XXI: México/Espanha, 1992.

nada. No âmbito da organização do trabalho, realizam a integração entre concepção e execução, estabelecendo tarefas multiespecializadas. Ao mesmo tempo, as relações hierárquicas na empresa devem ser mudadas, superando a sua rigidez e transformando-a numa organização mais informal, que aproxime os vários níveis e cargos.

No que se refere à produção, em vez de produtos padronizados e produzidos em grandes quantidades, as empresas devem produzir lote sob encomenda de produtos variados, podendo responder às mudanças de mercado. Quanto à estratégia de competitividade, não deve pautar-se em controlar o mercado e impor a produção padronizada, mas em preparar-se para uma adaptação rápida as inovações e mudanças.⁷²

No Brasil, também se fez sentir mudança nos paradigmas de organização e administração do trabalho, essencialmente em decorrência da premente necessidade de dar resposta eficiente à abertura econômica dos anos 80 e ao conseqüente mergulho na competitividade produtiva nacional e internacional, além da forçosa resposta ao processo inflacionário que corroía as entranhas do país.⁷³ Destarte, no que pertine ao *modus operandi* toyotista, sua implantação em larga escala é identificada também por Maria da Graça Druck em três momentos históricos⁷⁴: a primeira fase, na passagem dos anos 70 para os anos 80, calçada na introdução dos Círculos de Controle de Qualidade (CCQ) como resposta à recessão econômica e ao ressurgimento do sindicalismo; a segunda fase, a partir de meados dos anos 80, após rápida retomada do crescimento econômico, pautada pela maior adoção, sobretudo no ramo automotivo, de novas tecnologias de automação e da aplicação do *just-in-time/kanban* (produção na medida da demanda), dos Programas de Qualidade Total e do Controle Estatístico de Processo; e, a terceira fase, iniciada nos anos 90, década tomada

⁷² DRUCK, Maria da Graça. **Terceirização: (des)fordizando a fábrica**, p. 75.

⁷³ **Idem, ibidem**, p. 118.

⁷⁴ **Idem, ibidem**, p. 102-103.

pela difusão da “cultura da qualidade total” por todos os setores produtivos de bens e serviços, destacando-se o saneamento de custos pela via da racionalização do trabalho.

Como se vê, a partir da evolução acima traçada, a flexibilização, neste contexto, refere-se à alteração dos paradigmas acerca da organização e da gestão das práticas produtivas, tendo influenciado, principalmente, o modo como o trabalho é prestado na prática, correspondendo ao gerenciamento da atividade em si. Flexibilizou-se o labor na medida em que a produção massificada, a partir do trabalho especializado e repetitivo, efetivado ao longo de extensas jornadas, passou a dar lugar à produção de acordo com a demanda (*kanban* e *just-in-time*), para tanto passando a sobressair o trabalhador polivalente e mais criativo, chamado a cumprir seu mister ao tempo da demanda, trazendo, com isso, também maior economia com a sua contraprestação, o quê, numa visão mais ampla, significa a exigência de um prestador mais qualificado, mas pior remunerado, ainda mais em tempos de desemprego estrutural.⁷⁵

Esta flexibilização não se confunde com a flexibilização do *Direito do Trabalho* pois, se lá se está a falar em gestão da mão-de-obra, aqui se trata de tornar menos rigorosa a norma que cuida das relações de trabalho.

Como pautado anteriormente, a intervenção patrocinada pelo Estado de Bem Estar teve como uma de suas principais expressões, senão a principal, a atividade reguladora estatal voltada às relações de trabalho. Para falar de Brasil, nunca, na história, se viu o Direito do Trabalho elevado ao patamar constitucional na extensão em que se apresenta na Constituição Federal de 1988, sem falar no sem número de regulações já existentes na CLT, muito embora de dificultosa implementação prática, como cediço.

⁷⁵ O economista Márcio Pochmann traça as linhas mestras para o entendimento do atual fenômeno do desemprego, em sua obra *O Emprego na Globalização*, a ser retomada mais à frente.

Por certo, repita-se, as concessões normativas voltadas ao arrefecimento da hipossuficiência econômica do trabalhador, inspiradora da legislação laboral, acaba por “engessar” os horizontes patronais no caminho da satisfação das necessidades específicas de cada empresa, até porque a generalidade de que é dotada a lei não permite que sejam contempladas todas as peculiaridades da iniciativa produtiva.

Deixando de lado, neste momento, o grau de eficácia desta situação —sem, com isso, deixar de lhe imprimir a devida importância—, é forçoso admitir que a legislação infraconstitucional, robustecida pelo leque de direitos constitucionalmente assegurados, compõe um quadro jurídico largo, embora não de todo suficiente, em favor do trabalhador, de há tempos motivo de reclamo por parte dos empregadores, que adotam o discurso segundo o qual, em momentos de crise econômica e de alta competitividade, a vantagem jurídica acaba por inviabilizar economicamente o próprio oferecimento de postos de trabalho.

Assim sendo, a flexibilização do direito laboral nasce a partir da necessidade, segundo quem emprega, de tornar menos rígidas as disciplinas legais, de modo que possam ser contempladas as peculiaridades de cada empreendimento, visando à preservação da empregabilidade e, num sentido macro, do desenvolvimento nacional.

No intuito de apresentar um conceito do que vem a ser a flexibilização do Direito do Trabalho, vale lançar mão dos dizeres de Alice Monteiro de Barros:

A flexibilização no campo do trabalho, historicamente, tem sido uma reivindicação empresarial identificável com uma explícita solicitação de menores custos sociais e maior governabilidade do fator trabalho. Para a realização dessa identificação, reclama-se uma flexibilidade normativa, que poderá ser atingida sob o prisma legal, regulamentar e convencional, mas assegurando-se garantias mínimas ao empregado. (...)

O fenômeno da flexibilização é encarado também sob o enfoque da “desregulamentação normativa”, imposta pelo Estado, a qual consiste

em derogar vantagens de cunho trabalhista, substituindo-as por benefícios inferiores.⁷⁶

Ainda no campo do conceito, apresentando uma visão mais pragmática e consoante o embasamento eminentemente econômico da flexibilização normativa, Joaquim Donizeti Crepaldi alega que “no intuito de evitar o desemprego em massa, surge a flexibilização, para atenuar o rigorismo da lei e com a atuação voltada para evitar o desemprego atual, problema mundial.”⁷⁷

Como se vê, conceitualmente, a flexibilização das práticas produtivas, relacionada à organização e gestão da prestação do trabalho em si não pode comportar confusão com a flexibilização do Direito do Trabalho, voltada à quebra do rigorismo legal na ampla concessão de direitos ao trabalhador.

Contudo, é absolutamente luminar que a flexibilização das práticas produtivas reclama uma resposta conforme da norma jurídica tutelar das relações inerentes ao processo produtivo. Muito embora a flexibilização do direito laboral, em seu objetivo nuclear, não seja “bandeira” recente, é fato que a alteração de paradigmas na administração do trabalho acaba por pressionar ainda mais poderosamente o direito, fenômeno também social que é, a refletir ou até mesmo legitimar suas tendências. Há aqui, portanto, uma relação de implicação. Tal constatação fica patente quando se analisa esta outra passagem de Alice Monteiro de Barros, ao classificar a flexibilização atinente à legislação trabalhista:

Dois tipos de **flexibilização** podem ser destacados. A flexibilização **interna**, atinente à ordenação do trabalho na empresa, compreende a mobilidade funcional e geográfica, a modificação substancial das condições de trabalho, do tempo de trabalho, da suspensão do contrato e da

⁷⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**, p. 80-81.

⁷⁷ CREPALDI, Joaquim Donizeti. **O Princípio de Proteção e a flexibilização das normas do Direito do Trabalho**, p. 67.

remuneração. Enquadram-se nessa forma de flexibilização o trabalho em regime de tempo parcial (art. 58-A da CLT), e a suspensão do contrato a que se refere o art. 476-A do mesmo diploma legal. Paralelamente, temos a flexibilização **externa**, que diz respeito ao ingresso do trabalhador na empresa, às modalidades de contratação, de duração do contrato, de dissolução do contrato, como também à descentralização com recurso a formas de gestão de mão-de-obra, subcontratos, empresa de trabalho temporário, etc. Encaixa-se nessa segunda forma a inserção do trabalhador no regime do FGTS, retirando-lhe qualquer possibilidade de adquirir estabilidade no emprego.⁷⁸

Em conclusão a este tópico, é importante frisar, por respeito à metodologia, que quando aqui se trata de flexibilização, estar-se-á, no mais das vezes, a abordar os casos em que o rigorismo da norma sofre arrefecimento no sentido de relativizar direitos concedidos. Cabe tal colocação na medida em que o termo “flexibilização” pode ser tomado também como gênero da alteração do parâmetro legal tanto para reduzir quanto para agregar elementos à condição do trabalhador.

3. A flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil

Tratando-se, agora, mais detidamente da flexibilização do Direito do Trabalho em si, no sentido estabelecido, é possível identificar-se uma verdadeira teoria que tem por mote exatamente este tema. Sobre isso, discorre Dorothee Susanne Rüdiger:

Segundo a teoria da flexibilização, a mudança do ordenamento jurídico trabalhista brasileiro está desenhada na própria Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7, prevê a possibilidade da modificação

⁷⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Ob. Cit.**, p. 81.

de salários e da jornada através da negociação coletiva. A teoria da flexibilização é defendida por Otávio Bueno Magano como contraponto à regra da norma mais favorável, derivada do princípio protetor teorizado por Américo Plá Rodriguez. Nesse debate, é posto em xeque o próprio paradigma do Direito do Trabalho até então geralmente aceito. Existe uma linha direta entre o debate jurídico acerca dos fundamentos do Direito do Trabalho, de sua interpretação e de sua fonte privilegiada e a política da desregulamentação do mercado. Trata-se, em última análise, de *reprivatizar* o mercado *reprivatizando* o direito.⁷⁹

Joaquim Donizeti Crepaldi identifica e nomeia a existência de correntes conforme o posicionamento acerca desta flexibilização. São elas: a corrente *flexibilista*, entendedora de que o Direito do Trabalho passa pelas fases da conquista, da promoção e da adaptação à realidade atual, cabendo às convenções coletivas de trabalho desenvolver cláusulas “*in melius*” e “*in pejus*”, na tentativa de dar atendimento às condições de cada época e de cada setor; a corrente *antiflexibilista*, para a qual a proposta de flexibilização não passa de mero pretexto para a redução dos direitos dos trabalhadores e eliminação de certas conquistas galgadas ao longo de anos, sem a contrapartida de qualquer aperfeiçoamento ou fortalecimento das relações de trabalho; e a corrente *semiflexibilista*, adepta da flexibilização pela autonomia coletiva, evitando-se riscos, por meio de negociações coletivas.⁸⁰

A respeito dos meios de implementação desta proposta, interessante é a manifestação de Nilton da Silva Correia, para quem a flexibilização supressora ou redutora de direi-

⁷⁹ RUDIGÜER, Dorothee Susanne. Teoria da flexibilização do Direito do Trabalho: uma tentativa de contextualização histórica. **Revista Eletrônica Prima Facie**, p. 30-31.

⁸⁰ CREPALDI, Joaquim Donizeti. **Ob. Cit.**, p. 69.

tos, no Brasil, vem sendo realizada por três vias, quais sejam, a legislativa, a judiciária e a via negocial.⁸¹

A flexibilização pela via legislativa vem sendo implementada ao longo das últimas décadas por uma carga “avassaladora e destruidora de direitos”, no mais das vezes apoiada na “falsa notícia de que a CLT é um texto antigo”.⁸² Para citar os exemplos mais patentes, tem-se o FGTS (L. 5.017/66, substituída pela L. 8.036/90), facilitando a dispensa sem justa causa; o contrato temporário (L. 7.019/74) e o contrato provisório (L. 9.601/01), ambos elastecendo as hipóteses de contratação por tempo determinado; a terceirização dos serviços de segurança (L. 7.102/83), entre outros.

Neste ensejo, pede-se licença para se propor, em complemento à referida manifestação, o que deva ser encarado como uma “subespécie” de flexibilização pela via legislativa, a qual se vale da literalidade da letra da lei para exatamente negar a sua aplicação à situação prática. Tal circunstância tem lugar cada vez mais identificável na rotina das atuais relações de trabalho, insertas na realidade do capitalismo de acumulação flexível, em razão da proliferação de meios de prestação de serviços levados a cabo em substituição ao emprego, tal qual rigidamente delineado pelos artigos 2º e 3º da CLT, visando afastar, destarte, a incidência da tutela normativa trabalhista. Esse fenômeno é, nestes termos, interpretado pelo juslaboralista argentino Arturo Bronstein:

Também podemos verificar que, contrariamente, ao que acontecia nos anos 70, nos quais o Direito do Trabalho se expandia cada vez mais

⁸¹ CORREIA, Nilton da Silva. Painel: Flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil. In: Fórum internacional sobre flexibilização no Direito do Trabalho, org. Tribunal Superior do Trabalho, 2003, Brasília. **Flexibilização no Direito do Trabalho**, p. 112-113.

⁸² **Idem**, p. 112. Sobre a CLT, Correia ainda complementa: “a referência à data de aniversário da CLT visa a distrair os incautos e tentar passar a idéia de que as alterações projetadas teriam por finalidade não a supressão, mas a atualização chamada com *glamour* de modernização, que assim traz um discurso mais acessível.” (**Idem, Ibidem**)

em seu campo de aplicação, hoje está, digamos assim, perdendo clientes, ou seja, cada vez mais, um número maior de pessoas em relações objetivas de dependência não tem a condição jurídica de empregado, não estão sob essa condição.⁸³

Já a flexibilização pela via jurisprudencial e pela via negocial, além de guardarem nexos diretos com a via legislativa, acabam, muitas das vezes, entrelaçando-se, mormente quando os tribunais são chamados a se pronunciarem acerca das disposições estabelecidas em acordos coletivos e convenções coletivas, o que remete diretamente ao tema deste estudo. Neste sentido, uma vez mais adverte Nilton da Silva Correia que “essa flexibilização no campo jurisprudencial e no campo legislativo sempre parte do pressuposto do acolhimento e da validação de ajustes coletivos”.⁸⁴

Eis, então, o cerne da questão a ser debatida neste estudo. É uma constatação o fato de os tribunais brasileiros, atualmente, serem chamados com bastante frequência a delimitar o raio de ação das disposições constantes dos diplomas negociais, por força dos acontecimentos sociais impulsionados por um ideário e por uma práxis que elegeram a flexibilização do Direito do Trabalho como uma medida necessária à competitividade e, consequentemente, à sobrevivência dos empregos.

É igualmente fato que, diante da dificuldade de efetivação mais ampla da flexibilização pela via da norma heterônoma, tendo em vista o arcabouço jurídico que abarca a questão, além da difícil conjugação de interesses políticos e econômicos requisitados pelo rígido processo legislativo que vigora no Brasil, a flexibilização a partir da autonomia coletiva desponta como a “bola da vez”. A partir deste quadro, o entendimento jurisprudencial

⁸³ BRONSTEIN, Arturo. Campo de aplicação da relação de trabalho — trabalho dependente em situações ambíguas e relações triangulares. In: Fórum internacional sobre flexibilização no Direito do Trabalho, org. Tribunal Superior do Trabalho, 2003, Brasília. **Flexibilização no Direito do Trabalho**, p. 39.

⁸⁴ CORREIA, Nilton da Silva. **Ob. Cit.**, p.

forçosamente toma contornos de verdadeiro “fiel da balança”, em razão de a ele caber a validação da produção autônoma.

No cumprimento de tal mister, os tribunais obrigatoriamente se vêm, a todo momento, levados a realizar o cotejo da norma negociada com a norma legislada, discussão que diretamente toca os princípios mais fundantes do Direito do Trabalho, principalmente, o Princípio de Proteção ao Trabalhador, e sua expressão mais determinante *in casu*, qual seja, o Princípio da Norma Mais Favorável, a ser abordado, em momento oportuno.

Contudo, para o seu correto entendimento, e mais, para a aplicação prática conforme o espírito do ordenamento trabalhista brasileiro enquanto sistema, os apontados princípios pressupõem, em sua análise, que se tenham sempre à frente as raízes da sua existência, bem como a inspiração que deve sempre conduzir a sua efetivação: a dignidade humana.

CAPÍTULO III

DIREITOS TRABALHISTAS E A DIGNIDADE DA PESSOA DO TRABALHADOR

1. Natureza da dignidade da pessoa humana

Tida por ícone simbólico máximo de um tempo de busca da efetivação prática dos chamados direitos humanos —em sobreposição à mera retórica experimentada em relação ao tema, desde as primeiras declarações emanadas das revoluções liberais americana e francesa do século XVIII— a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948 apoiou-se nas bases políticas da Carta das Nações Unidas — Declaração Universal dos Direitos do Homem (1945)⁸⁵. Não obstante para alguns sua discutível força vinculativa do ponto de vista do direito, é freqüentemente citada como ponto de partida para a abordagem da atual proteção jurídica da dignidade humana.

Isso porque, já na primeira passagem do preâmbulo, este documento histórico assim preceitua: “considerando que o reconhecimento da *dignidade* inerente a todos os Membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liber-

⁸⁵ A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu preâmbulo, remete à Carta das Nações Unidas, a qual, enquanto resultado de uma necessidade de resposta aos horrores, sobretudo homofóbicos, perpetrados na Segunda Guerra Mundial, propugnou, dentre seus *Resolvidos*, “reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na *dignidade* e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas”. (**Direitos humanos: normas e convenções**, p. 17.)

dade, da justiça e da paz no mundo”⁸⁶. Depois, peremptoriamente, decreta, em seu artigo 1º, que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em *dignidade* e em direitos”.⁸⁷

No contexto do continente americano, coube à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de abril do mesmo ano de 1948, inaugurar seu preâmbulo exaltando que “todos os homens nascem livres e iguais *em dignidade* e direitos e, como são dotados pela natureza de razão e consciência, devem proceder fraternalmente uns para com os outros”.⁸⁸

No plano nacional, ao longo do texto da Constituição Federal de 1988, pode-se afe-
rir verdadeira supremacia da dignidade humana, a começar pelo necessário reconheci-
mento de que a Carta Constitucional a trata, mais do que um direito fundamental, como um
fundamento da própria República, a teor do art. 1º, inciso III:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união in-
dissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em
Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I — (...)

II — (...)

III — a dignidade da pessoa humana

IV — (...) ⁸⁹

Bem por isso, muito embora a expressão literal “dignidade humana” não se repita, é
certo que os primados da igualdade (art. 5º, *caput*, entre outros) e da justiça social (art. 170,

⁸⁶ **Idem**, p. 11. (destacado)

⁸⁷ **Idem**, p. 12. (destacado)

⁸⁸ **Idem**, p. 182. (destacado) Já nos “considerandos”, começa-se afirmando “que os povos americanos *dignifi-
caram a pessoa humana* e que suas Constituições nacionais reconhecem que as instituições jurídicas e políti-
cas, que regem a vida em sociedade, têm como finalidade principal a proteção dos direitos essenciais do
homem e a criação de circunstâncias que lhe permitam progredir espiritual e materialmente e alcançar a fel-
cidade”. (**Idem**, p. 181 — destacado)

⁸⁹ Brasil. Constituição Federal de 1988.

entre outros), como não pode deixar de ser, devem ser encarados como significativa manifestação direta da condição humana digna.

Contudo, o vasto arcabouço jurídico contemplativo da dignidade humana não pode, jamais, desvirtuar o seu real sentido, sob pena de se relegar tão essencial condição ao patamar de simples postulado jurídico, quando, na verdade, se trata de muito mais.

Daí, é mister compreender que o reconhecimento da correta natureza da dignidade humana, de modo algum representa minorar o seu caráter jurídico, mas, ao contrário, quer-se, com isso, reforçar sobremaneira a necessidade de concretude das disposições jurídicas afetas. Sobre o tema debruçou-se com extrema competência o magistrado e jurista Ingo Wolfgang Sarlet, em sua obra *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, à qual repetida, mas não exclusivamente, recorrer-se-á a seguir.

O estudo sobre o tema mostra que o significado da expressão “dignidade humana” sofreu variação ao longo da história, tendo, contudo, deitado raízes no pensamento da antiguidade clássica e do ideário cristão. Com relação a esse, as referências acerca do homem digno podem ser encontradas no Antigo e no Novo Testamento, cuja abordagem aponta para um homem dotado de valor próprio intrínseco. Já o pensamento filosófico e político da antiguidade clássica admitia certa quantificação ao reconhecer a existência de pessoas mais ou menos dignas, tendo em vista a posição social ostentada, entendimento dissonante dos estóicos, para quem todos os seres humanos carregam a mesma dignidade, cuja vinculação dá-se à noção de liberdade pessoal do indivíduo.⁹⁰

Em tempos medievais, a convicção cristã e estóica encontrou eco em São Tomás de Aquino que, ao que consta, referiu-se expressamente à “dignitas humana”, fundamentada

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 30.

na imagem e semelhança de Deus, mas, ao mesmo tempo, também na autodeterminação humana, vindo a ser, posteriormente, já na Idade Moderna renascentista, corroborado por Pico della Mirandola, que atribuiu à dignidade humana o caráter de qualidade hábil a propiciar ao ser humano a condução livre de sua existência e de seu destino.⁹¹

Mas é inserta no pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII que emerge a conceituação acerca da dignidade humana —também entendida como um direito natural em si— que até hoje é base para as discussões a respeito do tema. Como diz Sarlet, “é com Kant que, de certo modo, se completa o processo de secularização da dignidade, que, de vez por todas, abandonou suas vestes sacrais”⁹², assim como, ao arremate,

é justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva —nacional e alienígena— ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana.⁹³

Immanuel Kant explica a dignidade humana a partir da situação singular e natural do ser humano como ser racional e, bem por isso, dotado do exercício da autonomia da vontade, explicitado pela possibilidade de se autodeterminar e, também, agir conforme a representação de certas leis.⁹⁴ Kant sustenta que, em sendo racional, o homem é um fim em si mesmo e não simplesmente um instrumento manejável pela vontade alheia. Partindo desta premissa, afirma

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo o preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade(...) Essa apre-

⁹¹ **Idem, ibidem**, p. 31.

⁹² **Idem, ibidem**, p. 32.

⁹³ **Idem, ibidem**, p. 34.

⁹⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**, p. 58 e 68.

ciação dá, pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço, com o qual não pode se pôr confronto nem em cálculo comparativo, sem de um modo ou de outro ferir a sua santidade.⁹⁵

Como se vê, o conceito de dignidade humana, superados os arcaicos entendimentos sobre uma possível quantificação (pessoa mais ou menos digna), consubstancia-se em verdadeiro atributo intrínseco a qualquer um que ostente a condição de ser humano, sem absolutamente nenhuma distinção racial, religiosa ou político-ideológica.

A partir daí é imperioso constatar que a dignidade humana, enquanto atributo do ser racional, em hipótese alguma pode ser considerada como um produto jurídico. Em outras palavras, não é o ordenamento jurídico que confere ao homem o direito de ostentar dignidade. O homem detém dignidade por ser homem. Ademais, valendo-se da idéia kantiana, a dignidade humana não comporta supressão ou mesmo substituição por estar acima de todo preço. Não é dado, assim, ao direito, conceder a dignidade humana, atenuá-la ou suprimí-la.

Tem-se, pois, que todo o ordenamento legal (nacional e internacional) voltado à dignidade humana tem o mister tão somente de reconhecer tal atributo, jurisdicizando-o, como caminho para a sua proteção pela norma jurídica, com a finalidade de desencorajar, afastar ou punir qualquer conduta que cuide de malferí-la. Destarte, na realidade, a ordem jurídica confere ao ser humano o direito a ver preservada a sua dignidade.

Este direito à preservação da condição digna coaduna-se com a classificação da própria dignidade humana como direito do homem, proposta por Robert Alexy, para quem “os direitos do homem distinguem-se de outros direitos pela combinação de cinco marcas.

⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 65-66.

Eles são direitos (1) universais, (2) morais, (3) fundamentais, (4) preferenciais e (5) abstratos”.⁹⁶

São universais, conforme já foi dito, porque cabem a todos os homens, sem distinção, havendo aqui a generalização de titularidade.

Ainda, segundo Alexy, os direitos do homem são também morais, tomada a expressão moral como “conceito contrário para o conceito de direito jurídico-positivo”, o que significa que não é a norma jurídica a fonte desse tipo de direito, embora seja inafastável o tratamento legal-positivado da questão. Detalha o jurista

Direitos jurídico-positivos nascem —como todas as normas do direito positivo— por atos de disposição, por exemplo, por contrato, poder constituinte, lei aprovada ou uma prática judicial ou social e dependem em sua existência —novamente como todas as normas do direito positivo— disto, se eles obtêm e mantêm um mínimo de eficácia ou oportunidade de eficácia social. Direitos morais podem, simultaneamente, ser direitos jurídico-positivos, sua validade, porém, não pressupõe uma positividade. Para a sua validade ou existência de um direito moral basta que a norma que está na sua base, valha moralmente. Uma norma vale moralmente quando ela, perante cada um que aceita uma fundamentação racional, pode ser justificada.⁹⁷

Calcado na característica anterior, os direitos do homem são também preferenciais, na medida em que há uma relação distinta, mas necessária entre direito do homem e direito positivo, devendo este último ocupar-se prioritariamente daquele. Alexy fala em “um direito moral ao direito positivo”, alegando que “se existe um direito moral, portanto funda-

⁹⁶ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, democracia e jurisdição constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, p. 58.

⁹⁷ **Idem**, *ibidem* p. 60.

mentável perante cada um, por exemplo, à vida, então também deve existir um direito, fundamentável perante cada um, à concretização daquele direito”.⁹⁸

Os direitos dos homens, justificando seu caráter preferencial, são igualmente fundamentais porque objetivam a satisfação de interesse ou carência humana fundamental, entendida essa a partir de “quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte ou o sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia”.⁹⁹ Por fim, são abstratos, por terem sua aplicação limitada a outros direitos da mesma espécie, ou direitos coletivos, vinculando sua aplicação efetiva ao juízo de ponderação, a ser tratado adiante. Desse modo, cabe principalmente ao Estado a concretização dos direitos do homem, abstratos que são.¹⁰⁰

Há que se entender, assim, a relação existente entre a dignidade humana e o direito. Aqui, é de todo pertinente mais essa conclusão de Sarlet no sentido de que “a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este a reconhece, já que constitui dado prévio”¹⁰¹, tendo o mesmo autor dado contornos definitivos à questão, nestes termos:

Assim, quando se fala —no nosso sentir equivocadamente— em direito à dignidade, se está em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa.¹⁰²

⁹⁸ **Idem, ibidem**, p. 60-61.

⁹⁹ **Idem, ibidem**, p. 61.

¹⁰⁰ **Idem, ibidem**, p. 62.

¹⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Ob. Cit.**, p. 42.

¹⁰² **Idem, ibidem**, p. 70.

Partindo-se desta premissa de destaque do conceito de dignidade humana do direito, mas, ao mesmo tempo, reconhecendo, em se pensando no direito ao direito positivo, a forçosa relação que os une, cumpre etapa, agora, apreciar a dignidade humana cuidada pelo direito.

2. A dignidade da pessoa humana é um princípio de direito?

Para responder a indagação posta no título deste tópico, é necessária a noção conceitual acerca dos princípios jurídicos, normalmente levada a cabo a partir da comparação com as normas jurídicas positivadas em contratos, sentenças, leis, códigos ou constituições, por serem estas as expressões mais reconhecidas da atuação legiferante, nas suas modalidades prescritiva e de aplicação prática.

Talvez jamais na história da humanidade tenha havido um tempo, como o recente, em que esteja tão evidente a velha máxima de que é impossível ao direito prever todas as situações relevantes da convivência social, o que leva o órgão judicial, responsável pela concretização da clássica operação “subsunção fato-norma”¹⁰³, a cada vez mais recorrer aos também clássicos instrumentos de integração do direito, como a analogia, os costumes, os princípios gerais do direito, a equidade e até mesmo a própria jurisprudência.¹⁰⁴

Tal situação, corroborada pela inspiração constitucional solidarista típica da emergência do Estado de Bem Estar, faz com que cada vez mais os princípios jurídicos sejam

¹⁰³ Verificação pela autoridade judiciária da incidência da norma prevista em abstrato em caso concreto levado à apreciação judicial.

¹⁰⁴ Prática, aliás, prevista pelo próprio ordenamento jurídico, a saber o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil ou o art. 8º da CLT.

instados a fundamentar a solução de casos concretos, tendo por efeito colateral o crescente interesse pelo seu estudo conceitual, bem como o esforço na sua diferenciação em relação ao que a doutrina vem convencionando chamar de “regras”.

Segue-se, pois, que os caminhos da explicação da distinção entre princípios e regras cada vez mais apontam para um lugar comum, qual seja, os limites de aplicação das disciplinas contidas em cada uma dessas duas espécies normativas.¹⁰⁵ Seguindo esta consonância estão dois dos juristas mais citados acerca do tema: Ronald Dworkin e Robert Alexy, esse último já referido neste estudo.

Em sua já célebre obra *Levando os Direitos a Sério (Taking rights seriously)*, Dworkin realiza tal diferenciação, iniciando pela identificação das regras:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.¹⁰⁶

Logo após, o autor faz a contraposição com os princípios, nestes termos:

¹⁰⁵ Aqui, parte-se da premissa já pacificada de que os princípios, assim como as regras, gozam da cogência própria das normas jurídicas, no sentido de obrigatoriedade de sua observação nos casos que demandem a sua incidência.

¹⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 39. Concorde é o pensamento de Alexy, que sustenta: “regras são normas que, sempre, ou só podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale, é ordenado fazer exatamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, com isso, determinações no quadro do fática e juridicamente possível”. (ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático*. **Revista de Direito Administrativo**, p. 75)

Um princípio como “Nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos”, não pretende [nem mesmo] estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita de uma decisão particular.”¹⁰⁷

O cerne da proposta de Dworkin considera tanto regras quanto princípios normas voltadas à incidência no mundo fático e, neste momento, diferenciam-se, uma vez que a colidência de regras, na sua aplicação ao mesmo caso concreto, resolve-se pela realização de uma delas em prejuízo da outra, num sistema de validade *versus* não-validade; já em relação aos princípios, tal colidência soluciona-se de modo diverso, pois a aplicação de um princípio em detrimento de outro, em uma determinada situação, não autoriza a conclusão de que há uma supremacia ou de que aquele sempre prevalecerá sobre esse. Em verdade, essa contraposição é inerente à dinâmica dos princípios, o que já não acontece em relação às regras.

O referido confronto entre princípios é comumente invocado quando da ocorrência do fenômeno conhecido por “colisão de direitos fundamentais”. Na medida em que os chamados direitos fundamentais são normalmente expressões positivadas com lastro em determinados princípios, do confronto entre eles acaba por emergir uma necessária ponderação entre os princípios que os fundam, a cargo de quem deve proferir a decisão, no caso concreto.

Alexy, desenvolvendo o que classificou como uma verdadeira *Teoria dos Princípios*, afirma que “os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas”¹⁰⁸,

¹⁰⁷ **Idem, ibidem** p. 41.

¹⁰⁸ **Idem, ibidem.**

complementando seu pensamento com a seguinte abordagem acerca da questão da colisão e da ponderação:

Princípios são, portanto, *mandamentos de otimização*. Como tais, eles podem ser preenchidos em graus distintos. A medida ordenada do cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, senão também das jurídicas. Estas são determinadas, ao lado, por regras, essencialmente por princípios opostos. As colisões de direitos fundamentais supra delineadas devem, segundo a teoria dos princípios, ser qualificadas de colisões de princípios. O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, como princípios deve chegar a ponderações. A discussão sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, uma discussão sobre ponderação.¹⁰⁹

Fazendo o contraponto com as regras, o autor argumenta que “elas são, portanto, *mandamentos definitivos*. A forma de aplicação das regras não é a ponderação, senão a subsunção”.¹¹⁰

Percebe-se, assim, a partir das características peculiares a cada um dos dois tipos de normas jurídicas referidos, que absolutas são apenas as regras, jamais os princípios.

Pontuadas as necessárias distinções, cumpre encontrar o lugar da dignidade humana dentro desta estrutura normativa. Tal lugar não parece ser um só.

O tópico anterior deixou claro que a dignidade humana, por ser atributo inerente ao ser humano, não nasce do direito, mas com ele mantém estreito e necessário laço, passando, quando tomada em norma, a assumir verdadeira feição jurídica.

Uma vez mais tomado o art. 1º, III da Constituição Federal, que guindou a dignidade humana ao posto de fundamento da República, é de se constatar que, no plano normati-

¹⁰⁹ **Idem, ibidem.**

¹¹⁰ **Idem, ibidem.**

vo, a dignidade humana recebe tratamento de alto escalão, assumindo *status* de princípio orientador de todo o ordenamento jurídico e, bem por isso, também das regras, inclusive as constitucionais.¹¹¹ Cotejando as duas espécies normativas à luz da dignidade humana, Sarlet, valendo-se de Alexy, reconhece em ambas a expressão de tal dignidade, sustentando, contudo, o modo já aqui visitado de como o fenômeno ocorre:

Ainda no que diz respeito à dupla estrutura (princípio e regra) da dignidade, verifica-se que, para Alexy, o conteúdo da regra da dignidade da pessoa decorre apenas a partir do processo de ponderação que se opera no nível do princípio da dignidade, quando cotejado com outros princípios, de tal sorte que absoluta é a regra (à qual, nesta dimensão, se poderá aplicar a lógica do “tudo ou nada”), mas jamais o princípio.¹¹²

Sendo assim, o tratamento normativo da dignidade humana traz a lume a sua identificação como um princípio constitucional fundante da República Federativa do Brasil, inspirador da aplicação das regras sempre que o juízo de ponderação aponte para a sua obser-

¹¹¹ Sobre isso, informa Sarlet que “a positivação na condição de princípio jurídico-constitucional fundamental é, por sua vez, a que melhor afina com a tradição dominante no pensamento jurídico-constitucional luso-brasileiro e espanhol, apenas para mencionar os modelos mais recentes e que têm exercido —ao lado do paradigma germânico— significativa influência sobre a nossa própria ordem jurídica.(SARLET, Ingo Wolfgang. **Ob. Cit.**, p. 67)

¹¹² **Idem, ibidem**, p. 72.

vação no caso analisado.¹¹³ Fala-se, assim, em “norma-princípio”¹¹⁴, à qual a ordem constitucional conferiu “*status* multifuncional”.¹¹⁵

3. Princípio da dignidade humana, Direito do Trabalho e flexibilização

Seguindo a linha argumentativa desenvolvida até aqui, seria simples afirmar que o princípio da dignidade humana, por permear todas as regras do ordenamento jurídico, inspira, também, o regramento trabalhista. Todavia, tal caminho seria por demais simplista e não teria o condão de explicitar a vinculação visceral existente entre os dois institutos que, como se verá adiante, deve nortear todas as decisões em matéria de relações de trabalho. A começar por causa da ligação entre dignidade e trabalho. Note-se que ainda não se está a falar do plano jurídico. O que já se disse acerca da dignidade aplica-se igualmente ao trabalho. A dignidade, como atributo do ser humano, e o trabalho, enquanto atividade humana, são anteriores ao direito —ao menos ao direito sistematizado, em se admitindo a ordem jusnatural. Ambos não deitam raízes no direito, embora necessitem de sua tutela para se

¹¹³ Aqui, não deve haver surpresa. Isso porque, na esteira dos esclarecimentos de Sarlet e, em coerência com a teoria dos princípios neste estudo adotada, não há que se falar em princípios absolutos, como se pode fazer crer, à primeira vista, no caso da dignidade, na medida em que todos se submetem ao juízo de ponderação, pois se trata de circunstância ínsita à condição de princípio. Deste modo, reconhece-se que, razoavelmente, sempre deverá prevalecer o Princípio da Dignidade. Mas, do mesmo modo, há que se concordar que nada impede que, casuisticamente, o direito à preservação da dignidade possa ser confrontado com o direito à vida, o que ocorre, por exemplo, em relação à eutanásia. (**Idem, ibidem**, p. 73-74)

¹¹⁴ **Idem, ibidem**, p. 74.

¹¹⁵ “A Constituição brasileira, como visto, incorporou o princípio da dignidade humana em seu núcleo, e o fez de maneira absolutamente atual. Conferiu-lhe *status* multifuncional, mas combinando unitariamente todas as suas funções: *fundamento, princípio e objetivo*.” (DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista LTr**, p. 663)

verem preservados. Neste particular, a respeito da centralidade do trabalho na vida humana, esclarece Antunes:

A história da realização do ser social, muitos já o disseram, objetiva-se através da produção e reprodução da sua existência, ato social que se efetiva pelo trabalho. Este, por sua vez, desenvolve-se pelos laços de cooperação social existentes no processo de produção material. Em outras palavras, o ato de produção e reprodução da vida humana realiza-se pelo trabalho. É a partir do trabalho, em sua cotidianidade, que o homem torna-se ser social, distinguindo-se de todas as formas não humanas.¹¹⁶

Consoante esta perspectiva, o trabalho se apresenta como condição essencial à vida humana, adstrita à interação dos homens com a natureza na busca de uma sobrevivência sustentável e de melhor qualidade.¹¹⁷ Pois bem, em sendo o trabalho condição essencial à vida, não pode haver dúvida de que a dignidade do ser humano expressa-se com máxima intensidade no exercício do labor, isto é, a preservação da dignidade humana passa pelo trabalho digno, objetivo a ser buscado também na seara jurídica.

A essencialidade da dignidade e do trabalho, deste modo, conduz, inevitavelmente, a uma análise jurídica sob o enfoque dos direitos fundamentais.

Segundo Maurício Godinho Delgado, “direitos fundamentais são prerrogativas ou vantagens jurídicas estruturantes da existência, afirmação e projeção da pessoa humana e de sua vida em sociedade”.¹¹⁸

¹¹⁶ ANTUNES, Ricardo. **Ob. Cit.**, p. 123.

¹¹⁷ Para MARX “à vida é necessária a alimentação, a bebida, a habitação, o vestuário e mais algumas outras coisas. O primeiro fato histórico é pois a produção dos meios de satisfazer essas necessidades, a produção da própria vida material e há verdadeiramente nisto um fato histórico, uma condição fundamental de toda a história, a qual, ainda hoje, tal como há milhares de anos, tem que ser assegurada dia a dia, hora a hora, simplesmente para que os homens possam continuar a viver...”. (MARX, Karl. História e Dialética in **Textos de Filosofia Geral e de Filosofia de Direito**, org. Aloyisio Ferraz Pereira, p. 192)

¹¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Ob. Cit.**, p. 657.

Sabe-se que os direitos fundamentais remetem a conceito temporal recente, tendo, num primeiro momento, contemplado apenas liberdades essencialmente individuais (de reunião, manifestação, locomoção, escolha da atividade profissional, entre outras), a serem opostas contra o abuso do poder estatal.¹¹⁹ Mas é fato que os direitos fundamentais apenas experimentaram substancial destaque quando incorporados em seu horizonte de proteção os interesses de natureza sócio-econômica, dando azo aos conhecidos *direitos fundamentais sociais*, cujo processo de consolidação, não por acaso, se confundiu com o advento do Direito do Trabalho, a partir da segunda metade do século XIX.¹²⁰

Bernd Schulte classifica, exemplificativamente, os direitos fundamentais sociais em: (1) direito à educação, voltado ao desenvolvimento cultural e profissional; (2) *direito ao trabalho e direitos conexos*; (3) direito à segurança social; (4) direito a um padrão adequado de vida, incluindo alimentação, roupa e habitação suficientes; e (5) direito a um meio ambiente saudável.¹²¹

A Constituição Federal de 1988 é documento típico de um Estado de Bem Estar, que ostenta ampla proteção aos direitos sociais, observado o reconhecimento pelo Poder Constituinte originário da sua condição de direito fundamental, a teor dos arts. 6º e 7º¹²²,

¹¹⁹ **Idem, ibidem.** Godinho narra que a “primeira manifestação relevante [dos direitos fundamentais] verificou-se nas revoluções políticas de fins do século XVIII (Estados Unidos da América: 1776; França: 1789) que, pioneiramente, incorporaram as idéias dos filósofos e políticos iluministas precedentes ou seus contemporâneos (Voltaire, Montesquieu, Rousseau, Diderot, Benjamin Franklin, por exemplo)”.

¹²⁰ **Idem, ibidem.**

¹²¹ SCHULTE, Bernd. Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**, p. 303.

¹²² CF, art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, *o trabalho*, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Brasil. Constituição Federal de 1988) — (destacado)

os quais integram o título II da Magna Carta, designado “Dos direitos e garantias fundamentais”. Tal posição acaba por revelar, bem assim, certos princípios jurídicos que tocam de perto o Direito do Trabalho.

Isso é visível a começar pelo *Princípio da Valorização Social do Trabalho*, repetido em vários momentos da Carta Constitucional, inclusive, assim como a dignidade humana, no art. 1º, IV. Este princípio, à luz do exposto texto constitucional, norteia também a ordem econômica (art. 170, *caput*)¹²³ e a própria ordem social (art. 193)¹²⁴, nesse último caso ao elegê-lo como sua disposição geral e, por isso, reflexiva em todas as suas facetas, como seguridade social (art. 194), educação e cultura (arts. 205 e 215), ciência e tecnologia (art. 218), comunicação social (art. 220), meio ambiente (art. 225) e família, criança, adolescente e idoso (art. 226 e seguintes).

Igualmente sobressalta, nesta perspectiva, o *Princípio da Justiça Social*, patente a partir do art. 3º, I e III¹²⁵, guindando a justiça social a objetivo fundamental da República. Do mesmo modo que o Princípio da Valorização Social do Trabalho, o Princípio da Justiça Social inspira a ordem econômica e a ordem social (arts. 170 e 193).

Fundamental, bem assim, é o *Princípio da Função Social da Propriedade*, brindado pelo art. 5º, XXIII, estrategicamente subseqüente ao inciso XXII, que assegura o direito à

CF, art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:(...) — (Brasil. Constituição Federal de 1988)

¹²³ CF, art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...) — (Brasil. Constituição Federal de 1988)

¹²⁴ CF, art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. (Brasil. Constituição Federal de 1988)

¹²⁵ CF, art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I — construir uma sociedade livre, justa e solidária; II — (...); III — erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV — (...) — (Brasil. Constituição Federal de 1988)

propriedade, apresentando-se, também, como princípio a ser observado pela ordem econômica (art. 170, III)¹²⁶. A importância para o Direito do Trabalho deste princípio é incommensurável, na medida em que muitos permissivos legais à conduta do empregador são lastreados no seu direito de propriedade dos meios de produção, como, por exemplo, para citar apenas dois, o *jus variandi* e o poder diretivo.

Por todo o viés protetivo da condição social consagrada expressamente pela Constituição brasileira é que se pode falar, como faz, recorrentemente, a doutrina atual, em “solidarismo constitucional”, hábil a permitir a identificação da existência dos direitos sociais fundamentais e por conseguinte dos direitos fundamentais do trabalho¹²⁷, uma vez não haver dúvidas de que o Direito do Trabalho é um direito tipicamente social.

A partir desta constatação, a relação do Direito Laboral com o Princípio da Dignidade Humana escancara-se, pois outra não pode ser a conclusão, confirmada por Sarlet:

os direitos fundamentais constituem —ainda que com intensidade variável— explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo, ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa.¹²⁸

Como dito, dignidade e trabalho são elementos essenciais da vida humana anteriores ao direito, sendo forçoso concluir que pelo trabalho também se reconhece e preserva a dignidade humana, algo que deve-se ver refletido igualmente no direito, já que o Princípio da Dignidade Humana deve inspirar todas as decisões acerca da aplicação dos direitos fundamentais do trabalho, exceto em situações excepcionalíssimas em que se deva, por força do juízo de ponderação, dar prevalência, por exemplo, à vida.

¹²⁶ CF. art. 170. (...): III — função social da propriedade. (Brasil. Constituição Federal de 1988)

¹²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Ob. Cit.**, p. 663.

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Ob. Cit.**, p. 84.

Cumpra notar que esta expressão “direitos fundamentais do trabalho”, tal como aqui utilizada, deve abranger todos os direitos laborais contemplados em sede constitucional e também no plano infraconstitucional, pois, do contrário, predominaria visão arcaica e simplista do ordenamento jurídico trabalhista. Sarlet faz uso de dois exemplos, os direitos da personalidade e o direito aos alimentos, ambos previstos em norma infraconstitucional cível, mas não sem salientar: “verifica-se que, em verdade, não estamos em face dos direitos fundados diretamente na lei, mas sim diante de direitos de fundamento constitucional (pelo menos implícito) regulamentados pelo legislador.”¹²⁹ Inexistem motivos para a não incidência do mesmo raciocínio em relação ao Direito do Trabalho infraconstitucional, que, por isso, igualmente integra a universalidade dos direitos fundamentais do trabalho.

Eis aqui, então, um panorama acerca da interação estrita e substancial existente entre dignidade humana e trabalho, nos seus planos fático e jurídico, envidado exatamente no intuito de delinear o critério que deve (ou deveria) nortear os operadores juslaboralistas, sobretudo, em tempos de agora, quando se tratar do tema flexibilização. Afinal, “sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.”¹³⁰

Se flexibilizar o Direito do Trabalho significa torná-lo menos rígido ou até desregulamentá-lo, a discussão de seus limites, obrigatoriamente, tem de passar também pela abordagem da temática do “mínimo existencial”, representante da idéia de direitos e prestações mínimas a que todo o ser humano deve ter acesso de modo a garantir-lhe uma vida

¹²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Ob. Cit.**, p. 107.

¹³⁰ **Idem, ibidem**, p. 65.

digna, respeitado o “duplo aspecto”: (1) negativo, contra a supressão dos direitos e prestações e, (2) positivo, pela entrega estatal das prestações materiais.¹³¹

Ocorre que a inclusão dos direitos sociais no rol de mínimo existencial ainda é sobremaneira controversa, principalmente por sofrer problemas quanto a questões de interpretação¹³² e, por conseqüência, alcance, como adverte Ricardo Lobo Torres:

Encontra o mínimo existencial sua legitimidade nos próprios princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, que aparecem enumerados no artigo 1º da CF: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o trabalho e a livre iniciativa e o pluralismo jurídico.

Mas, por seu turno, cada qual desses fundamentos se abre para um leque de possibilidades hermenêuticas, o que torna cada vez mais intrincada a problemática da metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial.¹³³

Em suma, o trabalho digno enquanto afirmação da dignidade humana traz a reboque a discussão de natureza extremamente subjetiva do que seja exatamente uma situação de trabalho digno, algo que ainda se encontra longe de qualquer consenso. Imerso neste turbilhão de dúvidas, o debate a respeito da flexibilização do Direito do Trabalho toca diretamente a questão do trabalho digno e sua delimitação.

A partir deste quadro, o que parece emergir é a constatação de que se vive, na história do Direito do Trabalho, um momento de importância ímpar, imediatamente antecedente a uma necessária opção jurídico-política. Quando, atualmente, doutrinadores, legisladores e julgadores deparam com a flexibilização do direito laboral e sobre ela posicionam-se,

¹³¹ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**, p. 2.

¹³² Além, é claro, de envolver interesses econômicos tanto estatais quanto da livre iniciativa, na medida em que o mínimo existencial exige também prestação positiva na direção de sua implementação coletiva.

¹³³ **Idem, ibidem**, p. 11.

estão, em verdade, sendo levados a sopesar se ter dignidade é, simplesmente, ter trabalho, seja em que condições isso ocorra.

Todavia, a discussão acerca da menor rigidez da normatização trabalhista, ainda que pela via negocial, acaba por olvidar a existência de um ordenamento jurídico, sustentado num solidarismo constitucional a favor da dignidade humana e que permeia o direito fundamental do trabalho —inclusive o direito coletivo laboral— dado esse, que pela própria tradição do direito pátrio, não pode, simplesmente, ser deixado de lado.

CAPÍTULO IV

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS A TEOR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1. Limites materiais à subtração dos direitos trabalhistas constitucionais

Como visto, o termo flexibilização essencialmente opõe-se ao conceito de rigidez. Flexibilizar consiste exatamente em “tornar menos rígido”. A simplicidade desta constatação é hábil, contudo, a justificar o fato de que falar em flexibilização do Direito do Trabalho significa tocar diretamente a questão da rigidez legal, problema que ganha acentuados contornos quando, em se tratando de Brasil, o direito está tradicionalmente assentado em bases positivistas, o que obriga à abordagem do aspecto constitucional, ainda mais por se estar submetido a uma Carta fulcrada no solidarismo. Por isso, relembre-se:

Nossa Constituição é rígida. Em conseqüência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.¹³⁴

Com estas palavras, José Afonso da Silva traduz verdadeira tradição jurídica inerente às ordens legais baseadas em constituições escritas e, sobretudo, rígidas, as quais, bem por isso, fundamentam e, ao mesmo tempo, limitam as expressões legiferantes dela

¹³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 49-50.

decorrentes, aqui devendo cerrar fileira com os governos federal, estadual, municipal e distrital também a autonomia coletiva legislativa, no âmbito do Direito do Trabalho.

Trata-se, na verdade, como salientado, de expressão da arraigada cultura positivista da norma jurídica, cujo alicerce maior é a reconhecida construção de Hans Kelsen, acerca do que batizou como “estrutura escalonada da ordem jurídica”¹³⁵, a qual se funda naquilo que identificou como “norma fundamental”.¹³⁶

Dispensa maiores ilações a conhecida pirâmide de Kelsen, figura utilizada pelo pensador para reproduzir a hierarquia existente entre os diversos tipos normativos, tendo a Constituição como “o escalão do direito positivo mais elevado”.¹³⁷

Interessante, contudo, é notar que o pensamento kelseniano, conquanto possa induzir a tanto, não propõe que os diversos tipos legais, embora fundados quanto à validade em norma superior, devam ser entendidos e aplicados em completa separação —do que se extrai que, além de sua validade estar adstrita à norma superior, sua aplicação também deve ocorrer conforme aquela. Sendo assim, a Constituição, estando no vértice da “pirâmide”, deve inspirar a interpretação e a aplicação dos conteúdos normativos inferiores. Tanto é assim, que o próprio Norberto Bobbio corrobora o escalonamento, dele partindo para explicar o ordenamento jurídico complexo, e não apenas a norma jurídica isoladamente reconhecida:

¹³⁵ KELSEN, Hans. **Ob. Cit.**, p. 246 e seguintes.

¹³⁶ Segundo Kelsen, a norma fundamental é a última e mais elevada norma, tendo, por isso, de ser pressuposta, já que não pode ser posta por qualquer autoridade, haja vista que tal autoridade tem sempre de se fundar em norma ainda superior. Sobre o tema, explica: “a norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa. (**Idem, ibidem**, p. 217)

¹³⁷ **Idem, ibidem**, p. 247.

A complexidade do ordenamento, sobre a qual chamamos a atenção agora, não exclui a sua *unidade*. (...) Aceitamos aqui a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Kelsen. Essa teoria serve para dar uma explicação da unidade de um ordenamento jurídico complexo.¹³⁸

Pois bem, ocorre que a Constituição é, por essência, eivada de opções políticas e, com o advento do Estado Social, repleta de estipulações programáticas e dirigentes, ditadas pelo Poder Constituinte Originário¹³⁹, sobre o qual cabem breves considerações, pertinentes ao tema da flexibilização, o que se verá adiante.

Explica o constitucionalista Alexandre de Moraes que o Poder Constituinte classifica-se em Originário e Derivado¹⁴⁰. O Poder Constituinte Originário —que “estabelece a Constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade”¹⁴¹—, é inicial, autônomo, incondicionado e ilimitado e, no caso brasileiro da Carta de 1988, exercitado pela Assembléia Nacional Constituinte, produto da deliberação da representação popular, efetiva titular do referido poder. Já o Poder Constituinte Derivado —que “está inserido na própria Constituição, pois decorre de uma regra jurídica de autenticidade constitucional”¹⁴²— é subordinado e condicionado, submetendo-se ao controle de constitucionalidade frente às limitações constitucionais “implícitas e explícitas”¹⁴³, subdividindo-se em Poder Constituinte Derivado Reformador (voltado à

¹³⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 48-99.

¹³⁹ Como visto, produto de idealização do abade Emmanuel Joseph Sieyès, ícone da Revolução Francesa do século XVIII, a teoria do Poder Constituinte, adotada até hoje, evidencia que a nação é o seu verdadeiro titular, por sua idéia estar ligada à questão da soberania. Disse Sieyès: “somente a nação pode querer e, conseqüentemente, criar leis para si mesma” (Sieyès, Emmanuel Joseph. **Ob. Cit.**, p. 41).

¹⁴⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, p. 52-55.

¹⁴¹ **Idem, ibidem**, p. 53.

¹⁴² **Idem, ibidem**, p. 54.

¹⁴³ **Idem, ibidem**.

reforma do texto constitucional) e em Poder Constituinte Derivado Decorrente (possibilidade de auto-organização dos Estados-Membros da federação).¹⁴⁴

Este sistema jurídico baseado no que se convencionou chamar de *Princípio da Supremacia da Constituição*¹⁴⁵, vigente no Brasil e lastreado no escalonamento das normas e nas determinações do Poder Constituinte Originário constantes da Carta Magna, destaca, sobretudo, o aspecto inicialmente abordado neste capítulo, qual seja, a rigidez da Constituição Federal de 1988.

A doutrina constitucional, já de há tempos, consolida um sistema de classificação das constituições de acordo com diversos critérios. Tomado o critério da estabilidade¹⁴⁶ ou alterabilidade¹⁴⁷ do texto constitucional, as Cartas podem ser rígidas, flexíveis ou semi-rígidas. *Rígidas* são aquelas constituições que, para a sua modificação textual, exigem processos legislativos mais árduos e solenes, mormente em relação à legislação infraconstitucional; já as *flexíveis* não demandam tal processo diferenciado, tendo sua alteração admitida por processo legislativo igual àquele estabelecido para as normas de escalão inferior; e, por fim, *semi-rígidas* são as constituições em que, para algumas matérias, é requisitado um processo legislativo mais dificultoso e, para outras, não.

A teor do art. 60, seus incisos e parágrafos, a aprovação de Emenda Constitucional, que é mecanismo de alteração do texto constitucional pelo exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador, submete-se a processo bem mais dificultoso em relação às leis in-

¹⁴⁴ **Idem, ibidem**, p. 55. Fala-se, também, no Poder Constituinte Derivado Revisor, responsável por uma revisão geral do texto constitucional, tendo sido, de modo até grosseiro, já exercido e esgotado, em 1994, quando da aprovação de somente seis Emendas Constitucionais de Revisão.

¹⁴⁵ SILVA, José Afonso da. **Ob. Cit.**, p. 49.

¹⁴⁶ MORAES, Alexandre de. **Ob. Cit.**, p. 37.

¹⁴⁷ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, p. 47-48.

fraconstitucionais¹⁴⁸. É que deve ser observado o que se convencionou chamar de “limitações formais ou procedimentais”¹⁴⁹ ao poder de emenda, principalmente por causa do rol restritivo de detentores de direito de iniciativa (art. 60, I a III), assim como por causa do quorum de aprovação (art. 60, § 2º)¹⁵⁰, o que permite, destarte, a conclusão de que a Constituição Federal de 1988, sob o aspecto da alterabilidade, é rígida.

Existem, ainda, as “limitações circunstanciais”¹⁵¹, consistentes na impossibilidade de aprovação de Emenda Constitucional na vigência de estado de defesa, estado de sítio e intervenção federal (cf. CF, art. 60, § 1º).

Como se não bastassem as limitações apontadas, a rigidez tratada também se manifesta pelo implemento de impedimentos a Emendas Constitucionais que, porventura, cuidem de determinadas matérias eleitas pelo Poder Constituinte Originário como núcleo intangível e inatacável por alteração proposta pelo Poder Constituinte Derivado Reformador. São as conhecidas “cláusulas pétreas” ou “limitações materiais”.¹⁵²

¹⁴⁸ CF, art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição; CF, art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar. (Brasil. Constituição Federal de 1988)

¹⁴⁹ LENZA, Pedro. **Ob. Cit.**, p. 282; MORAES, Alexandre de. **Ob. Cit.**, p. 530.

¹⁵⁰ CF, art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I — de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II — do Presidente da República; III — de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.(...); § 2º. A proposta será discutida em voltada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. . (Brasil. Constituição Federal de 1988)

¹⁵¹ LENZA, Pedro. **Ob. Cit.**, p. 283; MORAES, Alexandre de. **Ob. Cit.**, p. 530.

¹⁵² **Idem, ibidem.**

Jurista e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes identifica na fixação das cláusulas pétreas o *Princípio da Proteção do Núcleo Essencial*, evidenciando o seu desiderato:

De ressaltar, porém, que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o *princípio da proteção do núcleo essencial (Wesensgehaltsgarantie)* destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental mediante estabelecimento de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.¹⁵³

Vê-se, portanto, que o intuito da fixação de um “núcleo duro” de matérias que não poderão sofrer alteração por emenda é manter intacto o perfil estrutural característico de uma ordem jurídica delineado pelo Poder Constituinte Originário que a instaurou. Isso fica claro ao exame do dispositivo que, no caso brasileiro, cumpre tal função, a saber:

CF, art. 60. (...)

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I — forma federativa de Estado;

II — o voto direto, secreto, universal e periódico;

III — a separação dos poderes;

IV — os direitos e garantias individuais.¹⁵⁴

¹⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**, p. 39. Prossegue o autor ponderando que “cuida-se, talvez, de preocupação exagerada do constituinte, pois, é fácil ver que a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais deriva da supremacia da Constituição e do significado dos direitos fundamentais na estrutura constitucional dos países dotados de Constituições rígidas. Se se admitisse que a lei poderia restringir ilimitadamente direitos fundamentais, ter-se-ia a completa supressão do efeito vinculante desses direitos em relação ao legislador”. (**Idem, ibidem**)

¹⁵⁴ Brasil. Constituição Federal de 1988.

Sendo assim, a sistemática constitucional brasileira repele qualquer tentativa de alteração dos ditames constitucionais em relação às matérias elencadas nos incisos do mencionado art. 60, proibindo, pois, tal modificação seja pela via normativa infraconstitucional, seja pelo caminho da Emenda Constitucional.

Pois bem. Eis o momento que justifica todo este intróito voltado a temas de direito constitucional “puro”. Sem adentrar ao mérito jusfilosófico da pertinência ou não da visão estritamente positivista do direito, não se pode olvidar que o método de escalonamento de normas, a prevalência de normas escritas e a rigidez constitucional são traços marcantes e que conduzem sobremaneira a operação jurídica brasileira, em seus níveis de criação, interpretação e aplicação legislativa.

Partindo desta constatação, a análise da viabilidade jurídica da flexibilização do Direito do Trabalho exige o enfrentamento da seguinte questão, em respeito aos *Princípios da Supremacia da Constituição* e da *Proteção do Núcleo Essencial*: a Carta Constitucional brasileira permite o fenômeno flexibilizante na seara laboral?

Como referido anteriormente, não resta dúvida de que o Direito do Trabalho, a teor da Constituição Federal de 1988, é direito fundamental. É vasta a extensão de direitos trabalhistas que lograram previsão expressa pela Carta Magna, sobretudo aqueles elencados pelo seus artigos 7º, 8º, 9º e 10º.

Do ponto de vista do *Princípio da Supremacia da Constituição*, é fácil compreender que previsão normativa alguma (seja heterônoma ou autônoma) resiste à qualquer incompatibilidade com o texto constitucional, seja ele produto do Poder Constituinte Originário ou do Poder Constituinte Derivado Reformador.

Mais complexa é a discussão do tema pelo viés do *Princípio da Proteção do Núcleo Essencial*. Estão os direitos sociais e, por conseguinte, trabalhistas, abarcados pelo rol de clausulas pétreas?

A questão já causou mais celeuma. Sobretudo porque a resposta negativa costumava basear-se na interpretação gramatical do art. 60, IV, da Constituição Federal, quando remete aos “direitos e garantias *individuais*”. Pensou-se: se está dito “direitos individuais”, excluídos estão os direitos sociais, bem porque os direitos fundamentais são, à vista dos capítulos que compõem o Título II da Carta Constitucional, divididos em cinco espécies: (1) direitos e garantias individuais e coletivos; (2) direitos sociais; (3) direitos de nacionalidade; (4) direitos políticos; e (5) direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.¹⁵⁵

Ocorre que, não de hoje, se sabe que a interpretação gramatical é a mais pobre de todas as interpretações.¹⁵⁶ Como se não bastasse, tal argumento restritivo não pode prosperar à luz da evolução da proteção dos direitos fundamentais aliada ao perfil da Constituição Federal de 1988, que, repita-se, reconheceu a *dignidade humana*, a *valorização social do trabalho*, a *justiça social* e a *função social da ordem econômica* como seus primados. De todo o modo, o ponto central da questão reside em saber se os direitos fundamentais sociais previstos constitucionalmente consistem em limites materiais à ação legislativa revogada.

¹⁵⁵ MORAES, Alexandre. **Ob. Cit.**, p. 57.

¹⁵⁶ Sobre a interpretação da Constituição, é necessário destacar que a necessidade da exegese sempre irá existir em nível constitucional. Alerta Alexandre de Moraes que “a Constituição Federal há de sempre ser interpretada, pois somente por meio da conjugação da letra do texto com as características históricas, políticas, ideológicas do momento, se encontrará o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sócio-político-econômica e almejando a sua plena eficácia.” (**Idem**, p. 42)

Novamente, Sarlet, agora em escritos específicos sobre este tema¹⁵⁷, enumera os vários motivos que fazem a tese inicial restritiva sucumbir definitivamente, fazendo-o, exatamente, com lastro numa necessária interpretação sistemática.¹⁵⁸

O constitucionalista começa chamando a atenção sobre o preâmbulo da Constituição, que faz referência expressa ao fato da garantia dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça constituírem objetivo permanente do Estado brasileiro.¹⁵⁹ Ainda, o art. 1º, incisos I a III e o art. 3º, incisos I, III e IV, consagram a vigência de um Estado democrático e social de direito. Daí, alega Sarlet, “verifica-se, desde já, a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado da nossa Constituição”.¹⁶⁰

De se considerar ainda, que a existente previsão extensa de direitos sociais no título dos direitos fundamentais seria destituída de sentido se o constituinte quisesse mesmo outorgar-lhes proteção jurídica diminuída. Por fim, há que se verificar que todos os direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal comportam, em última análise, alguma expressão na esfera individual dos seus titulares, ainda que sejam de envergadura cole-

¹⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A problemática dos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**, p. 372-373.

¹⁵⁸ Tal necessidade a expressa Pedro Lenza: “a interpretação deverá levar em consideração todo o sistema. Em caso de antinomia de normas, buscar-se-á a solução do aparente conflito através de uma interpretação sistemática, orientada pelos princípios constitucionais”. (LENZA, Pedro. **Ob. Cit.**, p. 55)

¹⁵⁹ Diz o Preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos *direitos sociais e individuais*, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, *a igualdade e a justiça* como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (destacado) — (Brasil. Constituição Federal de 1988)

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Ob. Cit.**, p. 372.

tiva, isto é, como não poderia deixar de ser, todo direito social repercute na esfera pessoal de seu titular. Todo direito social é também, em alguma medida, direito individual.

Ao remate, são as palavras conclusivas de Sarlet sobre o entendimento que rechaça o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais da proteção do art. 60, IV, da Carta Constitucional:

Tal concepção e todas aquelas que lhe podem ser equiparadas esbarram, contudo, nos seguintes argumentos: a) a Constituição brasileira, diversamente da portuguesa, não traça qualquer diferença entre os direitos de liberdade (defesa) e os direitos sociais, inclusive no que diz com eventual primazia dos primeiros sobre os segundos; b) os partidários de uma exegese conservadora e restritiva em regra partem da premissa de que todos os direitos sociais podem ser conceituados como direitos a prestações materiais estatais, quando, em verdade, já se demonstrou que boa parte dos direitos sociais são equiparáveis, no que diz com sua função precípua e estrutura jurídica, aos direitos de defesa; c) para além disso, relembramos que uma interpretação que limita o alcance das “cláusulas pétreas” aos direitos fundamentais elencados no art. 5º da CF acabaria por excluir (caso levada às últimas conseqüências) também os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, que igualmente não foram expressamente previstos no art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, de nossa lei Fundamental.¹⁶¹

Finalmente e para sepultar a polêmica, somem-se aos argumentos pontuados outros três, de robustez igual ou até superior àqueles, aos quais também se refere Sarlet, em uníssono como outros tantos constitucionalistas.

O primeiro, de cunho eminentemente positivista —tal qual a visão restritiva antes mencionada— destaca a clareza do §2º do art. 5º, artigo esse que exclusivamente, para os “reducionistas”, e naquilo em que dissesse respeito ao individual, conteria os ditames pro-

¹⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Ob. Cit.**, p. 371.

tegidos de mácula. Diz esse § 2º¹⁶² : “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Impende, assim, concluir que a própria Constituição confirma que os direitos fundamentais não se resumem ao rol do art. 5º, podendo ser encontrados ao longo de toda a Carta mesma, dos princípios por ela adotados, ou por legislação outra, como a internacional e, porque não, a infraconstitucional, como já tratado neste estudo, anteriormente. Tanto assim é que o Supremo Tribunal Federal já consolidou este entendimento, quando do julgamento da ADIN n.º 939-7¹⁶³, tendo, então, reconhecido que o Princípio da Anterioridade, de natureza tributária, constitui direito fundamental, embora esteja previsto no art. 150, III, “b”, da Carta Magna.

O mesmo raciocínio deve ser adotado em relação aos direitos sociais, tomando-se como exemplo mais importante para o tema deste trabalho o extenso rol de direitos constante do art. 7º ao 10º.

O segundo argumento, destinado àqueles que insistem em se apegar à literalidade da norma, lança mão do reconhecimento da existência, ao lado dos limites materiais explícitos (art. 60, IV, CF), de limites materiais *implícitos* ao poder de emenda, dos quais os primeiros são meras explicitações, com a vantagem de não encerrarem qualquer controvérsia, como a aqui abordada. A teoria dos limites materiais implícitos é advogada pelo constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, cujas reflexões constituem em inesgotável fonte de inspiração da maioria dos autores brasileiros, que com ele cerram fileira neste mote.

¹⁶² BRASIL. Constituição (1988).

¹⁶³ Sob a relatoria do Ministro Sidney Sanches, julgado em 15.12.1993, com publicação no D.J. de 18.03.1994.

A saber, os limites materiais implícitos (imanescentes ou não-escritos) são aqueles considerados subentendidos no sistema constitucional e servem à missão de não permitir que constituições tornem-se cartas provisórias. Conquanto seja verdade que a identificação desses limites implícitos acaba levando certa dose de subjetividade, é precisa a constatação segundo a qual

não se afigura razoável o entendimento de que a Federação e o princípio da separação dos poderes se encontram protegidos contra o Poder Constituinte reformador e o princípio da dignidade da pessoa humana não, ainda mais quando o mesmo assume funções autônomas e não apenas como núcleo essencial dos direitos fundamentais, quando esse for o caso.¹⁶⁴

À luz do mesmo encaminhamento, é forçoso concordar que, assim como o Princípio da Dignidade, também o Princípio da Valorização Social do Trabalho denota característica marcante do perfil constitucional vigente, a ponto de se ver obrigatoriamente considerado, a teor do art. 170 da Constituição Federal, até mesmo pela livre iniciativa, pólo historicamente oposto à concessão de direitos trabalhistas.

Por fim, há que destacar que o Brasil comprometeu-se, em sede de norma internacional, a não retroceder em relação a direitos sociais. É o que reza a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)¹⁶⁵, no art. 26, contemplativo do “Desenvolvimento Progressivo”:

¹⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Ob. Cit.**, p. 356. A comparação envidada pelo autor parte do fato de que “é de reconhecer-se que a própria intangibilidade do princípio da dignidade da pessoa humana não se encontra expressamente enunciada em nossa Constituição, podendo, contudo, sustentar-se o seu enquadramento na seara dos limites materiais implícitos à reforma constitucional.” (**Idem, ibidem**, p. 387)

¹⁶⁵ Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 27, de 25.09.1992, e promulgada pelo Decreto 678, de 06.11.1992.

Art. 26. Desenvolvimento Progressivo. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir *progressivamente* a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, *sociais* e sobretudo educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.¹⁶⁶

Sendo assim, e pelo exposto, resta conclusão inafastável o tratamento conferido pela Carta Constitucional de 1988 aos direitos fundamentais sociais e, por conseguinte, aos direitos fundamentais trabalhistas de modo a guindá-los à condição de verdadeiros limites materiais à atuação normativa tendente à sua abolição.

Bem por isso, é de retomar a indagação feita alhures: a Carta Constitucional brasileira permite o fenômeno flexibilizante na seara laboral?

A resposta encontra-se no próprio texto da constituição. A flexibilização do Direito do Trabalho, no Brasil, tem respaldo legal apenas e tão somente, nos estritos casos e da maneira permitida pelo *Poder Constituinte Originário*, o que significa dizer que qualquer alteração textual constitucional, exercício da autonomia coletiva ou inovação normativa infraconstitucional 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 consagradora do solidarismo, ambos diretamente afeitos ao Direito do Trabalho.

¹⁶⁶ **Direitos humanos: normas e convenções**, p. 203-204. (destacado)

2. Hipóteses constitucionalmente previstas de flexibilização do Direito do Trabalho

Em respeito ao Princípio da Supremacia da Constituição, é nela que se deve buscar as respostas para as hipóteses e os limites de flexibilização do Direito do Trabalho.

Lançando os olhos às disposições constitucionais, pode-se constatar que são quatro os artigos que mais especificamente tratam do Direito do Trabalho, todos eles integrantes do Capítulo II (“Direitos Sociais”), que, por sua vez, compõe o Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”). O art. 7º traz um rol de trinta e quatro incisos e um parágrafo, voltados à proteção de uma série de direitos laborais, nunca antes vista no plano constitucional. Já o art. 8º cuida, exclusivamente, da associação profissional sindical, consagrando, sobretudo, a proibição de ingerência estatal na fundação das entidades profissionais, bem como a unicidade sindical, a legitimidade da representação sindical e a liberdade de associação. Ao art. 9º coube o reconhecimento do direito de greve a ser exercido livremente, respeitadas as vicissitudes dos serviços essenciais e punidos os abusos. O art. 10 assegura a participação dos trabalhadores e empregadores nos órgãos colegiados dos órgãos públicos que cuidem de seus interesses profissionais ou previdenciários, enquanto que o art. 11 prevê a eleição de um representante dos trabalhadores em empresas com mais de duzentos funcionários.

Dentro deste panorama, a primeira coisa a se fazer é reafirmar os sentidos que a expressão flexibilização do Direito do Trabalho pode tomar, e avaliá-las cada qual, em função dos ditames constitucionais, com ênfase, por certo, à flexibilização voltada à relativização de direitos, núcleo deste estudo.

A flexibilização do Direito do Trabalho já encontra limites no próprio *caput* do art. 7º: “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, *além de outros que visem à melhoria de sua condição social*”. (destacado)

Para aqueles que também enxergam uma modalidade de flexibilização no alargamento da gama de direitos concedidos ao empregado, o referido dispositivo reflete expresso prestígio pelo Poder Constituinte Originário a essa modalidade, na medida em que esses “outros direitos” citados podem advir tanto da produção normativa legislada quanto negociada (em escala individual ou coletiva), contanto que respeite a uma clara exigência: representar melhoria da condição social do trabalhador.

Já no que pertine à desregulamentação, espécie de flexibilização voltada à inexistência da previsão legal sobre alguns ou vários institutos previstos constitucionalmente e até infraconstitucionalmente¹⁶⁷ —e que não representa melhoria de condições ao empregado—, não havendo nenhum permissivo constitucional expresso para tanto, vale a conclusão de que sua implementação agride frontalmente as cláusulas pétreas constitucionais (art. 60, IV), bem como os Princípios Constitucionais da Dignidade Humana e da Valorização Social do Trabalho, os quais, juntos, preservam os direitos fundamentais trabalhistas, limites materiais que são ao poder de emenda, sobretudo em se tratando dos direitos assegurados pelos incisos do art. 7º.

Resta, assim, analisar a flexibilização que visa tornar menos rígida a normatização trabalhista não pela desregulamentação pura e simples, mas pela aplicação diferenciada dos patamares legais, voltada à satisfação das peculiaridades de cada caso.

¹⁶⁷ De se lembrar que, como visto anteriormente, nada impede que possa haver direitos fundamentais também em legislação hierarquicamente inferior à Constituição.

A Constituição Federal ocupa-se dessas situações em três oportunidades, todas elas legitimamente fixadas pelo Poder Constituinte Originário, por ser incondicionado, ilimitado e autônomo.

A primeira encontra-se no inciso VI, que positiva como direito do trabalhador urbano e rural o tradicional *Princípio da Irredutibilidade Salarial*, mas o relativiza, nestes termos: “irredutibilidade do salário, *salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo*” (destacado). A segunda consta do inciso XIII: “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, *facultada a compensação de horários e a redução de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho*” (destacado). Finalmente, a terceira surge do inciso XIV: “jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, *salvo negociação coletiva*” (destacado).¹⁶⁸

Este, portanto, é o rol exaustivo de dispositivos constitucionais que expressamente prevêm a possibilidade de alteração do parâmetro justralhista fixado para tais institutos: irredutibilidade de salários, compensação de jornada de trabalho e jornada de trabalho em turnos ininterruptos de revezamento.

E afirma-se, peremptoriamente, tratar-se de rol exaustivo, embora emanem da jurisprudência, como se verá, opiniões divergentes.

Tal afirmação baseia-se, a uma, em um motivo lógico, uma vez que, se houve a preocupação de expressamente fazer a permissão nos três únicos casos acima destacados, significa que a *mens legis* não intenta a extensão da faculdade aos demais direitos, caso contrário o teria feito, como fez nas oportunidades analisadas.

A duas, porque não teria sentido algum fixar um sem número de direitos fundamentais sociais na Constituição, para depois permitir a alteração de seus parâmetros, de modo a

¹⁶⁸ Brasil. Constituição Federal de 1988

retirar toda a “fundamentalidade” das concessões, atacando o rigor inerente a estes tipos de direitos.

Por fim, a três, porque uma interpretação neste sentido vai de encontro aos Princípios Constitucionais da Dignidade Humana e da Valorização Social do Trabalho e, por conseqüência, confronta todo o perfil solidarista da Carta Magna.

Sendo assim, é de se concluir que todos os demais direitos elencados nos outros trinta e um incisos do art. 7º, bem como aqueles assegurados nos art. 8º, 9º, 10 e 11 estão absolutamente imunes a qualquer incidência desconforme com os seus exatos dizeres.

Conquanto não seja o pertinente ao tema do trabalho, cabe apontar que a consideração anterior faz com que se possa colocar à prova a constitucionalidade de todas as manifestações de flexibilização do Direito do Trabalho pela via legislativa, já pontuadas anteriormente¹⁶⁹, como, por exemplo, o regime do FGTS e da dispensa arbitrária em face da proteção da relação de emprego no que concerne à despedida arbitrária e sem justa causa, disciplinada no inciso I do art. 7º da Carta Constitucional¹⁷⁰.

Dito isto, constatação visceral é o fato de que, nas únicas três possibilidades de flexibilização contempladas pelo constituinte, em todas elas a alteração dos parâmetros fixados só está autorizada pela via da negociação coletiva, fazendo com que possa prevalecer, assim, para aquelas situações, a autonomia coletiva da vontade, a qual, bem por isso, merece detida análise, pois, há que se concluir que, sem dúvida, a negociação coletiva tem, por

¹⁶⁹ V. Capítulo II, “3”.

¹⁷⁰ Destaque-se que, embora o inciso I do art. 7º ainda demande regulamentação por lei complementar, sendo por isso, classificado como norma jurídica de eficácia limitada (v. José Afonso da Silva e seu clássico *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*), é certo que qualquer norma, mesmo nessa condição, produz efeitos, ainda que reduzidos, ao menos norteando o legislador e o julgador, o que significa que não pode haver desrespeito à orientação da regra. No caso citado, a regra é: proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, exatamente o contrário das facilidades de finalização do contrato de trabalho proporcionadas pelo sistema fundiário em relação ao antecessor regime estabilitário.

força constitucional, o condão de se tornar o instrumento promotor quando o assunto é flexibilização do Direito do Trabalho.

3. A flexibilização do Direito do Trabalho e o prestígio à negociação coletiva

A negociação coletiva goza de amplo prestígio na Constituição Federal, a começar pelo inciso XXVI do art. 7º, que pugna pelo “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, ao que o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Barros Levenhagen designa *Princípio da Autonomia Privada*.¹⁷¹ Já no art. 8º, subseqüente, o constituinte relega às organizações sindicais papel fundamental na condução de qualquer processo de negociação coletiva, ao preceituar, em seu inciso VI, que “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.”¹⁷²

Na verdade, a Constituição Federal tão somente cumpre o inafastável mister de reconhecer o fenômeno histórico da autonomia coletiva em matéria trabalhista, algo anterior ao próprio Direito do Trabalho positivado e muito próprio da época em que prevalecia a autonomia contratual no âmbito trabalhista. Nesta direção, a negociação coletiva é a mais pura expressão da atuação social privada na inovação do ordenamento jurídico, evidenciando a existência de fontes produtoras de direito ao lado da tradicional fonte estatal, como bem explica o italiano Gino Giugni:

¹⁷¹ Exemplo desta referência consta do seu voto de julgamento do Recurso de Revista proposto nos autos do processo n.º 588/2005-042-03-00, publicado no Diária da Justiça de 13.10.2006.

¹⁷² Brasil. Constituição Federal de 1988.

infine, al fondamento di un intenso travaglio della teoria dell'interpretazione stava, infatti, fundamentalmente, l'esigenza di percepire, nel sistema delle valutazioni normative dell'ordinamento statale, tutta una serie di fenomeni nuovi, gran parte dei quali, se non tutti, riconducibili allá vivace ripresa dell'attività istituzionale dei gruppi sociali.¹⁷³

Em sendo “modalidade de autocomposição de conflitos advinda do entendimento entre os interlocutores sociais”¹⁷⁴, podendo ter como resultado desse entendimento os instrumentos normativos conhecidos por convenção coletiva de trabalho e acordo coletivo de trabalho, a negociação coletiva mostra-se, também, como mecanismo voltado à democracia, como demonstra Godinho:

A importância da negociação coletiva trabalhista transcende o próprio Direito do Trabalho. A experiência histórica dos principais países ocidentais demonstrou, desde o século XIX, que uma diversificada e atuante dinâmica de negociação coletiva no cenário das relações laborativas sempre influenciou, positivamente, a estruturação mais democrática do conjunto social. Ao revés, as experiências autoritárias mais proeminentes, detectadas caracterizam-se por um Direito do Trabalho pouco permeável à atuação dos sindicatos obreiros e à negociação coletiva trabalhista, fixando-se na matriz exclusiva ou essencialmente heterônoma de regulação das relações de trabalho.¹⁷⁵

Ademais, fica claro que o instituto negocial é inerente à seara trabalhista, haja vista a própria história da regulação laboral apontar para uma normatização espontânea, perpetrada pelos atores da relação de trabalho. Sobre isso, novamente Giugni narra:

¹⁷³ GIUGNI, Gino. **Introduzione allo studio della autonomia collettiva**, p. 25. Em livre tradução da passagem transcrita: enfim na fundamentação de um intenso trabalho da Teoria da Interpretação estava, de fato, fundamentalmente, a exigência de perceber, no sistema das valorizações normativas do ordenamento estatal, toda uma série de novos fenômenos, grande parte dos quais, senão todos, reconduzíveis a uma vigorosa retomada das atividades institucionais dos grupos sociais.

¹⁷⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Ob. Cit.**, p. 1204. A autora bem coloca como outras modalidades de autocomposição a mediação e a arbitragem.

¹⁷⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, p. 1370.

Lo spostamento dell'angolo visuale della ricerca offrì allá letteratura giuridica alcuni importanti contributi descrittivi a porre in luce determinate manifestazioni del diritto <<spontaneo>> dei gruppi, mediante l'approfondimento del diritto interno delle associazioni operaie e dell'attività normativa delle associazioni mercantili.¹⁷⁶

Bem por isso, a condição de fonte de direito ostentada pela convenção coletiva e pelo acordo coletivo de trabalho é pacificamente aceita pela comunidade jurídica.¹⁷⁷

A dogmática da negociação coletiva brasileira está toda centrada nos sobreditos dispositivos constitucionais e detalhada na CLT, nos seus arts. 611 a 625. Tal conjunto de normas reafirma a posição central do Sindicato no processo negociado, cuja atuação deve se pautar pelo interesse da categoria representada, explicitado, essencialmente, por intermédio da soberania da assembléia (cf. art. 612, CLT).

O que é preciso salientar é que, embora se tenha construído, até aqui, toda uma linha de pensamento fulcrada em princípios e normas principalmente constitucionais, a produção normativa privatística em nada se choca com o direito heterônomo. Até porque, a autonomia coletiva, também em matéria trabalhista, é fato social inarredável. Além do mais, reconhecendo tal circunstância, o próprio direito positivado reafirma o caráter normativo das negociações coletivas, como decorre da Carta Constitucional e da CLT.

Contudo, o tema da flexibilização do Direito do Trabalho forçosamente coloca em pauta os limites da convivência entre a autonomia coletiva e a norma estatal. Tomada a

¹⁷⁶ GIUGNI, Gino. **Ob. Cit.**, p. 29. Em livre tradução da passagem transcrita: A mudança do ângulo visual da pesquisa oferece à literatura jurídica algumas importantes contribuições descritivas ao trazer à luz determinadas manifestações do direito "espontâneo" dos grupos mediante o aprofundamento do direito interno das associações operárias e das atividades normativas das associações mercantis.

¹⁷⁷ A respeito informa Alice Monteiro de Barros que "os autores são quase unânimes em considerar a convenção coletiva fonte do Direito do Trabalho, salvo alguns (Gama Cerqueira), que negam essa condição, afirmando que a convenção coletiva está subordinada à lei, tem objetivo e duração limitada. (BARROS, Alice Monteiro de. **Ob. Cit.**, p. 1220)

experiência passada, imediatamente anterior ao Direito do Trabalho, em que vigia a livre pactuação dos contratos laborais, não parece que a ampla liberdade da autodeterminação, ainda que exercida pelos empregados associadamente, tenha dado conta de amenizar a exploração desmedida do trabalho pelo capital. Tanto que o Estado foi chamado a intervir, principalmente atendendo aos apelos dos trabalhadores¹⁷⁸, o que fez por meio da norma legislada.

Neste ponto, como que numa volta ao passado, se contextualiza o ideário neoliberalista-flexibilizante, cujo discurso, partindo da defesa da supremacia irrestrita da norma negociada, reivindica, exatamente, a aumento das situações que legalmente admitam alteração do parâmetro mínimo normativo pela via negocial, sob a alegação de necessidade de consideração da peculiaridade de cada caso¹⁷⁹, em homenagem à manutenção dos postos de trabalho.

Há, aqui, uma situação complexa, já que a importância da força social da negociação coletiva não pode, de um lado, sofrer verdadeiro “engessamento” pela legislação heterônoma, o que prejudicaria a possibilidade de melhores condições de trabalho em comparação com os direitos mínimos já legislados (art. 7º, *caput*, CF); e, de outro lado, a completa liberdade de pactuação concorrer para a supremacia dos interesses econômicos.

¹⁷⁸ Não cabe aqui não se discutir a efetividade das normas estatais empreendidas.

¹⁷⁹ Novamente, é Alice Monteiro de Barros que evidencia a vocação da norma coletiva autônoma para o atendimento das referidas peculiaridades, em confronto com a norma estatal, nestes termos: “a convenção coletiva é mais flexível do que a legislação trabalhista, que, por conter comandos abstratos e gerais, não poderá se ocupar com as especificidades da organização empresarial, principalmente considerando a vastidão do território brasileiro, onde variam com acentuada intensidade as condições sócio-econômicas. Além disso, a convenção coletiva diminui a concorrência entre empresas e configura um dos meios mais eficazes de atingir a integração entre empresas e trabalhadores.” (BARROS, Alice Monteiro de. *Idem*, p. 1219-1220)

Acontece que, conforme salientado, a análise da situação não pode prescindir da exegese constitucional baseada nos Princípios da Dignidade Humana, da Valorização Social do Trabalho e da Supremacia Constitucional, para que a negociação coletiva, utilizada como instrumento de flexibilização voltado à relativização de direitos, respeite os estritos limites apontados, ou seja, incida unicamente sobre as três hipóteses constitucionalmente previstas (redução salarial, compensação de jornada e jornada de trabalho em turnos ininterruptos de revezamento).

Todavia, daí decorre outra questão polêmica: dentro das hipóteses de flexibilização previstas na Constituição, a permitida redução dos patamares ali fixados pela negociação coletiva pode acontecer de modo completamente discricionário, ainda que amparada por ambas as partes (sindicatos profissionais e sindicatos patronais ou empregadores)?

4. A harmonização entre o negociado e o legislado inspirada pelo Princípio Protetor

Na medida em que os textos dos incisos VI, XIII e XIV do art. 7º da Carta Magna não expressam qualquer condicionante ao ato flexibilizador, a reflexão demandada pela indagação anterior poderia conduzir a uma resposta afirmativa. Entretanto, em assim procedendo, estar-se-ia deixando de lado toda a função normativa e orientadora dos princípios constitucionais. Por se tratar do âmbito trabalhista, emerge a necessidade de abordar a questão sob o ponto de vista da expressão mais particular que há do Princípio da Dignidade em matéria laboral, qual seja, o *Princípio da Proteção*.

Este, a par das diferentes nomenclaturas que possa ter, expressa a verdadeira identidade do Direito do Trabalho, algo que parece se perder, ou, no mínimo, sofrer desvirtuamentos, por aqueles que defendem a irrestrita prevalência da negociação coletiva. Falar de princípios de Direito do Trabalho é falar em Américo Plá Rodriguez, precursor da pesquisa detalhada sobre o assunto, para quem tal princípio “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.”¹⁸⁰. Daí sustenta-se a célebre conclusão de que o direito trabalhista tem por fim precípua conferir ao trabalhador superioridade jurídica, com vistas a compensar sua inferioridade econômica¹⁸¹, já que, a sobressair essa inferioridade econômica, movida pela exploração, fatalmente, no mais dos casos, resta desprestigiado o trabalho em condições dignas.

O jurista uruguaio ainda pinta em cores vivas o fato de o Princípio Protetor representar a própria razão de ser do Direito Laboral¹⁸², algo que aos seus aplicadores não é dado ignorar:

Se o legislador se propôs a estabelecer, por meio da lei um sistema de proteção do trabalhador, o intérprete desse direito deve colocar-se na mesma orientação do legislador, buscando cumprir o mesmo propósito. Sob esse aspecto, o princípio não aparece como estranho aos critérios que se aplicam em qualquer ramo do direito, nos quais o intérprete deve sempre atuar em consonância com a intenção do legislador.¹⁸³

Outrossim, nem se cogite que o Princípio da Proteção é restrito ao Direito Individual do Trabalho e, portanto, inaplicável ao Direito Coletivo, sob o argumento de que, em

¹⁸⁰ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**, p. 81.

¹⁸¹ **Idem, ibidem**, p. 85.

¹⁸² **Idem, ibidem**.

¹⁸³ **Idem, ibidem**, p. 86.

âmbito de negociação coletiva, vigora a igualdade entre as partes, tendo em vista a representação sindical do chamado hipossuficiente, o que, de fato, não acontece.¹⁸⁴ Plá Rodriguez, referindo-se a todo o conjunto de princípios trabalhistas, simplesmente dá contornos definitivos a esta manifestação, ao categoricamente lastrear-se no “DNA” do direito laboral:

Por isso, em todo Direito do Trabalho há um ponto de partida: a união dos trabalhadores; e há um ponto de chegada: a melhoria das condições dos trabalhadores. Direito individual e direito coletivo do trabalho são apenas caminhos diversos para percorrer o mesmo itinerário.

O caráter individual ou coletivo constituem meras modalidades que não afetam a essência do fenômeno. Por isso, cremos que os princípios expostos tanto se aplicam em um como em outro âmbito.¹⁸⁵

Sabendo-se que o Princípio da Proteção deve orientar o confronto entre as normas autônomas e heterônomas, daí advém a necessária conclusão de que a referida oposição seja solucionada a bem do trabalhador. Trata-se da *Regra da Norma Mais Favorável*, tida por boa parte da doutrina como um sub-princípio decorrente do Princípio Protetor.¹⁸⁶

Tal compreensão, advirta-se, não contradiz toda a argumentação anteriormente apresentada acerca da afirmação da prevalência da Constituição e dos princípios-regra, pois, na verdade, a validade da norma hierarquicamente inferior com disciplina diferente da

¹⁸⁴ O próprio jurista argumenta que “o aumento da desocupação e o enfraquecimento dos sindicatos têm tido um sério efeito desprotetor que voltou a manter as desigualdades de uma forma aguda.” (**Idem, ibidem**, p. 97-98).

¹⁸⁵ **Idem, ibidem**, p. 66-67.

¹⁸⁶ Plá Rodriguez, novamente, analisa a Regra da Norma Mais Favorável como uma expressão do Princípio da Proteção (ao lado da Regras do *In Dúbio Pro Operário e da Condição Mais Benéfica*) e a explicar desta forma: “entre normas de hierarquia diferente, dever-se-ia considerar aplicável a de grau superior e, entre as de igual hierarquia, dever-se-ia fazer prevalecer a promulgada mais recentemente. Contudo, é justamente a aplicação do próprio princípio da norma mais favorável que torna questionável o pressuposto e que outorga ao Direito do Trabalho, sob este aspecto, caráter peculiar.” (**Idem, ibidem**, p. 123)

norma superior está condicionada à promoção de bem-estar ao menos favorecido —isto é, disciplina diferente, sim, mas não disciplina que afronte as normas constitucionais aplicáveis ao Direito do Trabalho, inclusive seus princípios, como o da Dignidade e o da Proteção, que estão no “topo da pirâmide”.

Contudo, problema prático se apresenta, quando da aplicação da Regra da Norma Mais Favorável, com relação ao exato sentido do termo “norma”. Pensando a indagação dentro do confronto instrumento coletivo *versus* regra heterônoma, o que deve prevalecer: as partes de cada qual que sejam pontualmente mais vantajosas ou o sopeso do diploma mais benéfico, entendido em sua unidade?

José Affonso Dallegrave Neto, resumindo as teorias doutrinárias, aponta a existência de três formas de aplicação do sub-princípio da norma mais favorável, quais sejam: a) Teoria da Acumulação; b) Teoria do Conglobamento e; c) Teoria da Incindibilidade dos Institutos Jurídicos.¹⁸⁷

A primeira teoria prega a acumulação de vantagens experimentadas pelo trabalhador em seus diversos instrumentos legais e normativos, fazendo com que o contrato individual de trabalho pareça verdadeira “colcha de retalhos”, os quais são absorvidos dos mais variados matizes.¹⁸⁸ A Teoria do Conglobamento contempla a incidência de um conjunto global de uma determinada fonte formal em desprezo de outra, já que os diplomas constituem um todo impassível de ser tomado parcialmente.¹⁸⁹ Já a Teoria da Incindibilidade dos Institutos Jurídicos admite que prevaleçam disposições de normas diferentes, contanto que

¹⁸⁷ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Alcance e limites do princípio da norma mais benéfica ao empregado: reflexões a partir de alguns casos controvertidos**, Disponível em <http://www.trt23.gov.br/servicos/ejud/NormaBenefica-LTr.pdf>, p. 3.

¹⁸⁸ **Idem, ibidem**, p. 4.

¹⁸⁹ **Idem, ibidem**.

se refiram a temas diferentes, permitindo, pois, a acumulação de várias fontes normativas, limitada, todavia, a integralidade de cada instituto.¹⁹⁰

De todo o modo, entendida como for a acepção da palavra “norma”, o que se destaca é o fato da regulação mais benéfica nortear a prevalência da norma a ser aplicada, o que satisfaz o Princípio Protetor.

De outro lado, não cabe aqui posição a respeito de qual das teorias é a mais acertada, embora se possa, desde logo, descartar a Teoria da Acumulação, desprestigiada também pela jurisprudência, haja vista ser possível a relativização de direitos nas três hipóteses constitucionalmente previstas, contrariando qualquer orientação voltada ao acúmulo puro e simples de vantagens.

Na esteira do Princípio Protetor, respeitando a Regra da Norma Mais Favorável, e tentando melhor posicionar o impasse acerca dos limites da criação normativa autônoma, é válido e interessante o modelo identificado por Godinho como “Normatização Privatística Subordinada”, segundo o qual “a criação e reprodução da norma jurídica faz-se mediante

¹⁹⁰ **Idem, ibidem.** O jurista, no caso da Teoria da Incindibilidade dos Institutos Jurídicos, lança mão do seguinte exemplo: “imaginemos a hipótese de um determinado Acordo Coletivo prever o pagamento de determinado adicional de tempo de serviço a cada ano trabalhado, anuênio, equivalente a 1% sobre o salário. Para este mesmo empregado, admitamos ter, ainda, a Convenção Coletiva que, embora preveja o pagamento do adicional a cada triênio, a sua cota equivale a 6%, ou seja, na proporção de 2% a cada ano. Nesse caso, não se pode combinar os dois instrumentos normativos, cindindo o instituto jurídico, e considerar o que cada um tem de mais benéfico. Assim, não se permite, por exemplo, considerar a periodicidade do ACT, pagamento a cada ano trabalhado, e o valor do CCT, 2% por ano trabalhado. O instituto jurídico constante da fonte normativa deve ser aplicado ontologicamente (sem cisão); ou a cláusula do ACT ou da CCT, vale dizer, a matéria (adicional por tempo de serviço) fica regulada por apenas um instrumento normativo de forma integral.” (**Idem, ibidem**)

uma dinâmica em que o peso básico é conferido pelos particulares, mas segundo um processo heteronomamente regulamentado pelo Estado”.¹⁹¹

Conforme a “Normatização Privatística Subordinada”, o magistrado e professor mineiro dá vazão aos critérios que entende devam inspirar a harmonização entre as regras de cunho heterônomo estatal e aquelas estipuladas por instrumento coletivo negociado, tocando diretamente a questão das possibilidades e dos limites da convenção e do acordo coletivo de trabalho, consoante o que chama de *Princípio da Adequação Setorial Negociada*:

Pelo princípio da adequação setorial negociada, as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justrabalista desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementem um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).¹⁹²

O segundo critério apontado relaciona-se com as hipóteses de flexibilização admitidas expressamente pela Constituição Federal, assumindo, bem por isso, a condição de “parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa”.

¹⁹¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Ob. Cit.**, p. 1372. Tal modelo, saliente-se, justifica-se tão somente se entendido de modo a que, sob seu pretexto, não se permita a ingerência estatal na definição dos interesses da categoria e, muito menos, na criação e organização das entidades sindicais que os representam, algo até inviável, a teor das disposições constitucionais pertinentes ao tema.

¹⁹² **Idem, ibidem**, p. 1399.

Contudo, a própria teoria explanada incumbe-se de chamar a atenção para o fato de que há limites também para este “leque” de possibilidades de prevalência da norma negociada sobre a norma legislada, a saber:

...está também claro que essas possibilidades não são plenas e irrefreáveis. Há *limites objetivos* à adequação setorial negociada; limites jurídicos objetivos à criatividade jurídica da negociação coletiva trabalhista.

Desse modo, *ela não prevalece se concretizada mediante ato estrito de renúncia (e não transação)*. É que ao processo negocial coletivo falece poderes de *renúncia* sobre direitos de terceiros (isto é, despojamento unilateral sem contrapartida do agente adverso. Cabe-lhe, essencialmente, promover *transação* (ou seja, despojamento bilateral ou multilateral, com reciprocidade entre os agentes envolvidos), hábil a gerar normas jurídicas.¹⁹³

Impende compreender que o Princípio da Adequação Setorial Negociada deita raízes profundas no Princípio Protetor. Isso porque, o Princípio Protetor, ao emergir do próprio objetivo do Direito do Trabalho (criar desigualdade jurídica), afasta-se completamente dos ramos de direito privado, como direito civil e comercial, que prestigiam e até incentivam a liberdade de contratação e de estabelecimento de regras *inter partes*, ainda que com limites previamente estabelecidos. Caso esse mesmo sistema tivesse logrado êxito em matéria de relações de trabalho, não haveria necessidade da implementação do próprio direito laboral estatal, já que as regras negociadas teriam dado conta de promover o equilíbrio entre os atores envolvidos. Mas a história do Direito do Trabalho desmente esta hipótese, pois seu advento propôs-se a responder exatamente às impropriedades da prevalência irrestrita da liberdade de contratar.

¹⁹³ **Idem, ibidem**, p. 1400.

Não por outro motivo é que, como destacado, o acordo coletivo e a convenção coletiva jamais poderão ser utilizados como instrumentos legitimadores do simples despojamento de direitos, ainda que se trate de parcelas de indisponibilidade relativa. Em assim sendo, dar-se-ia a desregulamentação pela via negocial, além da afronta à Regra da Norma Mais Favorável. Quer-se dizer, em verdade, que tal disponibilidade, à luz do Princípio Protetor e, de modo reflexo, do Princípio da Dignidade, não comporta irrestrita discricionariedade por só admitir reconhecimento quando oposta a alguma conquista que a ela se contraponha (transação), justificando-a, portanto.

A flexibilização do Direito do Trabalho, destarte, pela via da negociação coletiva, ainda que dentro das hipóteses constitucionalmente previstas, não está alijada dos limites objetivos da adequação setorial negociada, cujo fundamento é o Princípio Protetor inerente ao Direito do Trabalho e contemplativo da dignidade humana. Ao contrário, vincula-se à melhora da situação do trabalhador, coletivamente considerado.

5. Encaminhamento para a questão jurisprudencial decisiva

Pois bem. Até o momento, ao longo dos últimos três capítulos, procurou-se estabelecer uma exegese do arcabouço legal trabalhista em vigor que mais se coadune com inspiração solidarista da Constituição Federal e protetora do próprio Direito do Trabalho, esse enquanto ramo jurídico autônomo, algo que corrobora a tradição positivista e constitucionalista brasileira. Fez-se isso com a preocupação de situar a flexibilização do direito laboral, suas possibilidades e limites, dentro deste quadro hermenêutico.

Do que se pôde constatar, o ordenamento jurídico nacional, tal como se encontra e, conforme a orientação constitucional, e o Direito do Trabalho, direito fundamental que é, têm a sua flexibilização incentivada quando representativa de conquista de direitos e, de outro lado, adstrita a três situações previstas no art. 7º da Carta Magna, quando se trata de diminuir patamares de direitos legalmente assegurados, mesmo assim, por intermédio da negociação coletiva.

Ocorre que, diante deste quadro, na medida em que proliferam os instrumentos normativos que prevêm alteração *in pejus* dos patamares constitucionais e infraconstitucionais dos direitos trabalhistas, os tribunais vêm sendo chamados a, freqüentemente, pronunciarem-se sobre a validade das normas autônomas em cotejo com o que estabelece a normatização estatal, dando, portanto, a “palavra final” quanto ao assunto.

Se os contextos fáticos que envolvem as disposições negociadas propiciassem pura e simplesmente utilização do sistema “sim-não” pela jurisprudência, ou seja, é ou não hipótese que comporta flexibilização, este estudo terminaria por aqui —a bem da verdade, nem ao menos se justificaria—, pois o horizonte da flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil estaria perfeitamente identificado. Contudo, a própria dinâmica das relações laborais (como qualquer relação humana, mormente a social) não permite que os julgadores posicionem-se sem que, para tanto, exerçam juízo político acerca dos meandros de cada caso e, com isso, tomem posições extremamente particulares, que poderão vir a estabelecer futuros padrões gerais para o fenômeno.

CAPÍTULO V

O PAPEL DECISIVO DA JURISPRUDÊNCIA

1. Investigação envolvida no julgamento da negociação coletiva flexibilizadora

Em se considerando o ordenamento jurídico da maneira como se apresenta e segundo as corretas opções constitucionais e principiológico-normativas, o quadro legal autorizador da flexibilização do Direito do Trabalho, como visto até aqui, é profundamente restrito, sobretudo por tocar direitos sociais fundamentais que não podem ser afastados, haja vista integrarem o rol de cláusulas pétreas (art. 60, IV, CF).

Como cedição, a implementação de novos direitos e melhores condições de trabalho, sem qualquer sacrifício por parte do empregado, em contrapartida, é bem vinda e incentivada pela ordem jurídica superior (art. 7º, *caput*, da CF). De outro lado, a menor rigidez da norma trabalhista heterônoma empreendida pela alteração dos patamares mínimos garantidos constitucionalmente —os quais, por sua vez, condicionam e inspiram a aplicação da norma infraconstitucional— tem lugar somente por força de negociação coletiva e, cumulativamente, se satisfeitos os seguintes requisitos:

a) observação das três hipóteses autorizadas pela Constituição Federal (redução salarial, compensação de jornada e extensão da jornada de trabalho em turno ininterrupto de revezamento), pois, quanto aos demais direitos, não houve permissivo do constituinte;

b) preservação do Princípio da Dignidade, a partir da avaliação do resultado da flexibilização no conjunto de situações que compõem vida e trabalho dignos, como aspectos ligados ao respeito aos direitos da personalidade do trabalhador, à manutenção aceitável de suas condições biológicas e à sua convivência social e cultural;

c) existência, na avaliação geral do resultado da negociação, de patente contrapartida que justifique a concessão feita pelo lado trabalhador, em observação ao Princípio Protetor e à compreensão de que, como demonstrado, os permissivos constitucionais têm cabimento dentro de uma circunstância de transação e não de simples renúncia.

Qualquer decisão acerca de caso de flexibilização do Direito do Trabalho pela via negocial que prime pelo necessário respeito à ordem jurídica solidarista vigente, deve, obrigatoriamente, investigar a presença dos apontados requisitos quando da confecção do instrumento coletivo. Só então, cumpridas as exigências, é possível convencer-se da prevalência da norma coletiva sobre a legislada.

Na medida em que as negociações que antecedem a assinatura do pacto coletivo, assim como seu simples registro no Ministério do Trabalho, não podem sofrer qualquer cerceamento pelo Estado, a referida investigação, atualmente, no Brasil, está a cargo dos julgadores integrantes da Justiça Especializada Laboral.

Destaque-se que diversos são os procedimentos judiciais que podem colocar o magistrado trabalhista na rota de enfrentamento da questão da flexibilização, entre eles, por excelência, o dissídio coletivo de natureza econômica, que permite a análise prévia da questão, no momento ainda da reivindicação; assim como o dissídio coletivo de natureza jurídica¹⁹⁴, voltado à interpretação da estipulação, ao que antecede o exame de sua validade; também o faz a reclamação trabalhista individual na qual se invoque disposição negocial flexibilizadora como causa de pedir; e, finalmente, as ações que tenham por objeto

¹⁹⁴ Embora não compita ao presente estudo a discussão aprofundada da polêmica, não se olvidam, inobstante ora deles se prescindia, os entendimentos que pugnam pela extirpação do dissídio coletivo, tanto de natureza econômica como jurídica, em face da nova redação do § 2º do art. 114 da CF, dada pela Emenda Constitucional n. 45/04 cuja conclusão leva a crer que os procedimentos anteriores foram substituídos por verdadeira arbitragem pública, em razão da novel necessidade de “mútuo consentimento” para a instauração do feito.

específico a nulidade de uma ou mais cláusulas ilegais de determinada convenção ou acordo coletivo, ao que igualmente se presta a ação civil pública.¹⁹⁵

Contudo, como se verá adiante, a análise de recentes manifestações jurisprudenciais demonstra que ainda não há clareza quanto à necessidade de verificação das apontadas exigências.

Importa reconhecer que o cumprimento desta missão acaba por envolver decisões muito além daquelas que simplesmente decretam ou não a validade de determinada disposição de instrumento normativo coletivo. Decisões essas as quais, muito embora subjacentes, podem ser, quando pacificadas e se pacificadas, decisivas (com a licença do justificável pleonasma) aos contornos da flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil.

Em assim sendo, a proposta a seguir é a de análise da amplitude destas decisões subjacentes que antecedem ao deslinde das causas que envolvam flexibilização pela jurisprudência, a partir da abordagem do *iter* de apreciação, um a um, dos requisitos apontados.

2. Observação das hipóteses de cabimento

Por mais que pareça óbvio, a avaliação judicial do enquadramento de determinada disposição fixada em instrumento coletivo pressupõe que os julgadores partam do entendimento de que os incisos VI, XIII e XIV do art. 7º da Constituição Federal encerram rol taxativo das matérias trabalhistas que admitem relativização.

¹⁹⁵ O cabimento da ação civil pública na seara trabalhista, incluindo o pleito de nulidade de cláusulas negociais coletivas, e seu reconhecimento por parte da jurisprudência trabalhista é exhaustivamente demonstrada por Raimundo Simão de Melo em seu livro *Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho*.

Todavia, nem mesmo este entendimento mostra-se consolidado no âmbito do Poder Judiciário¹⁹⁶, como se pode inferir da discussão acerca da redução do percentual adicional salarial de 30% (trinta por cento) para o trabalho exposto à periculosidade. Muito embora o art. 7º, XXIII, da CF garanta “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, *na forma da lei*”¹⁹⁷ (destacado), e a lei em referência seja o art. 193 da CLT, que em seu *caput* define o que é trabalho perigoso, para no § 1º fixar que “o trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento)”¹⁹⁸, ambos sem qualquer diferenciação ou concessão à flexibilização pela via negociada, o TST houve por bem converter, em abril de 2005, a Orientação Jurisprudenciais n.º 258 no inciso II da Súmula 364, que diz:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE. (conversão das Orientações Jurisprudenciais n.ºs 5, 258 e 280 da SBDI-1) - Res. 129/2005 - DJ 20.04.2005

I – (...)

II - A fixação do adicional de periculosidade, em *percentual inferior ao legal* e proporcional ao tempo de exposição ao risco, deve ser respeitada, *desde que pactuada em acordos ou convenções coletivos*. (ex-OJ n.º 258 - Inserida em 27.09.2002) - destacado

¹⁹⁶ Cumpre esclarecer que o presente tópico, assim como os seguintes, muito embora lance mão de diversos julgados, não tem por escopo realizar pesquisa quantitativa e nem mesmo levantamento de dados acerca das decisões jurisprudenciais que aceitam este ou aquele pressuposto teórico. Bem por isso, neste momento, tendo em vista que o intuito desta passagem é evidenciar a polêmica jurisprudencial de interesse encerrada no atual estágio histórico, para tanto basta apenas o apontamento de escolhas emanadas de dentro do Tribunal Superior do Trabalho, instância maior da Justiça Especializada. Por tudo isso, cumpre, por fim, chamar a atenção para o fato de que quase todas as referências jurisprudenciais apontadas datam do ano de 2006.

¹⁹⁷ Brasil. Constituição Federal de 1988.

¹⁹⁸ Brasil. Consolidação das Leis do Trabalho.

Em que pese esta súmula de jurisprudência não ter caráter vinculante, muito menos *status* de lei, é certo que expressa o entendimento consolidado do próprio Tribunal, que acaba por reconhecer uma possibilidade de flexibilização, fazendo-o não obstante a ausência de permissivo constante da disciplina constitucional e infraconstitucional do direito referido.

O mesmo acontece, e de maneira ainda mais patente, em se tratando da recente manifestação jurisprudencial, em sede de julgamento de Recurso de Revista, a respeito da possibilidade de fracionamento do intervalo intrajornada, também conhecido como intervalo para refeição e descanso, típico instituto voltado à saúde e à higiene do trabalhador, garantido pelo *caput* do art. 71 da CLT e típica disposição enquadrada no raio de inspiração do inciso XXII, do art. 7º, da CF, que pugna pela “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”¹⁹⁹. Reza o art. 71 do Diploma Consolidado:

Art. 71. Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de seis horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de uma hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder duas horas. (destacado)

§3º. O limite mínimo de uma hora para repouso ou refeição poderá ser reduzido por ato do Ministério do Trabalho, quando, ouvido o Departamento Nacional de Higiene e Segurança do Trabalho (DNHST), se verificar que o estabelecimento atende integralmente as exigências cocerentes à organização dos refeitórios e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares.²⁰⁰

¹⁹⁹ Brasil. Constituição (1988).

²⁰⁰ Brasil. Consolidação das Leis do Trabalho. (destacado).

Reforçando os ditames legais e salientando a natureza da concessão deste direito, há a Orientação Jurisprudencial nº 342, editada pela Seção de Dissídios Individuais – 1 do TST em junho de 2004, que conclui:

INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. NÃO CONCESSÃO OU REDUÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. VALIDADE. DJ 22.06.04

É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.

Embora o texto legal e a súmula de jurisprudência sejam claros ao assegurar o intervalo mínimo de uma hora, tendo o dispositivo celetista relegado ao acordo individual ou à negociação coletiva apenas a majoração deste lapso temporal (respeitado o limite de duas horas), e vinculando sua redução a providência específica a ser avaliada pelo Ministério do Trabalho, a decisão da Seção de Dissídios Coletivos, em Recurso Ordinário proposto nos autos de Ação Anulatória de cláusula convencional (TST-ROAA – 141515/2004-900-01-00), segue em sentido oposto:

NEGOCIAÇÃO COLETIVA. INTERVALO INTRAJORNADA. VALIDADE. Quando a norma coletiva estabelece condições que não implicam, necessária e objetivamente, ofensa à saúde, à segurança e à dignidade do trabalhador, não se pode concluir que ela a norma ofende o § 3º do art. 71 consolidado. É o que acontece com a negociação que prevê o intervalo intrajornada fracionado, isto é, composto de vários intervalos menores. É sob essa ótica que deve ser examinado a teoria do conglobamento, que, como se sabe, não autoriza a ampla e restrita negociação. Mas, no caso concreto, o negociado deve ser preservado, pois ele não co-

lide com normas fundamentais e indisponíveis. Neste caso, portanto, não se decide com ofensa à Orientação Jurisprudencial nº 342/SBDI-1.²⁰¹

Tratou-se de ação proposta pelo Ministério Público do Trabalho pleiteando a invalidade de duas cláusulas da convenção coletiva firmada entre o Sindicato das Empresas de Transportes de Passageiros do Município do Rio de Janeiro e o Sindicato dos Condutores de Veículos Rodoviários e Trabalhadores em Transportes de cargas em Geral e Passageiros do Município do Rio De Janeiro. São elas:

CLÁUSULA 35 Conforme já havia sido ajustado nas Convenções Coletivas anteriores, visando solucionar a aplicação do Art. 71 da CLT e seus parágrafos, ante a tipicidade do Serviço Público essencial prestado à população pela impossibilidade de paralisação, e atendendo o interesse do Pessoal do TRÁFEGO, em ter a sua jornada reduzida para 42hs. semanais (exceto os Fiscais), pois não têm interesse em prorrogar a jornada diária, para continuar a fazer uma só pegada e receber como EXTRA o que excedê-la, fica estabelecido a SUPRESSÃO do INTERVALO destinado à HORA DE DESCANSO E REFEIÇÃO, para que tenham uma só pegada, substituindo-a por uma INDENIZAÇÃO pecuniária, correspondente a 05% (cinco por cento) sobre o salário em vigor, enquanto durar a referida supressão, mantendo apenas o DESCANSO obrigatório ajustado na Cláusula 18ª da presente, com base na flexibilização da jornada permitida pelo Art. 7º, incisos VI e XIV da CRFB e a Jurisprudência do Col. TST que normatizou a hipótese prevista para o Transporte Coletivo relativo ao Art. 71 da CLT (Proc. TST-RO-DC 445.370/98-3) e por analogia, o ENUNCIADO 85 do Col. TST.

Parágrafo 1º - A supressão acima é feita mediante TRANSAÇÃO ante o recebimento pelo Pessoal do Tráfego (MOTORISTA, COBRADOR, DESPACHANTE E FISCAL) DO PERCENTUAL DE 5% (cinco por cento) calculado sobre o salário a ser pago a partir de março de 2001.

²⁰¹ TST — Proc. n.º ROAA-141515/2004-900-01-00.5 — SDC — Rel Ministro José Luciano de Castilho Pereira — Publicação: DJ. 11.04.2006.

Parágrafo 2º - Fica mantida a jornada de trabalho de 07:00 hs diárias ou 42 (quarenta e duas) horas semanais para o Pessoal do Tráfego, estabelecida nas Cláusulas 2ª e 3ª da presente Convenção, EXCETO para os Fiscais, que continua sendo de 44:00 horas por semana. (fl. 27).

Em complemento, consoante informa o voto correspondente ao aludido julgamento:

a Cláusula 18, mencionada na Cláusula 35, assegura o descanso de cinco minutos, ao final de cada viagem, quando o tipo de linha permitir a parada dos veículos, sem contrariar as normas de trânsito ou da SM-TU, condição esta explícita na Cláusula 18 (fl. 22).²⁰²

Fundou-se a decisão, essencialmente, nos seguintes argumentos, *in verbis*:

Mas a própria lei permite a redução deste intervalo, por ato do Ministério do Trabalho, se se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares. Logo, a flexibilização do intervalo mínimo de uma hora já está até mesmo legalmente prevista.

Mas o ato autorizador do Ministério do Trabalho deve ser prévio, como induz a primeira leitura do art. 71/CLT? Em se tratando de Convenção Coletiva de Trabalho é praticamente impossível tal autorização prévia, pois as condições previstas na Lei, quanto aos refeitórios, devem ser examinadas caso a caso. Imagine só, por exemplo, uma CCT dos comerciários de Brasília, São Paulo, Rio de Janeiro etc.; será impossível obter o ato prévio do Ministério do Trabalho. Quando chegar o Ato do Ministério do Trabalho certamente já terá se esgotado o prazo de vigência da CCT.²⁰³

Como se vê, o julgado apontado designou válida a estipulação em instrumento coletivo negociado que fraciona o intervalo intrajornada dos motoristas integrantes da categoria abrangida, não obstante sua jornada diária de trabalho somar 7 (sete) horas, o que, em ver-

²⁰² **Idem, ibidem.**

²⁰³ **Idem, ibidem.**

dade, enseja a experimentação de intervalo de 1 (uma) hora, em face da taxatividade do art. 71 da CLT e seu § 3º.

A decisão, destarte, entendeu por bem estender à negociação uma possibilidade legalmente admitida somente em caso de organização de refeitório e adstrita a juízo do Ministério do Trabalho. Em se tratando, como dito, de disciplina legal submetida ao inciso XXII do art. 7º, da CF, o qual não prevê eventual redução pela via negocial, só se pode concluir que este acórdão não comunga do entendimento acerca da exaustão das hipóteses de flexibilização constitucionalmente autorizadas.

Trata-se de convicção promotora de irrestrita supremacia do *Princípio da Autonomia Privada* sobre a norma legislada, traduzida de um modo um tanto contraditório pelo Ministro Gelson de Azevedo, quando, pregando a negociação coletiva “com respaldo na Constituição”, julgou conforme a sobredita Súmula 364:

Como se observa, privilegia-se na Constituição Federal a instituição de condições de trabalho mediante negociações coletivas. Esta Justiça do Trabalho tem primado por incentivá-las e garantir-lhes o cumprimento, desde que devidamente formalizadas. Sendo, pois, um instrumento do qual as partes podem se valer para regulamentar as relações de trabalho, a norma inserida em convenção ou acordo coletivo de trabalho há de prevalecer, com respaldo na Constituição Federal.²⁰⁴

Entretanto, outras manifestações jurisprudenciais do TST, em sentido oposto, destacam sobremaneira os limites da flexibilização às situações expressamente admitidas pela Carta Constitucional e pela legislação infraconstitucional. É o que faz a decisão a seguir, da 5ª Turma do TST, ao pugnar pela aplicação da OJ-SDI-1 daquele mesmo Tribunal, para tanto tendo assim fundamentado:

²⁰⁴ TST — Proc. nº RR-960/2001-093-09-00.4 — 5ª Turma — Relator Ministro Gelson de Azevedo — Publicação: DJ. 13.10.2006.

A Constituição Federal no art. 7º, inciso XXVI, além de assegurar aos trabalhadores o reconhecimento das convenções e acordos coletivos, autoriza, também, a flexibilização, mediante negociação coletiva, de diversos direitos, como ocorre com o salário, passível de redução na forma do inciso VI.

Contudo, a par do prestígio reconhecido às convenções e acordos coletivos, a jurisprudência desta Corte orienta no sentido de que o direito ao intervalo intrajornada não pode ser objeto de negociação coletiva, pelo que é inválida sua supressão ou redução.

O intervalo mínimo intrajornada constitui medida de higiene e saúde, visando a recompor o organismo humano para suportar a continuidade seguinte do esforço e segurança do empregado, não apenas garantida por norma legal imperativa, nos termos do artigo 71 da CLT, como também tutelada constitucionalmente, no artigo 7º, inciso XXII, da Constituição Federal.

Entendo, nesse contexto, que o acordo coletivo de trabalho e a convenção coletiva de trabalho, igualmente garantidos pela Constituição Federal como fontes formais do Direito do Trabalho, não se prestam a validar, a pretexto de flexibilização, a supressão ou a diminuição de direitos trabalhistas indisponíveis.²⁰⁵

O mesmo aresto ainda refere-se a julgamento precedente (2004)²⁰⁶, que, por sua vez, faz expressa menção à necessidade de observância dos limites constitucionais da flexibilização:

...não se pode reputar como válido o ajuste que suprime ou prevê a não-concessão de intervalo para repouso e alimentação. Isso porque prevalecem os dispositivos do Capítulo II da Seção III da CLT, em que se inserem o art. 71 e parágrafos, que cuidam dos períodos de descanso, porque contemplam preceitos de ordem pública e de natureza imperativa.

²⁰⁵ TST — Proc. n.º RR-1423/2000-005-03-00.0 — 6a Turma — Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga — Publicação: DJ. 13.10.2006.

²⁰⁶ TST — Proc. n.º E-RR-480867/98 — SDI-1 — Relator Ministro Milton de Moura França — Publicação: DJ. 27.08.2004.

Visam eles resguardar a saúde e a integridade física do trabalhador, no ambiente de trabalho. Como normas de ordem pública, estão excluídas da disponibilidade das partes, que sobre elas não podem transigir. De outra parte, à luz dos princípios que regem a hierarquia das fontes de Direito do Trabalho, as normas coletivas, *salvo os casos constitucionalmente previstos*, não podem dispor de forma contrária às garantias mínimas de proteção ao trabalhador, previstas na legislação, que funcionam como um elemento limitador da autonomia da vontade das partes, no âmbito da negociação coletiva. (destacado)

Do quadro apresentado, impõe-se concluir, por questão de lógica, que as decisões judiciais acerca da validade de determinada estipulação que flexibilize direito trabalhista deve partir, em primeiro lugar, da posição acerca da vigência ou não de limites constitucionais à flexibilização.

Sendo assim, o que se pretendeu com esse confronto de arestos é demonstrar que, somente para ficar no ano de 2006, a Corte Superior Trabalhista brasileira não tem ainda consolidado entendimento acerca da taxatividade das hipóteses constitucionais de flexibilização, muito embora o texto da Constituição seja expresso, ainda mais se lido à luz dos Princípios da Dignidade, Protetor e da Norma Mais Favorável, que integram a Carta solidarista vigente.

Deste modo, aponte-se o primeiro desafio que a jurisprudência enfrenta em relação aos caminhos da flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil, pela via negocial: definir se o ordenamento jurídico trabalhista impõe ou não situações exaustivas para o cabimento daquele fenômeno.

3. Preservação do Princípio da Dignidade

Seguindo o roteiro identificado, após o deslinde da questão atinente à possibilidade jurídica da flexibilização de determinado direito trabalhista pela negociação coletiva, ao julgador cabe adentrar as peculiaridades do caso apreciado no sentido de investigar se a consequência do estipulado comporta, dentro do contexto fático que abraça a pretendida relativização, circunstância admitida pelo escopo do ordenamento jurídico laboral.

Neste ensejo, passa a ficar em voga a situação de cada trabalhador submetido àquele instrumento normativo coletivo flexibilizador, principalmente em seu universo individual. Antes mesmo de constatar se à modificação do parâmetro legal inicial concessor da vantagem jurídica contrapõe-se ganho proporcional ao sacrifício, é preciso convencer-se de que esse sacrifício é admissível à luz da necessária preservação da dignidade humana.

Sem dúvida, trata-se de momento delicado, tendo em vista quão subjetivo é o conceito de condição digna. Embora seja até simples compreender, como exposto, que a dignidade é um atributo essencial do ser humano, que o ostenta por ser racional, o convencimento sobre as circunstâncias em que tal atributo mantém-se preservado pode variar de pessoa para pessoa e, conseqüentemente, de magistrado para magistrado.

Tome-se, por exemplo, novamente, o julgado supra transcrito que entendeu válido o fracionamento do intervalo intrajornada dos motoristas de ônibus do Rio de Janeiro. Superando-se a questão de se estar ou não enquadrado o caso em hipótese de flexibilização constitucionalmente prevista e, por opção momentânea, admitindo-se que se trate de direito que pode ser suprimido, é preciso saber a consequência prática da nova regra.

A pergunta é: trabalhar nestas condições, 7 (sete) horas seguidas, com pequenos intervalos de cinco minutos, conduzindo um veículo do tipo ônibus, encarregado do transporte público, consiste num exercício digno da atividade profissional?

Sabe-se que a questão do direito ao intervalo para refeição e descanso finca alicerce na necessidade sobretudo biológica e de higiene de qualquer pessoa que esteja trabalhando. É o momento de se alimentar, dar vazão às vicissitudes fisiológicas e descansar, isto é, recuperar as energias para retornar à plena atividade. Mesmo o parâmetro legal de uma hora, como bem se conhece, é fundado em estudos específicos sobre o assunto, voltados à questão da saúde, da higiene e da segurança do trabalhador.²⁰⁷

De se notar, então, que a avaliação da mudança pretendida traz implícita uma necessária ponderação por parte do julgador a respeito da preservação da dignidade no exercício do trabalho contínuo, sem intervalo para descanso.

Sem dúvida, aqui se quer esclarecer que este quadro conduz, inafastavelmente, à análise tópica dos casos. Com certeza, a redução do intervalo intrajornada para o trabalhador da fábrica com refeitório próximo à disposição não guarda correspondência com a redução do intervalo de um motorista que atua no transporte público e não dispõe de refeitório.

O mesmo pode acontecer em relação a permitidas alterações de jornada de trabalho, seja pela via do banco de horas, seja pela extensão da jornada do trabalho em turnos ininterruptos de revezamento. Também aqui é preciso saber: para os empregados que seguiam determinada rotina antes da aprovação da nova regra pela via negocial, é razoável que se exija nova jornada? Para tanto deverão vir à baila indagações acerca de possíveis influências na vida social do empregado atingido, no seu relógio biológico (por exemplo, quando se tratar de horário noturno) ou mesmo na sua atividade cultural (pessoas que estudam e

²⁰⁷ Por ser tema afeito à jornada de trabalho, cabe a explicação de Alice Monteiro de Barros: “as normas de duração do trabalho têm por objetivo primordial tutelar a integridade física do obreiro, evitando-lhe a fadiga. Daí as sucessivas reivindicações de redução da carga horária de trabalho e alongamento dos descansos. Aliás, as longas jornadas de trabalho têm sido apontadas como fato gerador do estresse, porque resultam em um grande desgaste para o organismo”. (BARROS, Alice Monteiro de. **Ob. Cit.**, p. 630-631)

trabalham). Em caso de alteração do contexto pessoal do trabalhador, a mudança, ainda assim, preserva o cumprimento de seu mister profissional em termos dignos? Cabe considerar de modos diferentes a supressão de situações de conforto biológico e de convivência social ou experiência cultural?

Admite-se que decisão não é tão clara e fácil como possa parecer. O grau de subjetivismo envolvido é importante. Tanto que, para a discussão da supressão do intervalo intrajornada, há uma súmula de jurisprudência e diversos julgados baseados na preservação da saúde e da higiene do trabalhador, enquanto que o recente julgamento em contrário não vislumbra qualquer agressão a tais valores.

Com isso, é de se reconhecer que a observação ou não do Princípio da Dignidade por determinada estipulação convencional coletiva flexibilizadora é conclusão para a qual o julgador deve lançar-se a sopesar o que se lhe parece digno.

E aqui não pertine levantar o fato de que a autonomia coletiva implica, por si só, a consideração pelas partes do fator dignidade, dentro do discurso: “mas se os envolvidos não se queixam e até concordam em assim se submeter, é porque não há falar-se em medida indigna”. Isso porque, também na seara coletiva, em tempos de desemprego estrutural e crise da representatividade sindical²⁰⁸, tal conclusão, via de regra, não pode prosperar.

Por mais que seja uma delimitação subjetiva, é forçoso reconhecer que, para que se alcance um critério eqüitativo de julgamento —haja vista o dever da prestação jurisdicional zelar pela segurança jurídica— é preciso, em sede jurisdicional, a ocorrência de verdadeira redescoberta dos parâmetros que delineiam uma existência digna e, bem assim, um labor digno. É preciso que se tenha ao menos identificável homogeneização, consistente em patamares na medida do possível nivelados acerca de até que ponto certo sacrifício da ima-

²⁰⁸ Assuntos a serem retomados adiante.

gem, da intimidade, da saúde, da segurança, entre outros valores humanos, não arranha ou ataca a dignidade da pessoa humana.

Com certeza não se está a falar de tarefa fácil. A dinâmica da evolução das relações de trabalho, aliada às diferenças regionais próprias de um país de dimensões continentais contribuem de maneira profunda para que critérios próximos, embora subjetivos por natureza, possam ser definidos. Mas, só a simples preocupação e atitude em busca desta meta já representaria substancial avanço da jurisprudência.

Eis, então, mais uma indagação que deve ser encarada por quem se põe a decidir acerca da flexibilização pela autonomia da vontade, qual seja, se a medida flexibilizadora negociada preserva a dignidade do trabalhador, ainda que este se mostre concorde em relação à mudança.

4. Observância do Princípio Protetor: a existência de contrapartida que justifique a concessão feita pelo pólo trabalhador

Finalmente, estando constitucionalmente autorizada a flexibilização que se submete a julgamento, e permanecendo preservada a dignidade do trabalhador, o Princípio Protetor, inerente ao Direito do Trabalho exige, como condição de validade da negociação coletiva, que a vantagem do trabalhador que tenha sido suprimida ou reduzida corresponda a conquista diretamente proporcional.

Para tanto, é mister que o julgador proceda à análise do conjunto de concessões e renúncias que constam do instrumento negocial, novamente sendo levado a ponderar a

natureza dos direitos e obrigações envolvidos e sua razoabilidade dentro do produto final do pacto que pretende reger a relação dos envolvidos.

Neste ensejo, a jurisprudência vem demonstrando reconhecimento da necessidade de interpretação da validade de determinado sacrifício da categoria profissional, explicitada em norma coletiva, fazendo uso da Teoria do Conglobamento, já tratada alhures. Contudo, não é uníssona a aptidão desta teoria quando se estabelece conflito entre norma legislada e norma negociada.

Propõe-se como primeiro parâmetro de avaliação a discussão acerca da possibilidade de supressão ou alteração dos critérios de remuneração das chamadas “horas *in itinere*”.

Como cediço, as horas *in itinere* passaram a contar com específica previsão legal a partir do §2º, acrescentado ao art. 58 da CLT pela L. 10.243/01. Diz o referido dispositivo:

Art. 58.(...)

§2º. O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.²⁰⁹

A presente disposição legal vincula-se à necessária proteção à remuneração correspondente ao trabalho prestado, entendido este como tempo à disposição do empregador, o que se vê consagrado nos incisos X e XVI, do art. 7º²¹⁰, da CF.

²⁰⁹ Brasil. Consolidação das Leis do Trabalho.

²¹⁰ CF, Art 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

X — proteção do salário na forma da lei;

(...)

XVI — remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento a do normal.

Nenhuma das normas acima apontadas traz qualquer exceção à consideração da hora *in itinere* como jornada de trabalho, ao que deve corresponder a necessária contraprestação, assim como também faz a Súmula n.º 90 do TST, que, em abril de 2005, incorporou as antigas Súmulas n.ºs 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais n.ºs 50 e 236 da SDI-1, passando a assim tratar do assunto:

HORAS “IN ITINERE”. TEMPO DE SERVIÇO. (incorporadas as Súmulas n.ºs 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais n.ºs 50 e 236 da SBDI-1) - Res. 129/2005 - DJ 20.04.2005

I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. (ex-Súmula n.º 90 - RA 80/78, DJ 10.11.1978)

II - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas “in itinere”. (ex-OJ n.º 50 - Inserida em 01.02.1995)

III- A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas "in itinere". (ex-Súmula n.º 324 - RA 16/1993, DJ 21.12.1993)

IV - Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas "in itinere" remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. (ex-Súmula n.º 325 RA 17/1993, DJ 21.12.1993)

V - Considerando que as horas “in itinere” são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo. (ex-OJ n.º 236 - Inserida em 20.06.2001)

Não obstante isso, em sentido contrário, foi proferido o seguinte julgamento, pela 1ª Turma do TST, que validou a delimitação da consideração das horas *in itinere* para efeito

de jornada, com a fundamentação que segue, inclusive com a menção à Teoria do Conglobamento e a diversos precedentes no mesmo sentido:

A controvérsia consiste em saber se as horas *in itinere* podem ser previamente fixadas mediante acordo coletivo, independentemente do tempo efetivamente gasto no percurso para o trabalho, em transporte fornecido pelo empregador, sem que o excedente possa caracterizar-se como hora extra.

A Constituição Federal, se por um lado impõe, como regra geral, a observância de condições mínimas de trabalho, de outro consagra a proteção às convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, inciso XXVI), especialmente permitindo a negociação coletiva visando à redução de salários e a flexibilização da jornada de trabalho (art. 7º, incisos VI, XIII e XIV).

Na interpretação de acordos e convenções coletivas, prevalece o princípio do conglobamento, pelo qual as normas devem ser consideradas em seu conjunto e não de forma isolada, tendo em vista que, mediante a negociação coletiva, obtêm-se benefícios para os empregados em face de concessões mútuas. Se as partes decidiram delimitar as horas *in itinere*, há que se conferir validade à cláusula de instrumento coletivo, sendo incabível interpretação extensiva à norma coletiva para deferir diferenças de horas de acordo com o tempo despendido no percurso, sob pena de violação ao art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal.²¹¹

Na mesma direção está o seguinte acórdão proferido pela 5ª Turma do TST:

Na fixação de horas *in itinere*, deve-se prestigiar o pactuado entre empregados e empregadores, por meio de convenções e acordos coletivos

²¹¹ TST — Proc. n.º RR-655.240/00.2 — 1ª Turma — Relator Ministro João Oreste Dalazen — Publicação: DJ. 13.10.2006. Os precedentes referidos no julgado são: RR-586.472/99 — 1ª Turma — Rel. Min. Emmanuel Pereira — D.J. 17.02.2006; RR-668.010/2000 — 2ª Turma — Rel. Min. José Simpliciano F. F. Fernandes — DJ. 07.10.2005; AIRR-815.951/2001 — 3ª Turma — Rel. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi — D.J. 10.08.2006; RR-225/2003-023-09-00 — 4ª Turma — Rel. Min. Barros Levenhagen — DJ. 17.03.2006; RR-136/2005-271-06-00-3 — 5ª Turma — Rel. João Batista Brito Pereira — D.J. 12.05.2006; e RR-787/2004-669-09-00-2 — 6ª Turma — Rel. Min. Aloisio Corrêa da Veiga — DJ. 10.08.2006.

de trabalho, sob pena de violação ao disposto no art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República. A flexibilização no Direito do Trabalho, fundada na autonomia coletiva privada, permite a obtenção de benefícios para os empregados com concessões mútuas. Portanto, se as partes decidiram que as horas *in itinere* não serão consideradas como jornada de trabalho, não se pode deferir essas horas de acordo com o tempo despendido no percurso.²¹²

Aliás, este último aresto, em específico, denota claramente o quanto ainda flutuam os critérios utilizados pelos julgadores em termos de flexibilização. Embora, na passagem acima, tenha-se decidido pela possibilidade de desconsideração das horas *in itinere* em prestígio ao instrumento coletivo negociado, surpreendentemente, pelo motivo inverso, exatamente o mesmo julgado denegou a oportunidade de redução do intervalo intrajornada:

Ocorre que, não obstante tenham as partes pactuado a redução do intervalo para 45 minutos, entende-se que a cláusula convencional não pode prevalecer contra norma imperativa, de ordem pública, que impõe a duração mínima de 01 hora para o descanso intrajornada (artigo 71, caput, da CLT). Não se questiona aqui a autonomia das partes para, através de acordos ou convenções coletivas, estabelecerem a compensação de horários, ou mesmo a redução da jornada (art. 7º, inciso XIII, da CR/88). Nem se desconhece o prestígio atribuído aos instrumentos coletivos pela Constituição Federal (art. 7º, inciso XXVI). Trata-se de reconhecer os limites da autonomia da vontade coletiva, frente às disposições legais cogentes e de ordem pública, que visam à proteção da saúde do trabalhador.²¹³

Por outro lado, corroborando a letra da lei acerca da hora *in itinere*, tem-se o exemplo deste julgamento da 4ª Turma do TST, e que, do mesmo modo, aborda a Teoria do Conglobamento, mas optando pela aplicação da norma heterônoma:

²¹² TST — PROC. nº RR-270/2004-054-03-00.8 — 5ª Turma — Relator Ministro João Batista Brito Pereira — Publicação: DJ. 13.10.2006.

²¹³ **Idem, ibidem.**

Não se visualiza, de outra parte, a alegada violação ao art. 7º, XXVI, da Constituição. Isso porque a matéria relativa às horas in itinere foi acrescida ao art. 58 da CLT pela Lei nº 10.243/01, ficando expressamente previsto em seu § 2º que o tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.

Embora o princípio do conglobamento, adotado na interpretação dos acordos e convenções coletivos, permita a redução de determinado direito mediante a concessão de outras vantagens similares, de modo que no seu conjunto o ajuste se mostre razoavelmente equilibrado, não é admissível a utilização de instrumentos normativos para a preterição pura e simples de direito legalmente previsto.

Com efeito, o inciso XIII do art. 7º da Constituição, ao prever a possibilidade de redução da jornada laboral, por meio de acordo ou convenção coletiva, não autoriza a ilação de que os protagonistas das relações coletivas de trabalho possam ajustar a supressão integral de direito assegurado em lei.

Conquanto se deva prestigiar os acordos e convenções coletivas, por injunção do art. 7º, inciso XXVI, da Constituição, em que se consagrou o princípio da autonomia privada da vontade coletiva, impõe-se sua submissão ao princípio da reserva legal. Do contrário, a manutenção de cláusulas dessa natureza implicaria conferir-lhes o status de lei em sentido estrito, em condições de lhes atribuir inusitado efeito derogatório de preceito legal.²¹⁴

Neste tópico, em particular, o que sugerem os julgamentos colacionados é que, no confronto entre norma legislada e norma negociada, partindo-se do entendimento de que é possível flexibilizar mesmo fora das hipóteses previstas na Constituição Federal, é preciso

²¹⁴ TST — Proc. n.º RR-588/2005-042-03-00.0 — 4ª Turma — Relator Ministro Barros Levenhagen — Publicação: DJ. 13.10.2006.

analisar, conforme a Teoria do Conglobamento, e em respeito ao Princípio Protetor, se o resultado do instrumento coletivo pactuado proporciona, em seu conjunto, conquista que justifique a renúncia envidada pela categoria profissional.

Entretanto, é imperioso notar que, em nenhum dos acórdãos trazidos, o voto que os instrui promove fundamentada explanação do convencimento dos julgadores de que, naquele caso, a negociação coletiva, conjuntamente considerada, contempla verdadeira transação e não simples renúncia de direitos. Isto acontece porque vem prevalecendo, no campo jurisprudencial, a tese segundo a qual a assinatura de uma convenção coletiva (ou acordo coletivo) *presume* que há contrapartida razoável ao despojamento efetivado, uma vez que disso deve ter cuidado a entidade sindical profissional, no cumprimento de seu mister representativo.

Esta suposição é expressamente declinada no julgado a seguir colacionado, da 5ª Turma do TST, que a pretexto de reconhecer validade a pacto coletivo que estende a jornada de trabalho de turno ininterrupto de revezamento de seis para oito horas, aborda a questão da transação implícita:

As disposições relativas à duração do trabalho admitem flexibilização não só para compensação ou redução da jornada, mas, também, para situações específicas e peculiares identificadas pelas partes. A negociação coletiva não aniquila a índole protetiva do Direito do Trabalho, sendo lícito supor que os agentes dessa negociação, por princípio, sabem e buscam a melhoria da condição de trabalho, vale dizer, situação mais benéfica para a realidade concreta de determinado grupo de empregados ou para determinada categoria, afastada a generalidade da previsão legal. Existente norma coletiva válida e dotada de razoabilidade, não de ser excluídos os adicionais deferidos sobre as 7ª e 8ª horas. (...)

Além disso, quando se trata de negociação coletiva, o trabalhador não precisa, nem pode, ser tutelado, sobretudo pelo Poder Judiciário, mesmo porque só se há de reconhecer a qualidade de hipossuficiente do empregado, quando este age de modo individual, pois, aí, sim, estará des-

protegido e vulnerável. Não se deve perder de vista, ainda, que, ao mesmo tempo em que o constituinte criou norma visando à preservação da saúde dos trabalhadores, também assegurou a indigitada flexibilização, conferindo às entidades sindicais ampla possibilidade de pactuarem alterações contratuais.²¹⁵

A última frase transcrita do aresto anterior é forte e emblemática. A vingar o entendimento que atribui “às entidades sindicais ampla possibilidade de pactuarem alterações contratuais”, aí então o patamar flexibilizatório pela via negocial se desgarrar de qualquer limite, sob os fortemente discutíveis argumentos de que o inciso XXVI do art. 7º da CF tem o condão de superar todos os demais direitos garantidos constitucionalmente e de que a manifestação coletiva do trabalhador afasta qualquer hipossuficiência.

Transportando o debate, uma vez mais, para o julgamento que fez prosperar o pacto negociado o qual fracionou o intervalo intrajornada dos motoristas de ônibus cariocas, a cláusula discutida dá a entender que a conquista correspondente consubstancia-se na redução da jornada semanal e, mais interessante, na permissão que o expediente encerre-se mais cedo. Neste caso, o acórdão entendeu admissível e proporcional a supressão do referido intervalo pelo seu fracionamento em troca da redução da jornada semanal e do término antecipado da jornada diária.

Em decisões assim, o julgador acaba instado a ponderar o resultado final da negociação coletiva que contém flexibilização de direitos, buscando saber se há realmente renúncia recíproca e se a mesma comporta proporcionalidade, o que, na realidade, consiste em investigar o respeito ao inarredável Princípio da Proteção.

Finalmente, aí se encontra a última decisão a ser tomada pela jurisprudência que se submete a cuidar da flexibilização pela negociação coletiva: apreciar se o ajuste que com-

²¹⁵ TST — Proc. nº RR-24.513/2002-900-02-00.9 — 5ª Turma — Ministro Relator José Pedro de Camargo — Publicação: DJ. 13.10.2006.

porta despojamento de direito por parte do lado do trabalhador o faz em contrapartida de conquista tal que o justifique.

5. Vicissitudes fáticas envolvidas no processo das decisões identificadas e a sua influência nos futuros contornos da flexibilização do Direito do Trabalho

Retomando-se os pontos acerca dos quais, a teor do ordenamento jurídico trabalhista em vigor, devem (ou, pelo menos, deveriam) manifestar-se os tribunais por conta do julgamento da validade de negociação coletiva flexibilizadora, tem-se a necessidade de posicionamento sobre: a) se o ordenamento jurídico trabalhista impõe ou não situações exaustivas para o cabimento daquele fenômeno; b) se a medida flexibilizadora negociada preserva a dignidade do trabalhador, ainda que esse com aquela se mostre concorde; e c) se o ajuste que comporta despojamento de direito por parte do lado do trabalhador o faz em contrapartida de conquista tal que o justifique.

A primeira indagação parece ser a única que pode ser tratada sob o aspecto eminentemente jurídico. As variações de entendimento até agora apresentadas são todas baseadas no Princípio da Primazia da Constituição, mas a discordância acaba por residir na exegese pessoal dos magistrados sobre o que é realmente prestigiado pelo texto constitucional e pelos princípios que norteiam a ordem jurídica vigente, de modo a, de um lado, lograr êxito a tese que pugna pelo rol exaustivo das hipóteses de flexibilização, pois o *caput* do art. 7º da CF incentiva a obtenção de melhores condições aos trabalhadores; enquanto que, de outra banda, sustenta-se que o constituinte consagrou o Princípio da Autonomia Privada (art. 7º, XXVI, CF) e, bem por isso, a aptidão para o negociado sobrepor o legislado.

Ainda assim, mesmo levando em conta somente o aspecto jurídico, como não se pode negar, todo julgamento é, principalmente, a expressão de um ato político do julgador. Aqui não se está a falar do ato político no sentido leigo (“arte ou ciência de governar”)²¹⁶ em que normalmente é empregada a palavra, mas sim no sentido do “conjunto de princípios ou opiniões políticas”²¹⁷ que inspiram qualquer ser humano pelas situações da vida em sociedade. O juiz, ao apreciar qualquer caso, nada mais faz do que aplicar seus princípios e opiniões políticas relativas ao regramento jurídico que lhe pareça pertinente ao caso. Há uma opção por determinado desfecho e, se há opção, ela sempre guardará algum conteúdo político.

Deste modo, também nesta oportunidade, o posicionamento dos magistrados acerca do contexto do fático trabalho pode influenciar na decisão exarada. Já quanto às outras duas investigações apontadas, tal influência é demasiadamente forte e patente.

Contudo, antes de analisar as possibilidades em relação ao futuro jurídico da flexibilização no Brasil, é preciso conhecer ao menos as principais vicissitudes fáticas experimentadas pelo mundo do trabalho e que devem permear as decisões judiciais.

Nesta perspectiva, se seguirá a breve abordagem de três temas, todos eles já mencionados neste estudo, em oportunidades anteriores: a pressão pela adoção de um sistema jurídico trabalhista menos rígido, o fenômeno do desemprego e a crise da representatividade sindical.

Muito já foi dito, neste trabalho, sobre os conceitos que delineiam o ideário neoliberal e sua vertente apontada para a necessidade de flexibilização das relações de trabalho e das regulações jurídicas correspondentes. Afora as teses mais radicais, que pretendem a

²¹⁶ DICIONÁRIO HOUAISS. Disponível em: <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=pol%EDtica&cod=151633>. Acesso em: 20 out. 2006.

²¹⁷ **Idem, ibidem.**

completa desregulamentação em favor da autonomia privada coletiva, o que se vê, no Brasil, atualmente, é o anseio dos empreendedores por uma possibilidade de arcar com menos custos em relação ao vínculo de emprego.

Este manifesto ganha maior amplitude em relação aos negócios de menor porte, importantes núcleos geradores de emprego, mas que, normalmente, sofrem com os pesados encargos incidentes sobre a atividade, sobretudo trabalhistas e fiscais. Em verdade, trata-se da mesma inquietude já referida, qual seja, a de que excessiva proteção legal do empregado leva à falta de emprego, ou, como acontece bastante por aqui, à informalidade.

Estudioso do assunto e ferrenho defensor de adequações legais que permitam a criação de mais postos de emprego, José Pastore sustenta a idéia de um “SIMPLES” trabalhista, aplicável aos negócios de pequeno e médio porte, referindo-se à experiência da arrecadação fiscal simplificada, também chamada “SIMPLES”. Em sua recente coletânea de publicações jornalísticas intitulada *As Mudanças no Mundo do Trabalho*, o professor apresenta um quadro demonstrativo das despesas de contratação no Brasil, composto por institutos clássicos como as férias, o aviso prévio, o 13º salário, o repouso semanal remunerado o FGTS e a contribuição previdenciária, entre outros. Partindo daí, Pastore conclusivamente sustenta que:

Está na hora de partir para um SIMPLES trabalhista que venha a reduzir a burocracia, as despesas e o custo dos conflitos nessa área. Você já imaginou o impulso de formalização que uma redução de uns 30% ou 40% nessas despesas produziria nas micro e pequenas empresas?²¹⁸

Em que pesem os brados de capitalistas e economistas nesta linha, o tema está longe de comportar unanimidade. São igualmente bastantes as vozes contrárias à necessidade de flexibilização do Direito do Trabalho, apresentando para tanto vários argumentos, mor-

²¹⁸ PASTORE, José. *As mudanças no mundo do trabalho: leituras de sociologia do trabalho*, p. 81.

mente a injustiça de se precarizar o direito do trabalhador de cunho social e fundamental —em se considerando que também fazem parte das despesas combatidas a maciça incidência fiscal—, bem como as experiências flexibilizadoras que, segundo estudos, não importaram em crescimento da taxa de emprego.

Neste particular, é interessante a pesquisa envidada pelo economista e professor brasileiro Fernando Augusto M. Mattos, publicada no periódico mexicano *Investigación Económica*, por meio do qual são trazidos vastos dados estatísticos que demonstram que a flexibilização do mercado de trabalho baseada na experiência americana não logrou o mesmo êxito no âmbito da União Européia. Bem por isso, assim conclui:

Lo más dramático de esta situación, desde el punto de vista de los trabajadores, es que la flexibilización de los mercados de trabajo no permitió una transformación de las altas tasas de desempleo en el trabajo. Por el contrario, lo que se verificó fue una ampliación (o manutención de niveles ya elevados) de las tasas de desempleo, reducción de los derechos sociales y laborales, reducción de los rendimientos reales del trabajo, concentración personal y funcional del salario (Mattos, 2001) y una continua amenaza de desempleo; es decir, los beneficios prometidos por el pensamiento ideológico que defendió la flexibilización de los mercados de trabajo no fueron de hecho obtenidos.²¹⁹

E por falar em emprego, a sua escassez já de há tempos é tratada como problema estrutural no mundo capitalista, que dirá no Brasil. O economista Márcio Pochmann esmiúça o tema em seu livro *O Emprego na Globalização*, explicando as diversidades presentes no fenômeno de extensão global²²⁰ e, o que mais interessa no momento, suas facetas brasileiras:

²¹⁹ MATTOS, Fernando Augusto M. Flexibilización de los mercados de trabajo europeos: una historia más de fracaso del modelo neoliberal. *Investigación Económica*, p. 58-59.

²²⁰ Quanto a este assunto, explica o autor que “a mudança na composição do excedente de mão-de-obra tem ocorrido tanto nas economias avançadas como nas atrasadas. No primeiro grupo de países, o desemprego aber-

Como referencial metodológico oficial no Brasil considera-se desempregado apenas e tão somente o trabalhador que, além de ter procurado emprego durante o período de referência da pesquisa, se encontrava apto para o exercício imediato de uma vaga, sem ter trabalhado nem mesmo uma hora durante a semana da pesquisa, há uma subestimação na aferição do volume de desempregados. (...)

A despeito tudo disso, parece ser incontestável a presença de uma verdadeira epidemia de desemprego no Brasil. Em 1999, por exemplo, o Brasil assumiu a terceira posição no *ranking* mundial do desemprego, pois possuía, segundo dados do PNAD do IBGE, 7,6 milhões de pessoas sem trabalho. No total do desemprego o Brasil perdeu apenas para Índia, Indonésia e Rússia.²²¹

Apenas para dados mais recentes, o último apontamento trazido pelo site do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócio-Econômicos (DIEESE), conforme a Pesquisa de Emprego e Desemprego (PED), dá conta da existência estimativa, em maio de 2006, de 1.714.000 (um milhão, setecentos e quatorze mil) desempregados, entre homens e mulheres, somente na região metropolitana do Município de São Paulo.²²²

Finalmente, aliada aos fatores assinalados, finalmente, encontra-se verdadeira crise da representatividade sindical, tema já abordado no antecedente Capítulo II, mas que sugere algum complemento.

to, as ocupações precárias e sub-remuneradas voltaram a ganhar importância, enquanto no segundo grupo de nações o desemprego aberto passou a ser mais fortemente representado na geração do excedente de mão-de-obra.” (POCHMANN, Márcio. **O emprego na globalização: a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu**, p. 77) Sobre o desemprego global, o estudo traz significativos números: “a partir dos anos 70, a economia global passou a evoluir favoravelmente à geração de um maior excedente de mão-de-obra. Para uma População Economicamente Ativa estimada em 1999 pela Organização Internacional do Trabalho em 3 bilhões de pessoas, havia cerca de 1 bilhão de trabalhadores vivendo com sua capacidade de trabalho subutilizada. Ou seja, 1 a cada 3 trabalhadores encontrava-se na situação de desemprego ou exercendo atividades de sobrevivência. Em síntese, condição disfarçada de desemprego (subemprego) — (**Idem, ibidem**, p. 81).

²²¹ **Idem, ibidem**, p. 100-101.

²²² Disponível em <http://turandot.dieese.org.br/icv/TabelaPed?tabela=4>. Acesso em : 05 out. 2006.

Partindo-se do sistema jurídico vigente, o poder de representação do sindicato e o Princípio da Liberdade Sindical em face da intervenção estatal restaram consagrados pela Constituição Federal, principalmente em seu art. 8º. Os tribunais pátrios também avançam a passos largos no reconhecimento da ampla aptidão das Entidades Sindicais para representar a classe trabalhadora, como demonstrou o cancelamento, em outubro de 2003, da extensa Súmula 310 do TST²²³, que limitava a representação processual sindical.

Ainda assim, permanecem alguns importantes resquícios da intervenção estatal na vida sindical, como constata Mirta G. Lerena de Misailidis, a partir da análise da Carta Magna:

A Constituição Federal de 1988 transformou as normas da CLT, que regulamentavam a estrutura sindical, em princípios constitucionais. No artigo 8º, *caput*, assegura-se a liberdade de associação profissional ou sindical, e no inciso I, estabelece-se que são “*vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical*”. Porém, o texto constitucional manteve a unidade sindical, as contribuições sindicais, o

²²³ Dizia a Súmula 310: SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO. I - O art. 8º, inciso III, da Constituição da República não assegura a substituição processual pelo sindicato.; II - A substituição processual autorizada ao sindicato pelas Leis nºs 6.708, de 30.10.1979, e 7.238, de 29.10.1984, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 03.07.1989, data em que entrou em vigor a Lei nº 7.788; III - A Lei nº 7.788/1989, em seu art. 8º, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria; IV - A substituição processual autorizada pela Lei nº 8.073, de 30.07.1990, ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem à satisfação de reajustes salariais específicos resultantes de disposição prevista em lei de política salarial; V - Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade; VI - É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto; VII - Na liquidação da sentença exequenda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas em seu nome ou de procurador com poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações de cumprimento; VIII - Quando o sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios. (Res. 1/1993, DJ 06.05.1993)

enquadramento sindical por categoria e a mediação da Justiça do Trabalho nos dissídios coletivos. O que significa que o constituinte concedeu autonomia aos interlocutores sociais para a criação, gestão e atuação dos sindicatos, porém, sem abandonar as formas anteriores de intervenção.²²⁴

Contudo, se houve avanço no aspecto jurídico-formal da questão da garantia e da amplitude da representação sindical, apesar das restrições mencionadas, é forçoso admitir que, na realidade, o exercício efetivo desta atribuição sofre, atualmente, um processo sério de enfraquecimento, decorrente da crise da *representatividade* sindical.

Antes de prosseguir, é preciso esclarecer que representação e representatividade sindicais não se confundem, mas, ao contrário, emergem diferenças viscerais entre ambos os conceitos. É que a representação sindical revela-se situação objetiva, identificável a partir do reconhecimento estatal e, mais importante, do reconhecimento, para fins de negociação, daqueles que empregam, para os quais, no mais das vezes, interessa apegar-se aos critérios da norma de regência. Já a representatividade sindical traduz-se pela postura do representado frente ao representante, no caso, do trabalhador frente ao Sindicato. Sentindo-se efetivamente representado, ou mesmo permitindo-se representar, o trabalhador como que legitima a atuação sindical, por meio de verdadeiro voto de confiança, que passa, igualmente, pela consciência de pertencimento a uma categoria de interesses comuns. Quanto mais assim sintam os trabalhadores pertencentes à categoria abraçada por determinada entidade sindical, tanto mais representatividade essa entidade apresentará.

Ocorre que a metamorfose experimentada pelas relações de trabalho, já tratada aqui quando da abordagem da flexibilização das práticas produtivas²²⁵, traz consigo intensa di-

²²⁴ MISAILIDIS, Mirta G. Lerena de. **Os desafios do sindicalismo brasileiro diante das atuais tendências**, p. 78. De novo, não se entrará na discussão acerca da manutenção ou não do dissídio coletivo após a Emenda Constitucional n.º 45/04.

²²⁵ Cf. Cap. II, “2”.

luição desta consciência de classe, o que acaba, conseqüentemente, minando a representatividade sindical, além de contribuir decisivamente para o desvirtuamento da atuação dos próprios Sindicatos.

Diz Antunes que “essas mutações criaram, portanto, uma classe trabalhadora ainda mais diferenciada, entre qualificados/desqualificados, mercado formal/informal, homens/mulheres, jovens/velhos, estáveis/precários, imigrantes/nacionais, etc.”²²⁶

Por causa desta profunda fragmentação, é cada vez mais difícil aos empregados reconhecerem-se pertencentes a uma mesma classe, com interesses comuns e, assim, alinhados numa eventual batalha pela conquista de melhores condições de labor. Num contexto desse, por certo, a representatividade sindical é substancialmente ferida, dando ensejo à vertiginosa queda da sindicalização e a negociações coletivas em que os Sindicatos exercem o poder de representação, mas, sem contar, no plano fático, com expressiva representatividade.

Acerca da influência das referida metamorfose no sindicalismo global, incluindo a situação brasileira²²⁷, informa Antunes que

...elas afetaram a *forma de ser da classe trabalhadora*, tornando-a mais heterogênea, fragmentada e complexificada. Essas transformações afetaram também intensamente os organismos sindicais em escala mundial. Como expressão mais evidente dessa crise pode-se destacar uma ní-

²²⁶ ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho**, p. 191.

²²⁷ É exatamente no contexto da crise sindical brasileira que são travados os embates a respeito da Proposta de Emenda Constitucional alcunhada de “reforma sindical”(PEC n.º 369), de tramitação ainda emperrada no Congresso Nacional.

tida *tendência de diminuição das taxas de sindicalização*, especialmente na década de 1980.²²⁸

Pois bem. Situadas essas vicissitudes que permeiam a situação fática, cumpre alinhavar sua influência no debate pertinente aos caminhos de solução judicial da flexibilização do trabalho. E essa influência é sobremaneira presente.

Se, como visto, a ordem constitucional vigente impõe ao julgador a avaliação das disposições coletivamente negociadas à luz das hipóteses previstas, do Princípio da Dignidade e do Princípio Protetor, é inarredável a constatação que tais análises jamais poderão se prender a uma simples subsunção da situação à letra fria da lei.

Bem por isso, a visão que o julgador tenha a respeito da questão das reivindicações liberais (ou neoliberais), do contexto de desemprego e da crise sindical tornam-se verdadeiros pontos de partida orientadores da solução a ser exarada.

Basta, para tanto, um pequeno exercício imaginativo de comparação. Uma visão mais apegada à natureza social e solidarista da realidade trabalhista tende a conduzir a um posicionamento defensivo em relação a qualquer medida que possa significar ao trabalhador perda ou redução de direitos. Sendo assim, a conclusão natural aponta para que as hipóteses de flexibilização sejam exaustivamente previstas em sede constitucional e que os inúmeros direitos que não comportam expressamente medida flexibilizadora traduzam verdadeiros *standarts* da atividade profissional exercida em condições dignas (como saúde, higiene, segurança, acesso à cultura, etc.), impassíveis de qualquer afetação. Do mesmo modo, para aqueles direitos que podem ter seus parâmetros alterados pela via negocial, é preciso investigar se a tal alteração, no contexto fático que envolve as partes, correspondeu

²²⁸ ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**, p. 67. Na seqüência da passagem transcrita, o autor apresenta um quadro das taxas de sindicalização de vários países capitalistas, na p. 68.

vantagem proporcional, a ser constatada a partir do que pareça razoável aos olhos do julgador. Tem-se, assim, quadro desfavorável à expansão do fenômeno flexibilista.

Ao contrário, em prevalecendo o convencimento de que em tempos de desemprego são necessárias concessões a bem da manutenção e criação de postos de trabalho, conforme o discurso neoliberal flexibilizante, a tendência sugere que o magistrado que assim pense incline-se a um deslinde judicial voltado para que a negociação coletiva prevaleça até mesmo além dos casos previstos constitucionalmente. Neste momento, levam novamente à reflexão acerca do papel da negociação coletiva em tempos atuais as palavras de Mirta G. Lerena de Misailidis:

Diante do cenário econômico e político do país, o debate sobre a ruptura com o sistema das relações de trabalho deixou de ser prioridade para os trabalhadores, tornando-se mais importante a defesa dos direitos trabalhistas conquistados do que a tentativa de alcançar novas conquistas, o que impediu o debate efetivo sobre a modernização das relações de trabalho no Brasil, iniciado no começo dos anos 80.²²⁹

Demais disso, a delimitação acerca da dignidade do trabalhador e a necessidade da contraprestação em caso de despojamento de direitos ganha diferente contorno, pois, em sendo premente a preservação do emprego, a pura e simples manutenção dos postos de trabalho, seja em que circunstância for, passa a significar, *de per si*, experimentação digna e justificadora de qualquer sacrifício — algo como “ser digno é ter emprego”. Já nesta situação, a jurisprudência abriria espaço para intensa atividade flexibilizadora.

Ao que se pôde constatar nos tópicos anteriores, as manifestações jurisprudenciais ainda são encontradas em um e outro sentido, ainda que dentro do mesmo Tribunal Superior do Trabalho. Vive-se, assim, tempos de confrontação de idéias e conceitos jurídicos em busca de futura, mas ainda incerta, padronização de critérios, refletindo exatamente os con-

²²⁹ MISAILIDIS, Mirta G. Lerena de. **Ob. Cit.**, p. 82.

trapontos inerentes à realidade global do trabalho, vivificadas pelo intenso confronto travado entre capitalismo e Estado de Bem Estar Social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Falar em flexibilização do Direito do Trabalho pela via da negociação coletiva significa tocar tema extremamente familiar e peculiar ao direito laboral, mas, ao mesmo tempo, significa tratar de exceção em relação ao histórico enlace visceral mantido entre norma jurídica e Estado.

No mundo do trabalho, a palavra flexibilização, já de algum tempo, é de ordem e se tem sua aplicação reivindicada tanto no que pertine à rotina da relação trabalhista, quanto naquilo que acometa ao Direito do Trabalho. Enquanto no primeiro caso as mudanças de parâmetros foram e estão sendo experimentadas a toque de caixa, é forçoso reconhecer que, no plano jurídico, a questão comporta mais cautela, principalmente porque, no caso brasileiro, há todo um ordenamento jurídico vigente, fulcrado em uma Constituição Federal do tipo rígida, que deita profundas raízes no Estado de Bem Estar Social.

Bem por isso, vigem no Brasil —e com toda a força cogente que não se pode negar a este tipo de norma— os Princípios da Dignidade Humana, da Valorização Social do Trabalho, da Justiça Social e da Função Social da Propriedade, os quais, irradiados na seara trabalhista reforçam os outros princípios, tipicamente trabalhistas, como o Princípio Protetor e sua decorrente Regra da Norma Mais Favorável ao trabalhador. Alia-se a isso tudo a efetividade de um direito positivado constitucional e infraconstitucionalmente extremamente vasto no que se refere à garantia de direitos trabalhistas (arts. 7º a 11 da CF, CLT, leis esparsas).

Da mesma forma, imperativo reconhecer os direitos trabalhistas como direitos fundamentais protegidos contra qualquer tendência de abolição (art. 60, IV, CF), exceto nas situações em que o próprio Poder Constituinte expressamente permitiu, quais sejam, aquelas constantes dos incisos VI, XIII e XIV do art. 7º da Carta Magna, permanecendo as de-

mais cláusulas pétreas trabalhistas juridicamente a salvo de inovação do Poder Constituinte Derivado Reformador que, porventura, pretenda ampliar esse rol.

O quadro normativo trabalhista vigente no Brasil, até por sua evolução histórica, demonstra que, realmente, tais vantagens sociais integram um conjunto rígido de direitos, que devem ser preservadas a todo custo. Qualquer dúvida de interpretação nesse sentido deveria falecer quando confrontada com os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil (arts. 1º e 3º da CF) e os princípios por ela consagrados, de natureza essencialmente solidarista, sem se falar no mote positivista da Supremacia da Constituição.

Neste passo, o fenômeno da flexibilização do Direito do Trabalho pelo viés da autonomia privada coletiva, em terras brasileiras, experimenta limitações legais que acabam por delinear exigências que devem ser satisfeitas para a sua implementação. Outrossim, em termos práticos e em tempos de exaltação da negociação coletiva, admitindo-se a inconstitucionalidade da inovação legal voltada a ampliar os caminhos da menor rigidez juslaboral, a palavra final acerca do alcance daquelas exigências cabe à Justiça do Trabalho.

Entretanto, essas mesmas exigências, já exaustivamente repetidas neste estudo, envolvem decisões subjacentes à solução da validade ou não de cada norma coletiva flexibilizadora levada à apreciação judicial, pelas diversas formas possíveis. Decisões essas carregadas de conteúdo pessoal de cada julgador, pois abordam temas como a dignidade do trabalhador e contraposição de vantagens e desvantagens emergentes do plano negocial.

O que se pretendeu evidenciar é que, muito embora exista uma inspiração a ser seguida muito bem delimitada pelo ordenamento trabalhista, a questão dos limites da autonomia coletiva, em se tratando de flexibilização do Direito do Trabalho, ainda é eivada de incertezas, provenientes dos diversos entendimentos jurisprudenciais que continuam a apresentar diferentes exegeses quanto ao que propugna o regramento trabalhista, sobretudo

constitucional, o que acontece exatamente por causa dos aspectos subjetivos que, mais do que precederem a solução exarada, a direcionam de maneira decisiva.

Deste modo, do ponto de vista prático, um desfecho conclusivo e definitivo acerca dos reais limites da flexibilização do Direito do Trabalho, neste momento, ainda é busca inglória. Para tal, antes de mais nada, é preciso que se consiga certa identidade de critérios jurisprudenciais quanto aos parâmetros que antecedem o julgamento da validade da disposição coletiva flexibilizadora, o que não parece ser algo próximo.

Em síntese, a real definição dos contornos e, portanto, do futuro da flexibilização do Direito do Trabalho está a depender de verdadeira tomada de postura do Poder Judiciário especializado, que passa pelo reconhecimento da vasta inspiração solidarista que permeia todo o texto constitucional ou, em contrapartida, do convencimento de que a ampla possibilidade de flexibilização possa mesmo conduzir o país à preservação da dignidade e do valor social do trabalho.

Ocorre que, por ocasião da opção pelo segundo caminho, não se poderá negar que a completa prevalência da autonomia coletiva significará retorno de *status* histórico já vivenciado em tempo anterior à implementação do Direito do Trabalho, promovendo-se verdadeira retomada do liberalismo puro, com o agravante, para as conquistas trabalhistas, da atual crise de consciência de classe dos trabalhadores . Isso porque, reafirme-se, deste modo é dado ao empregador com eficiência autuar em nome de seu interesse natural na redução de encargos com mão-de-obra diretamente com quem a presta, em que pese toda a fragilidade desta, fazendo-o à distância da intervenção estatal e ostentando com a supremacia econômica que lhe é peculiar.

Ao cabo, só é possível afirmar que, dentro do que se apresenta no universo jurídico nacional, o destino da flexibilização do Direito do Trabalho pela autonomia coletiva é questão de jurisprudência e, a julgar pelo constatado, o Poder Judiciário brasileiro detém as

chaves para a justificação jurídica da flexibilização do direito do trabalho, sendo diuturnamente provocado a se posicionar sobre o tema. Por isso, está claro que aos julgadores está-se pedindo que optem. Detendo as chaves, o Poder Judiciário sofre a pressão neoliberal para que sejam abertas as portas do direito à flexibilização.

O que se espera, ansiosamente, é que, em respeito aos séculos de luta e ao anseio popular traduzido pela atuação constituinte originária, a pergunta seja respondida a partir da inafastável vigência de um ordenamento jurídico fulcrado no solidarismo constitucional, contemplativo da dignidade humana e inspirador do direito fundamental do trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCÂNTARA, Eurípedes. O neoliberalismo já foi de esquerda. **in Revista Veja**. Disponível em http://veja.abril.com.br/190203/p_047.html. Acesso em: 20 out. 2006.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Trad. Luís Afonso Heck, Rio de Janeiro, v. 1, n. 217, p. 67-79, jul-set. 1999.

_____, Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, democracia e jurisdição constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 217, p. 55-66, jul-set. 1999.

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 9 ed. Campinas: Cortez, 2003.

_____. **Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho**. São Paulo: Boitempo, 2005.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2006.

BELTRAMELLI NETO, Silvio; MISAILIDIS, Mirta Gladys Lerena de. A postura do trabalhador brasileiro em tempo de reforma legal: contribuições para uma análise mais ampla. **Revista Jurídica**, Campinas, v. 21, n. 2, p. 115-125. 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

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

BRONSTEIN, Arturo. Campo de aplicação da relação de trabalho — trabalho dependente em situações ambíguas e relações triangulares. In: Fórum internacional sobre flexibilização no Direito do Trabalho, org. Tribunal Superior do Trabalho, 2003, Brasília. **Flexibilização no Direito do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

BURNS, Edward MacNall; LERNER, Robert E.; MEACHAN, Standish. **História da Civilização Ocidental: do homem das cavernas às naves espaciais – vol. 2**. Trad. Donaldson M. Garshagen. 40 ed. São Paulo: Globo, 2001.

CORREIA, Nilton da Silva. Painel: Flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil. In: Fórum internacional sobre flexibilização no Direito do Trabalho, org. Tribunal Superior do Trabalho, 2003, Brasília. **Flexibilização no Direito do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

CREPALDI, Joaquim Donizeti. **O Princípio de proteção e a flexibilização das normas do Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1972.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Alcance e limites do princípio da norma mais benéfica ao empregado: reflexões a partir de alguns casos controvertidos**. Disponível em <http://www.trt23.gov.br/servicos/ejud/NormaBenefica-LTr.pdf>. Acesso em 17 de outubro de 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2006.

_____. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, ano 70, n. 6, p. 657-667. 2006.

Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócio-Econômicos (DIEESE). **Pesquisa de Emprego e Desemprego (PED)**. Disponível em <http://turandot.dieese.org.br/icv/TabelaPed?tabela=4>. Acesso em : 05 out. 2006.

DICIONÁRIO HOUAISS. Disponível em: <http://houaiss.uol.com.br/>.

Direitos humanos: normas e convenções. Bauru: Edipro, 2003.

DRUCK, Maria da Graça. **Terceirização: (des)fordizando a fábrica**. São Paulo: Boitempo, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIORI, José Luís. **Os moedeiros falsos**. 5 ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

FRENCH, John D. **Afogados em leis: A CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros**. Trad. de Paulo Fontes. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

GENARRI, Adilson Marques. Globalização, neoliberalismo e abertura econômica no Brasil dos anos 90. **Pesquisa e Debate**, São Paulo, v. 13, n. 1 (21), p. 30-45. 2002.

GIAMBIAGI, Fábio; ALMEIDA, Paulo Roberto de. Rumores exagerados sobre a “morte do Consenso de Washington”. **Revista de economia e relações internacionais**, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 50-73, jul. 2004.

GIUGNI, Gino. **Introduzione allo studio della autonomia collettiva**. Ristampa inalterata. Milano : Giuffrè, 1977.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 13 ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HIRST, Paul; THOMPSON, Grahme. **Globalização em questão: a economia internacional e as possibilidades de governabilidade**. Trad. Wanda Caldeira Brant. Petrópolis: Vozes, 1998.

HOBBSBAWN, Eric. **A era dos extremos**. Trad. Marcos Santarrita. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IANNI, Octávio. Globalização e neoliberalismo. **São Paulo em perspectiva**. São Paulo, v. 12, n. 2, p. 27-32, abr.-jun. 1998.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 9 ed. São Paulo: Método, 2005.

LIMA, Abili Lázaro de Castro. **Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A prescrição do direito de ação para pleitear indenização por dano moral e material decorrente do acidente de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, ano 70, n. 5, p. 535-547. 2006.

MARTINEZ, Vinício C. Estado Moderno ou Estado de Direito Capitalista? **In Jus Navigandi**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8536>. Acesso em: 06 jul. 2006.

MARX, Karl. História e Dialética *in* **Textos de Filosofia Geral e de Filosofia de Direito**, org. Aloysio Ferraz Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____; ENGELS, Friedrich. **Manifesto comunista**. Trad. Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo, 2002.

MATTOS, Fernando Augusto M. Flexibilización de los mercados de trabajo europeos: una história más de fracaso del modelo neoliberal. **Investigación Económica**, México D.F., v. LXIV, n. 252, p. 21-62, abril-junho. 2005.

MAUS, Ingeborg. Do Estado nacional para o Estado global: o declínio da democracia. **Revista Impulso**, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 113-134. 2003.

MELO, Raimundo Simão. **Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor — Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MISAILIDIS, Mirta G. Lerena de. **Os desafios do sindicalismo brasileiro diante das atuais tendências**. São Paulo: LTr, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OHMAE, Keinichi. **O fim do Estado-Nação: a ascensão das economias regionais**. Trad. Ivo Korytowsky. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

PASTORE, José. **As mudanças no mundo do trabalho: leituras de sociologia do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

PAULANI, Leda Maria. O governo Lula é alternativa ao neoliberalismo? **Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política**, Rio de Janeiro, n. 16, p. 90-94, jun. 2005.

PEREIRA, Laércio Barbosa. Considerações sobre a crise do Estado no Brasil: crítica ao “Consenso de Washington”. **Revista Indicadores Econômicos – Fundação de Economia e Estatística (FEE)**, v. 23, n. 1, p. 127-137, mai. 1995.

POCHMANN, Márcio. **O emprego na globalização: a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2002.

PRADO, Eleutério F.S. Pós-grande indústria e neoliberalismo. **Revista de Economia Política**. São Paulo, v. 25, n. 1, p. 11-25. jan-mar. 2005.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Trad. Wagner D. Giglio e Edílson Alkmim Cunha. 3 ed. São Paulo: LTr, 2004.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

RUDIGÜER, Dorothee Susanne. Teoria da flexibilização do Direito do Trabalho: uma tentativa de contextualização histórica. **Revista Prima Facie**. Paraíba, ano 3, n. 4, p. 29-57, jan-jun. 2004. Disponível em <http://ns.ccj.ufpb.br/primafacie/>. Acesso em: 29 set. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. A problemática dos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 333-394.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SCHULTE, Bernd. Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 301-332.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. **Revista Impulso**, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 9-31. 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-46.