

SEBASTIÃO VINÍCIOS BARBOSA

**A FLEXIBILIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL SOB UMA
PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL**

CARATINGA-MG
CURSO DE DIREITO
2016

SEBASTIÃO VINÍCIOS BARBOSA

**A FLEXIBILIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL SOB UMA
PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das
Faculdades Doctum, Unidade de Caratinga, como
requisito parcial para a obtenção do título de bacharel
em Direito.

Área de Concentração: Direito do Trabalho

Orientador: Prof. Frederico Fernandes Dutra

CARATINGA-MG
CURSO DE DIREITO

2016

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente a Deus, por permitir-me a existência, sempre iluminando meus passos e dando-me a paciência e o discernimento necessário, me possibilitando ser melhor.

Agradeço ao corpo docente do curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga pelas aulas ministradas com dedicação e sabedoria, em especial, ao meu orientador, Professor Dr. Frederico Fernandes Dutra pela paciência ao longo do desenvolvimento da presente monografia, colaborando de forma essencial para a sua elaboração.

Agradeço, em especial, aos amigos e parentes pelo estímulo e força incomensuráveis.

O trabalho não é o castigo: é a santificação das criaturas. Tudo o que nasce do trabalho é bom. Tudo o que se amontoa pelo trabalho é justo. Tudo o que se assenta no trabalho é útil. Por isso, a riqueza, por isso, o capital que emanam o trabalho são, como ele providenciais; como ele necessários, benfazejos como ele. Mas, já que do capital e da riqueza é manancial o trabalho, ao trabalho cabe a primazia incontestável sobre a riqueza do capital.

(Rui Barbosa)

SUMÁRIO

RESUMO	5
ABSTRACT	6
INTRODUÇÃO	7
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	9
1 DIREITO DO TRABALHO	12
1.1 Panorama histórico e evolutivo	12
1.2 Princípios da proteção e valor social do trabalho e a imperatividade das normas trabalhistas	16
2 FLEXIBILIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO	22
2.1 A livre iniciativa e os poderes empregatícios	22
2.2 Flexibilização e desregulamentação	25
2.3 Flexibilização e o dilema da valorização do trabalho e a preservação da empresa	26
3 O PAPEL DAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS	29
3.1 Negociações coletivas: acordos e convenções	29
3.2 Da possibilidade de flexibilização das condições de trabalho	32
CONSIDERAÇÕES FINAIS	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39

RESUMO

A proposta do presente trabalho é analisar a flexibilização das condições de trabalho e a sua utilização como alternativa para diminuição dos reflexos da crise econômica, como o desemprego, subemprego e aumento da mão de obra em trabalhos informais. A problemática decorre de variados motivos, entre quais se destaca o rigor da legislação trabalhista brasileira e a indisponibilidade dos direitos pelo empregado, tido como o hipossuficiente da relação de emprego. Fatores como a burocracia, o exagerado valor dos encargos sociais e demais obrigações trabalhistas oneram os empregadores que se propõe ao estrito cumprimento do regramento trabalhista pátrio, inviabilizando, de certo modo, a abertura de novas frentes de trabalho. Ademais, em razão de todos os processos que vão ocorrendo no curso do tempo, há necessidade de serem estabelecidos mecanismos de flexibilização do trabalho. Todavia, impossibilitando a simples conclusão de se estabelecer normas juslaborais flexíveis, ressalta-se que nosso ordenamento jurídico, em especial o sistema constitucional inaugurado pela Constituição de 1988, está voltado ao primado do trabalho, aos valores sociais e à garantia da dignidade do trabalhador, bem como, para que se garanta a própria interpretação do que propõe a pesquisa, a Constituição erigiu, como fundamento do Estado Democrático de Direito e pilar da ordem econômica, a livre iniciativa, prestigiando ao mesmo tempo dois valores fundamentalmente conflitantes. Daí a necessidade de analisar, sob uma perspectiva constitucional, o fenômeno da flexibilização das condições de trabalho como medida de tornar as normas trabalhistas maleáveis, sem, contudo, contrariar preceitos constitucionais.

Palavras-chave: Flexibilização das condições de trabalho; livre iniciativa; valores sociais do trabalho; negociação coletiva.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the flexibility of working conditions, and their use as an alternative to decreased reflexes of the economic crisis, such as unemployment, underemployment and increased labor in informal jobs. The problem stems from various reasons, among which stands out the rigor of Brazilian labor legislation and unavailability of work rights by the employee, taken as a disadvantage in the employment relationship. Factors such as the bureaucracy, the exaggerated value of social security contributions and other work obligations burdening employers who proposes to strict compliance with the parental work laws, making impossible, in a way, the opening of new work fronts. Because of all the processes that occur in the course of time, there is the need to establish flexible work arrangements. However, disabling the simple conclusion to establish flexible work laws standards, it is noteworthy that our legal system, especially the constitutional system inaugurated by the 1988 Constitution, is facing the primacy of work, to social values and to ensure the worker's dignity, and, in order to guarantee the proper interpretation of proposing the research, the Constitution has erected also as the foundation of democratic rule of law and pillar of economic, free enterprise, while honoring two fundamentally conflicting values. Hence the need to analyze, from a constitutional perspective , the phenomenon of flexibility in working conditions as means of making flexible work rules , without, however, contrary to constitutional provisions.

Keywords: Easing of working conditions; free Initiative; social values of work; collective bargaining.

INTRODUÇÃO

A presente monografia, sob o tema “A flexibilização das condições de trabalho sob uma perspectiva constitucional” tem por objetivo discutir a convivência prática entre os princípios da proteção do trabalhador e da preservação da empresa, trabalhando o fenômeno da flexibilização do Direito do Trabalho como mecanismo de adaptar as normas as circunstâncias mutáveis da relação de emprego.

Sendo assim, levanta-se como problema a viabilidade jurídica da flexibilização das condições de trabalho no Brasil, a partir da ponderação dos princípios do valor social do trabalho e da livre iniciativa, insculpidos na Constituição.

A esse respeito, tem-se como metodologia a confecção de pesquisa teórico-dogmática, haja vista a necessidade de explicação de cunho bibliográfico, abordando toda a dinâmica expositiva investigada. Em face do universo discutido, o trabalho se revela interdisciplinar, uma vez que aborda discussões envolvendo o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional.

Como marco teórico da monografia em epígrafe, tem-se as ideias sustentadas por Sérgio Pinto Martins, cuja tese central apontada em sua obra “Flexibilização das Condições de Trabalho”, aponta a necessidade da flexibilização das condições na relação de emprego, destacando o papel das negociações coletivas nessa adaptação das normas as conveniências de operários e empregadores. É o que se vê do trecho seguinte tirado de sua obra:

A nossa legislação trabalhista já não cumpre seu papel, em razão das transformações da realidade social trabalhista, que abrange globalização, automação, crises econômicas etc. Deve ser aperfeiçoada para que possa continuar a indicar o perfil do trabalho, não podendo ser estática e imóvel, tal como um aparato barroco, que não tem mais utilidade.

[...]

As condições de vida mudaram. São outras as condições de trabalho. Há necessidade, portanto, de um novo Direito do Trabalho. Do contrário, o modelo atual será completamente ineficaz. Para adaptá-lo à realidade moderna é que há necessidade de flexibilização das normas trabalhistas.

Certos rigores do Direito do Trabalho devem mudar, para que haja a possibilidade de manutenção de empregos e até a contratação de novos trabalhadores, o que pode ser feito mediante uma legislação mais flexível combinada com a negociação coletiva. A rigidez da legislação pode estimular o empregador a não admitir novos empregados.

[...]

A melhor forma de flexibilização é a negociação coletiva, que inclusive é mais democrática.¹

¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 152/153 e 155.

A partir de então, encontra-se substrato à confirmação da hipótese de que é possível a flexibilização das normas do Direito do Trabalho, minorando a intervenção estatal nas relações privadas, desde que se estabeleça o ambiente propício de desenvolvimento e fortalecimento da representatividade dos sujeitos da relação de emprego, sobretudo dos empregados, que são os hipossuficientes dessa relação, a fim de se estabelecer um diálogo igualitário entre as partes, tornando dispensável a imperatividade das normas do Direito do Trabalho a partir de norma coletiva negociada.

Nesse sentido, a presente monografia é dividida em três capítulos distintos. No primeiro deles, intitulado “Direito do Trabalho”, pretende-se abordar o panorama histórico e evolutivo do Direito do Trabalho, bem como realizar uma análise dos princípios da proteção e do valor social do trabalho, abordando a imperatividade das normas trabalhistas e apontando a demanda atual pela flexibilização das condições de trabalho.

Já no segundo capítulo, denominado “Flexibilização das Condições de Trabalho”, apontam-se os elementos essenciais para a compreensão da teoria, o princípio da livre iniciativa e os poderes empregatícios, a diferença de flexibilização e desregulamentação, bem como sua viabilidade jurídica e limites principiológicos no Direito brasileiro a partir da análise do dilema da valorização do trabalho e a preservação da empresa.

Por derradeiro, o terceiro capítulo, a saber, “O papel das negociações coletivas”, encerra a discussão pretendida dispondo acerca do papel das negociações coletivas no âmbito do Direito do Trabalho e a autonomia privada coletiva, trabalhando, por fim, a possibilidade da flexibilização das condições de trabalho a partir da norma coletiva negociada.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tendo em vista a relevância do estudo da flexibilização do Direito do Trabalho, uma vez que tem sido apontada como a forma de superação da crise enfrentada pelo ramo jurtrabalhista, é fundamental a análise de alguns conceitos centrais com objetivo de tornar possível a compreensão do contexto em que a flexibilização se insere e qual o papel que ela representa no cenário socioeconômico.

Nesse propósito, devem ser considerados os seguintes conceitos, dentre os quais se incluem a concepção de “Direito do Trabalho”, “flexibilização”, os princípios do “valor social do trabalho” e da “livre iniciativa” e a noção de “negociações coletivas”.

No tocante ao conceito do Direito do Trabalho, Sérgio Pinto Martins informa que “é o conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas.”²

Em um conceito mais elaborado, Vólia Bomfim Cassar informa que o Direito do Trabalho:

É um sistema jurídico permeado por institutos, valores, regras e princípios dirigidos aos trabalhadores subordinados e assemelhados, aos empregadores, empresas coligadas, tomadores de serviço, para tutela do contrato mínimo de trabalho, das obrigações decorrentes das relações de trabalho, das medidas que visam à proteção da sociedade trabalhadora, sempre norteadas pelos princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana. Também é recheado de normas destinadas aos sindicatos e associações representativas; à atenuação e forma de solução dos conflitos individuais, coletivos e difusos, existentes entre capital e trabalho; à estabilização da economia social e à melhoria da condição social de todos os relacionados.³

No que diz respeito à flexibilização, a doutrina tem vários conceitos. Sérgio Pinto Martins leciona que a flexibilização é o “conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho”.⁴

Para Vólia Bomfim Cassar:

Flexibilizar pressupõe a manutenção da intervenção estatal nas relações trabalhistas estabelecendo as condições mínimas de trabalho, sem as quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade (mínimo existencial),

² MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 17.

³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 5.

⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 13.

mas autorizando, em determinados casos, exceções ou regras menos rígidas, de forma que possibilite a manutenção da empresa e dos empregos.⁵

Segundo a lição de Maurício Godinho Delgado, flexibilização trabalhista é:

A possibilidade jurídica, estipulada por norma estatal ou por norma coletiva negociada, de atenuação de força imperativa das normas componentes do Direito do Trabalho, de modo a mitigar a amplitude de seus comandos e/ou os parâmetros próprios para a sua incidência. Ou seja, trata-se da diminuição da imperatividade das normas justralhistas ou da amplitude de seus efeitos, em conformidade com autorização fixada por norma heterônoma estatal ou por norma coletiva negociada.⁶

No tocante a livre iniciativa, tem-se que é um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, nos termos do art. 1º, IV, bem como um princípio específico da ordem econômica, ao lado da valorização do trabalho humano, na linha do que prevê o art. 170, *caput*, ambos da Constituição.

A livre iniciativa representa um ideal do sistema capitalista, na medida em que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Consequentemente, entende-se a livre iniciativa como fundamento constitucional aos poderes empregatícios, visto que é um direito fundamental.

A esse respeito, José Afonso da Silva leciona que:

*A liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Consta do art. 170, como um dos esteios da ordem econômica, assim como de seu parágrafo único, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei.*⁷

No que diz respeito ao princípio do valor social do trabalho, a Constituição de 1988 já formulou um conjunto de opções a fim de concretizá-lo. O artigo 7º apresenta um rol de direitos assegurados aos trabalhadores, não excluindo, contudo, outros direitos que visem a melhoria da condição social do trabalhador, conforme preconiza o *caput* do mesmo artigo.

Ademais, o fundamento da proteção do trabalhador e da valorização do trabalho encontra-se na própria dignidade da pessoa humana, uma vez que o trabalho garante a subsistência, dele dependendo a própria vida humana.

Discorrendo sobre o tema, Kildare Gonçalves Carvalho observa que:

⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 33.

⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 67.

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 973.

O texto constitucional brasileiro [...] reconhece o trabalho como um valor social (art. 1º, IV) que, ao lado da livre iniciativa, constitui fundamento do Estado e da ordem econômica (art. 170). O trabalho pode ser apreciado sob dois ângulos: individual e social. Por dignificar o homem, a Constituição atribui-lhe relevante valor social, colocando-o, assim, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Acrescenta-se que o art. 170, VIII, da Constituição, enuncia a busca do pleno emprego como um dos princípios da ordem econômica a soma de esforços da iniciativa privada e do Estado para o oferecimento de empregos dignos a todos os brasileiros.⁸

Por fim, no que concerne a negociação coletiva, segundo a doutrina de Alice Monteiro de Barros, é “modalidade de autocomposição de conflitos advinda do entendimento entre os interlocutores sociais”.⁹

As negociações coletivas são fontes formais autônomas do Direito do Trabalho. Para Maurício Godinho Delgado, os diplomas negociais coletivos qualificam-se como alguns dos mais específicos e notáveis destaques próprios do Direito do Trabalho no universo jurídico dos dois últimos séculos, uma vez que faz contraposição à hegemonia incontestável do ser individual no estuário civilista preponderante no universo jurídico.¹⁰

No Brasil, hoje, formam o grupo institucionalizado de diplomas dessa natureza a convenção coletiva de trabalho e o acordo coletivo de trabalho.

A convenção coletiva, segundo Alice Monteiro, é uma instituição do Direito do trabalho e traduz um ajuste entre entidades sindicais visando a novas condições de trabalho, cuja eficácia é *erga omnes*.¹¹

Segundo o texto consolidado, a convenção coletiva é conceituada como sendo “o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho” (art. 611).

Por outro lado, o acordo coletivo tem um de seus polos não necessariamente representados pelo respectivo sindicato, uma vez que as empresas, individualmente ou em grupo, podem subscrever acordos coletivos com o sindicato representativo de seus empregados.

Feito essas considerações, a partir da identificação dos conceitos centrais que serão discutidos no desenvolvimento do trabalho, torna-se possível a construção de um arcabouço teórico essencial para compreensão da discussão proposta.

⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 18. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 597.

⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 989.

¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 1520/1521.

¹¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 993.

1 DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho é um ramo jurídico especializado, forjado dentro do contexto histórico de seu surgimento, razão pela qual faz-se indispensável a apresentação de uma breve retrospectiva de sua evolução histórica e de suas características, como a proteção ao trabalhador e a imperatividade de suas normas, uma vez que na sociedade contemporânea tais características podem estar desassociadas da realidade do mercado de trabalho.

1.1 Panorama histórico e evolutivo

O Direito e a História são ciências distintas, entretanto, alguns fenômenos sociais influenciam na formação do Direito. Nesse sentido, é necessário traçar, de forma sucinta, a condição do trabalhador até a Revolução Industrial, a fim de identificar o contexto histórico do surgimento do Direito do Trabalho.

Anteriormente à Revolução Industrial, as principais atividades desenvolvidas pelo trabalhador eram na condição de escravo, de servo e nas corporações de ofício. Nessas relações de trabalho o Estado não intervinha, havendo a total desproteção do trabalhador que sujeitava-se a exploração pelo mais fortes.

Até o século XIX, houve a escravidão. O trabalho escravo é a mais expressiva representação do trabalhador na idade antiga. O escravo sempre foi tido como coisa, mercadoria, não era reconhecido como sujeito de direito e seu trabalho era forçado.

Aos escravos, conforme destacado por Segadas Vianna, eram dados os serviços manuais exaustivos, porque tal gênero de trabalho era considerado impróprio e até desonroso para os homes válidos e livres.¹²

Segundo Alice Monteiro de Barros, o trabalho escravo decaiu na economia medieval, não só no período feudal (século V a século XI), como também no período urbano (século XI a século XV).¹³

Entre os séculos I a XI, houve a servidão, segundo Segadas, um tipo muito generalizado de trabalho em que o indivíduo, sem ter a condição jurídica de escravo, na realidade não dispunha de sua liberdade.¹⁴

¹² SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 18. ed. atual. São Paulo: LTr, 1999, p. 29.

¹³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 47.

¹⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 18. ed. atual. São Paulo: LTr, 1999, p. 31.

Na lição de Vólia Bomfim, a servidão surge na época do feudalismo, em que os senhores feudais davam proteção militar e política aos servos, que não eram livres pois tinham que trabalhar na terra do senhor, entregando parte da produção em troca da proteção militar e política. Eram chamados de "servos da gleba". Recebiam parte da produção e repassavam o restante ao senhor.¹⁵

Ainda segundo citada autora, a servidão começou a desaparecer no final da idade média. A partir do século XI a sociedade medieval cede à sociedade urbana, fundada no comércio e na indústria rudimentar, com cruzadas, pestes e invasões, os feudos enfraqueceram, facilitando a fuga dos colonos que se refugiavam nas cidades, onde passaram a procurar por trabalho e a reunirem-se em associações semelhantes aos antigos de *collegia e ghildas* ao lado dos artesões e operários.¹⁶

As relações jurídicas escravistas e servis, conforme destaca Maurício Godinho Delgado, são incompatíveis com o Direito do Trabalho, uma vez que supõe a sujeição pessoal do trabalhador e não a sua subordinação.¹⁷

Na mesma época da servidão, segundo Cláudia Zaneti Saegusa, encontravam-se as corporações de ofício constituídas por mestres, aprendizes e companheiros. Essas corporações possuíam uma rígida hierarquia. No alto escalão estavam os mestres que coordenavam a vida profissional e pessoal dos aprendizes que, depois de alguns anos poderiam se tornar companheiros, passando a receber salários.¹⁸

Com a Revolução Francesa foram suprimidas as corporações de ofício, tidas como incompatíveis com o ideal de liberdade individual da pessoa. No liberalismo, o Estado não deveria intervir na área econômica.

O novo regime, inspirado na Revolução Francesa, consagrou a liberdade para o exercício das profissões, artes ou ofícios, e conseqüentemente, para as livres contratações. Essa nova estrutura social funda-se no individualismo, que se refletia nos aspectos econômicos, políticos e jurídicos.

Na lição de Alice Monteiro de Barros, o triunfo da Revolução Francesa exaltou a liberdade individual, inclusive para os exercício das profissões, artes e ofícios, e

¹⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 14.

¹⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 15.

¹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 90.

¹⁸ SAEGUSA, Cláudia Zaneti. **A flexibilização e os princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, p.19.

consequentemente, para as livres contratações. O Direito Civil da época ordenava as relações de trabalho por meio de normas de locação de serviços.¹⁹

Conforme ensina Sérgio Pinto Martins, no liberalismo não há intervenção do Estado na economia. É representado pela expressão francesa: “*laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*” (deixa fazer, deixa passar, o mundo caminha por ele mesmo). Havia liberdade de toda e qualquer manifestação da vida humana, o trabalho seria regulado pela lei da oferta e da procura, inclusive salários.²⁰

Assim, embasados na filosofia individualista da Revolução Francesa, os detentores do capital se valiam da liberdade de contratar para promover a exploração dos operários, utilizando, ainda, as chamadas “meias forças” – o trabalho de mulheres e crianças – e submetendo os trabalhadores a exaustiva exploração física e a condições precárias, tudo viabilizado pela autonomia no ajuste de condições contratuais regidas pelo Direito Civil.

Desse modo, com a superioridade econômica e social do empregador, o operário era suscetível de exploração e abusos, somados aos fatores de sua miserabilidade extrema.

Contudo, foi com o fracasso da tutela do Direito Civil às relações de emprego no Estado Liberal, e, sobretudo, com o advento da Revolução Industrial, que acarretou mudanças no setor produtivo, na origem da classe operária e do trabalho assalariado, é que se fez surgir o Direito do Trabalho, cujos princípios visaram a harmonia das classes sociais.

Assim sendo, a Revolução Industrial, ocorrida no Século XVIII, foi a principal razão econômica que acarretou o surgimento do Direito do Trabalho, conforme ensina Vólia Bonfim Cassar:

Com a descoberta e o desenvolvimento da máquina a vapor, de fiar e tear (1738 – 1790) expandiram-se as empresas, pois o trabalho passou a ser de forma mais rápida e produtiva, substituindo-se o trabalho do homem pelo da máquina, terminando com vários postos de trabalho, causando desemprego. Nasce a necessidade do trabalho do homem para operar a máquina e, com isso, o trabalho assalariado [...] Prevalencia a lei de mercado onde o empregador ditava as regras, sem intervenção do Estado – liberdade contratual. A jornada era de 16 horas e a exploração da mão-de-obra infantil chegou a níveis alarmantes.²¹

A Revolução Industrial acabou transformando o trabalho em emprego. Com a expansão da indústria e do comércio, houve substituição do trabalho escravo, servil e

¹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 49/51.

²⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 7.

²¹ CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 16.

corporativo pelo trabalho assalariado em larga escala, do mesmo modo que a manufatura cedeu lugar à fábrica e, mais tarde, à linha de produção.

Entretanto, com a chegada das máquinas houve um número grande de desemprego e revolta, pois com rápido desenvolvimento das indústrias, a mão de obra foi sendo absorvida, mas em condições adversas para o trabalhador, dando origem ao verdadeiro marco inicial na busca por dar fim à desigualdade entre os homens, formando uma consciência de classe.

O Direito do Trabalho originou-se, portanto, da questão social, concebido a partir do conflito entre capital e o trabalho.

Conforme destaca Maurício Godinho Delgado:

O Direito do Trabalho é produto do capitalismo, atado à evolução histórica desse sistema, retificando-lhe distorções econômicas-sociais e civilizando a importante relação de poder que sua dinâmica econômica cria no âmbito da sociedade civil, em especial no estabelecimento e na empresa.

A existência de tal ramo especializado do Direito supõe a presença de elementos socioeconômicos, políticos e culturais que somente despontam, de forma significativa e conjugada, com o advento e evolução capitalistas.²²

Para Vólia Bomfim Cassar, o Direito do Trabalho nasce como reação ao cenário que se apresentou com a Revolução Industrial, com a crescente e incontrolável exploração desumana do trabalho. É produto da reação da classe trabalhadora ocorrida no século XIX contra a utilização sem limites do trabalho humano. A partir daí nasce o Direito do Trabalho com função tutelar, econômica, política, coordenadora e social.²³

Nas palavras de Alice Monteiro de Barros, o Direito do Trabalho surge no século XIX, na Europa, em um mundo marcado pela desigualdade econômica e social, fenômeno que tornou necessária a intervenção do Estado por meio de uma legislação predominantemente imperativa, de força cogente, insuscetível de renúncia pelas partes. Paralelamente a esses condicionamentos impostos pelo legislador, o rol de normas dispositivas existentes é reduzido, atenuando-se a autonomia das vontades das partes.²⁴

Assim, segundo destaca Cláudia Zaneti Saegusa, na escravidão, os escravos pertenciam aos seus donos e eram considerados objetos. Não muito diferente, na idade média a estrutura da sociedade feudal dava ao senhor feudal, dono das terras, direitos plenos sobre elas, impondo aos servos o pagamento de impostos e restrições que não lhes permitiam grandes reivindicações. De igual modo, a rígida hierarquia das corporações de ofício não permitia ao trabalhador lutar por melhores condições. A vista disso, a verdadeira libertação do trabalhador

²² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 87.

²³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 12/13.

²⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 54.

somente ocorreu a partir da Revolução Industrial, com a massificação do trabalhador assalariado e o surgimento da grande indústria. A ação solidária dos trabalhadores forçou o Estado a intervir nas relações trabalhistas formulando lei de proteção.²⁵

Portanto, conforme visto, o homem sempre trabalhou, seja para sua sobrevivência, na alimentação e construção de ferramentas, seja como objeto de trabalho, na condição de escravo ou servo, ou ainda, nas corporações de ofício. O que não se registra no período pré industrial é a existência de normas Estatais que regulassem essa relação de trabalho e estabelecessem direitos e garantias mínimas aos trabalhadores.

Essas normas só começaram a despontar a partir da Revolução Industrial, justamente para conter os avanços da exploração à classe trabalhadora muito presente naquele momento histórico. O até então Estado Liberal de Direito, inspirado pela Revolução Francesa, caracterizado pelo Estado mínimo ou abstencionista, não intervia na vida das pessoas, o que, contudo, começa a mudar a partir da reação a exploração desumana do trabalho, tornando necessária a intervenção do Estado por meio de normas imperativas e insuscetíveis de renúncia.

Esse contexto histórico justifica o espírito protecionista do Direito do Trabalho, uma vez que busca, sobretudo, equilibrar forças das partes da relação de emprego, fazendo-se necessário, ainda, a imperatividade da norma.

Por fim, feito esse breve retrospecto histórico, aliado ao conceito que temos hoje do Direito do Trabalho, observa-se que tal ramo da ciência jurídica surgiu a partir da intervenção estatal nas relações de emprego, a fim de assegurar, sobretudo, garantias mínimas ao operário em razão de sua desvantagem nessa relação. O Direito do Trabalho é, portanto, um mecanismo de proteção ao empregado contra os abusos do mercado de trabalho regido pelo capitalismo.

1.2 Princípios da proteção e valor social do trabalho e a imperatividade das normas trabalhistas

O Direito do Trabalho, conforme já afirmado, é todo centralizado na tutela compensatória ao trabalhador subordinado, para contrabalançar a posição superior do empregador.

O princípio da proteção está ligado ao nascimento do Direito do Trabalho durante a Revolução Industrial, quando o Estado passou a intervir nas relações trabalhistas para proteger o empregado do fortalecimento dos detentores do capital.

²⁵ SAEGUSA, Cláudia Zaneti. **A flexibilização e os princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, p. 22.

Conforme assentado por Alice Monteiro de Barros:

O princípio da proteção é consubstanciado na norma e na condição mais favorável, cujo fundamento se subsume à essência do Direito do Trabalho. Seu propósito consiste em tentar corrigir desigualdades, criando superioridade jurídica em favor do empregado, diante de sua condição de hipossuficiente.²⁶

Segundo o princípio da proteção, o Direito do Trabalho realiza, por meio de suas normas, a proteção do trabalhador nas relações de emprego, a fim de equilibrar as desigualdades dos sujeitos dessa relação.

Nas palavras de Vólia Bomfim Cassar:

A maior característica do Direito do Trabalho é a proteção do trabalhador, seja através da regulamentação legal das condições mínimas da relação de emprego, seja através de medidas sociais adotadas e implantadas pelo governo e sociedade. Logo, seu principal conteúdo é o empregado e o empregador. Sob o aspecto do direito coletivo do trabalho, sua maior característica está na busca de soluções e na pacificação dos conflitos coletivos do trabalho (conflitos *on gomg*), bem como nas formas de representação pelos sindicatos.²⁷

Nesse sentido, Sérgio Pinto Martins informa que “o princípio protecionista mostra que normas trabalhistas devem ser estabelecidas com o objetivo de proteger o trabalhador, que é o polo mais fraco da relação trabalhista”.²⁸

Desse modo, o Direito do Trabalho tem sua base e sustentação no princípio da proteção do hipossuficiente, do qual deriva o princípio da preponderância da norma mais favorável ao trabalhador, a indisponibilidade de direitos e a imperatividade das normas, é, portanto, um princípio primário que influencia todos os demais.

Cláudia Zaneti explica que serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho, face a grande proteção destinada ao trabalhador, o que alguns estudiosos denominam de “núcleo duro” da legislação trabalhista.²⁹

No tocante ao valor social do trabalho, tem-se que o art. 170, em seu *caput*, estatui que nossa ordem econômica é “fundada na valorização do trabalho humano”, e sua finalidade é “assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

²⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 142.

²⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 5/6.

²⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 137.

²⁹ SAEGUSA, Cláudia Zaneti. **A flexibilização e os princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, p. 57.

Nas palavras de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, “de todos os fatores de produção, o trabalho humano deve ser aquele colocado em primeiro lugar”.³⁰

Ainda segundo os citados autores, a valorização do trabalho humano encontra eco em outros dispositivos constitucionais:

Sendo talvez o mais óbvio deles o inciso IV do art. 7.º, que assegura como direito irredutível dos trabalhadores o “salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo”, sendo garantido, ainda, “salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável” (art. 7.º, VI).³¹

Na antiguidade, conforme anota José Afonso da Silva, considerava-se o trabalho, que era basicamente manual, algo degradante para o homem, por isso era realizado por escravos. Alguns modernos, ao contrário, chegaram a divinizar o trabalho, a ponto de expressar uma “mania de trabalhar por trabalhar”, sem consideração com seu fim.³²

Ambas as concepções desconsideravam o trabalho como valor social, que, nas palavras do referido autor, deve ser toda “atividade humana destinada a transformar ou adaptar recursos naturais com o fim de produzir bens e serviços que satisfaçam as necessidades individuais e coletivas, atividade social por excelência”³³. E ao final completa:

É esse trabalho cuja valorização constitui fundamento da ordem econômica (art. 170), cujo primado é base da ordem social (art. 193) e que merece a proteção constitucional como matéria-prima dos direitos sociais (arts. 6º e 7º). *Os valores sociais do trabalho* estão precisamente na sua função de criar riquezas, de prover a sociedade de bens e serviços e, enquanto atividade social, fornecer à pessoa humana bases de sua autonomia e condições de vida digna.³⁴

Diante o exposto, observa-se que o Direito do Trabalho, dada a sua origem, é um mecanismo que assegura condições mínimas de trabalho aos operários, bem como direitos indispensáveis a própria existência dignas destes, com fim de assegurar-lhes equilíbrio na relação de emprego.

Entre as funções do Direito do Trabalho, alguns autores apontam a função conservadora, porque através da imperatividade de suas regras e da indisponibilidade do direito,

³⁰ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 1020.

³¹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 1021.

³² SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 39.

³³ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 39.

³⁴ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 39.

o Estado sufoca a ação dos trabalhadores e empregados, congelando-os, impedindo os avanços do Direito do Trabalho.

Na lição de Maurício Godinho Delgado a característica imperativa das normas trabalhistas informa que:

Prevalece no segmento juslaborativo o domínio de regras jurídicas obrigatórias, em detrimento de regras apenas dispositivas. As regras justrabalhistas, são, desse modo, essencialmente imperativas, não podendo de maneira geral, ter sua regência contratual afastada pela simples manifestação de vontade das partes.³⁵

Prevalece, portanto, restrição à autonomia da vontade das partes do contrato de trabalho, em contraponto a soberania das partes no ajuste de condições contratuais do Direito Civil. Esta restrição é tida como instrumento assecuratório de garantias do trabalhador, em face de sua hipossuficiência.

Conforme ensina Cláudia Zaneti, o princípio da irrenunciabilidade juntamente com o princípio protetor visam manter a inderrogabilidade das normas trabalhistas, sem essa limitação à atividade negocial das partes, as normas protecionistas aos empregados não trariam nenhum efeito, pois não seriam cumpridas. A legislação estipula a inderrogabilidade das garantias outorgadas por duas principais razões, o estado de subordinação e a inferioridade econômica do trabalhador.³⁶

Com essas considerações acerca da gênese do Direito do Trabalho, bem como das características basilares que o orienta, como a proteção, o valor social e a imperatividade de suas normas, pode-se passar a análise do fenômeno da flexibilização das condições de trabalho.

1.3 Da demanda por flexibilização

O Direito do trabalho, ramo da Ciência do Direito, despontou no evoluir da sociedade a partir da Revolução Industrial destinado a minimizar a desigualdade entre o capital e o trabalho. Portanto, o contexto histórico de surgimento do Direito do Trabalho justifica sua função protecionista, a imperatividade de suas normas e a indisponibilidade dos direitos.

Ocorre que, durante o decorrer do anos, conforme ressalta Vólia Bomfim, o mercado de trabalho passou por uma profunda modificação em face da forte volatilidade do mercado, do aumento da competição, do estreitamento das margens de lucro, da necessidade de maior produção, da divisão internacional do trabalho e da subordinação dos países mais pobres aos

³⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 204.

³⁶ SAEGUSA, Cláudia Zaneti. **A flexibilização e os princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, p. 57.

mais ricos. Como reação, nasce a crise filosófica que questiona os fundamentos em que se baseia o modelo do bem-estar social do trabalhador. O excesso de proteção destinado ao trabalhador torna-se alvo de questionamentos.³⁷

Nas palavras da citada autora, hoje o Direito do Trabalho vive uma fase de transição, onde se questiona o paternalismo estatal e a intervenção estatal em regras privadas. Alguns pretendem a total desregulamentação, isto é, a ausência total, a abstinência estatal nas relações de trabalho, deixando o contrato de trabalho livre às regras do mercado, sob o argumento de que o modelo que inspirou o *welfare*³⁸ não existe mais, que os trabalhadores atuais são mais conscientes, mais maduros, menos explorados.³⁹

Outros, apesar de reconhecerem alguma mudança no Direito do Trabalho, percebem também que o Brasil ainda não pode ser visto como país que efetivou o *welfare* (o bem-estar social), pois ainda temos trabalho escravo ou, em condição análoga; exploração do trabalho do menor; condições subumanas de trabalho e legislação trabalhista ainda muito desrespeitada. Por isso, não se pode defender o total afastamento do Estado desta relação privada, não se pode pretender a privatização dos direitos trabalhistas, o retrocesso de um grande avanço conquistado com profundo sacrifício.⁴⁰

Destaca ainda a autora a necessidade de aprofundar o debate acerca do tema, a fim de se evitar o retrocesso dos direitos adquiridos pelos trabalhadores durante os anos, apontando a necessidade de se estabelecer uma relação de equilíbrio para essa delicada situação de crise social, *in verbis*:

É preciso encontrar a pedra de toque, o limite razoável para a flexibilização, ponderando os princípios conflitantes da dignidade e o da valorização social do trabalhador *versus* o princípio da preservação e saúde da empresa, devendo prevalecer, em cada caso, um ou outro, de forma a levar a melhor solução para sociedade.⁴¹

É certo que mudam-se os tempos e o rigor do procedimento legislativo impede que as normas acompanhem toda essa evolução, seja em matéria de Direito Penal, no campo das relações intersubjetivas, ou o próprio Direito do Trabalho. Desse modo, a flexibilização das condições de trabalho surge como medida a adaptar as normas às circunstâncias imprevistas e

³⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 24/25.

³⁸ *Welfare* significa bem-estar e é indicado pela autora em referência ao *Welfare State* (Estado de bem-estar), um tipo de organização política e econômica que coloca o Estado como agente da promoção social e organizador da economia, um Estado assistencial que garante padrões mínimos de educação, saúde, habitação, renda e seguridade social a todos os cidadãos.

³⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 29.

⁴⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 29.

⁴¹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 31/32.

sempre mutáveis do dia a dia, sobretudo com as contínuas evoluções econômicas e tecnológicas.

A flexibilização das normas trabalhistas faz parte integrante de um processo maior de flexibilização do mercado de trabalho, consistente em um conjunto de medidas destinadas a dotar o Direito do Trabalho de novos mecanismos capazes de compatibilizá-lo com as mutações decorrentes de fatores de ordem econômica, tecnológica ou de natureza diversa. Isto significa que a flexibilização das normas trabalhistas não se exaure numa só medida, mas sim na totalidade do fenômeno da flexibilização, que é mais abrangente, compreendendo estratégias políticas, econômicas e sociais, e não apenas jurídicas.

Dessa forma, cabe analisar a possibilidade de realização de uma concordância prática entre o valor social do trabalho e a livre iniciativa, mormente, no que se refere à possibilidade de uma consagração jurídica da liberdade contratual na estipulação da relação de trabalho requerida pelo atual mercado.

É nesse cenário que se faz relevante o estudo da flexibilização das condições de trabalho, tendo em vista ser essa a forma apontada para a superação da crise enfrentada, atualmente, pelo ramo justralhista.

2 FLEXIBILIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO

No campo do Direito do Trabalho, segundo lição de Sérgio Pinto Martins, a proteção não deve existir apenas para o trabalhador, mas para proteger o direito ao trabalho como direito social, nos termos do art. 6º da Constituição, de maneira a efetivar o princípio da ordem econômica e para atingir a busca de pleno emprego. A ordem econômica deve realmente ser fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, como indica o art. 170 da CF.⁴²

Nesse sentido, tem-se que a flexibilização também cumpre papel na busca pela justiça social, uma vez que impedindo o excesso de regulações e de encargos sociais, possibilita a própria manutenção e expansão dos postos de trabalho.

Cumprindo, portanto, apontar a liberdade de iniciativa como fundamento dos poderes empregatícios e pilar da ordem econômica, a fim de que, ao final, alinhado com o conceito de flexibilização e a partir da ponderação entre valorização do trabalho e preservação da empresa, permita compreender a questão proposta.

2.1 A livre iniciativa e os poderes empregatícios

A livre iniciativa representa um ideal do sistema capitalista, na medida em que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Conseqüentemente, entende-se a livre iniciativa como fundamento constitucional aos poderes empregatícios, visto que é um direito fundamental.

Segundo Sérgio Pinto Martins, não há democracia econômica e não há liberdade política sem liberdade de iniciativa, liberdade de obtenção de lucros, liberdade de competição, liberdade de contratação.⁴³

Conforme ensina Fábio Ulhoa, o modo como os homens se relacionam para a produção de bens de que necessitam para a vida (*o modo de produção*) variou ao longo da história, a depender da organização social do momento. Mas, conforme salienta o autor, no atual modelo, o princípio da liberdade de iniciativa é inerente ao modo de produção, em que os bens ou serviços de que necessitam ou querem as pessoas são fornecidos quase que exclusivamente por empresas privadas.⁴⁴

⁴² MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 148.

⁴³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 150.

⁴⁴ COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de direito comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 77/78.

A liberdade de iniciativa é elemento essencial do capitalismo, ou seja, do próprio modo de produção e não somente de sua ideologia. Diferentemente da *igualdade* e da *fraternidade*, valores com os quais compôs o mais conhecido *slogan* revolucionário, a *liberdade* não é apenas uma palavra de ordem que poderia, depois da vitória sobre a ordem feudal, ser olvidada. O capitalismo depende, para funcionar com eficiência, de um ambiente econômico e institucional em que a liberdade de iniciativa esteja assegurada. Nas épocas e nos lugares em que o Estado capitalista restringiu seriamente esta liberdade econômica, em prol de medidas protecionistas de determinadas atividades, o resultado foi, em longo prazo, desastroso.⁴⁵

A livre iniciativa traduz a possibilidade de exercer atividade econômica privada, nomeadamente através da liberdade de criação de empresas e da sua gestão. Compreende-se como componentes a liberdade de investimentos ou de acesso, a qual se traduz ao direito na escolha da atividade econômica a desenvolver, a liberdade de organização, ou seja, a liberdade de determinação do modo como a atividade vai ser desenvolvida e a liberdade de contratação ou liberdade negocial, que compreende a liberdade de estabelecer as relações jurídicas e de fixar, por acordo, o seu conteúdo.⁴⁶

Ao assegurar a liberdade de iniciativa, a Constituição Federal atribui a todos os brasileiros e residentes no Brasil um direito, o de *se estabelecer como empresário*. A todo direito atribuído a alguém, correspondem obrigações impostas a outros sujeitos. Nesse sentido, em um dos vetores apontados por Fábio Ulhoa, a liberdade de iniciativa é garantida pela obrigação imposta ao Estado de não interferir na economia, dificultando ou impedindo a formação e o desenvolvimento de empresas privadas.⁴⁷

Desdobra-se, por isto, o princípio da liberdade de iniciativa no reconhecimento de determinadas condições para o funcionamento mais eficiente do modo de produção, assim descritos por Fábio Ulhoa:

Quatro desdobramentos podem ser extraídos do princípio da liberdade de iniciativa: (a) imprescindibilidade, no capitalismo, da empresa privada para o atendimento das necessidades de cada um e de todos; (b) reconhecimento do lucro como principal fator de motivação da iniciativa privada; (c) importância, para toda a sociedade, da proteção jurídica do investimento; (d) importância da empresa na geração de postos de trabalho e tributos, bem como no fomento da riqueza local, regional, nacional e global.⁴⁸

⁴⁵ COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de direito comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 77.

⁴⁶ GOMES, Fábio Bellote. **Manual de direito comercial**. São Paulo: Manole, 2003, p. 50.

⁴⁷ COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de direito comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 80.

⁴⁸ COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de direito comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 84/85.

Ademais, a empresa cumpre função social conforme consagrado nos artigos 5º, XXIII, e 170, III, da Constituição, uma vez que gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país.

Desse modo, resta inelutável que a liberdade de iniciativa trazida pela Constituição, prestígio, portanto, o reconhecimento de um direito de explorar as atividades empresariais, conseqüentemente, conforme já afirmado, entende-se a livre iniciativa como fundamento constitucional aos poderes empregatícios.

O poder empregatício, por sua vez, é a forma como o empregador define como serão desenvolvidas as atividades do empregado decorrentes do contrato de trabalho.

De acordo com Amauri Mascaro “o poder de direção é a faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida”.⁴⁹

O poder empregatício se manifesta mediante três principais formas: o poder diretivo ou de organização, o poder fiscalizatório ou de controle sobre o trabalho e o poder disciplinar sobre o empregado.

Para Arnaldo Süssekind, “esses poderes configuram o poder de comando, também conhecido como poder hierárquico ao qual se subordina juridicamente o empregado ao celebrar o contrato de trabalho”.⁵⁰

Acerca do poder de organização assim leciona Sérgio Pinto Martins:

O empregador tem todo o direito de organizar seu empreendimento, decorrente até mesmo do direito de propriedade. Estabelecerá o empregador qual a atividade que será desenvolvida: agrícola, comercial, industrial, de serviços etc.

[...]

O empregador determinará o número de funcionários de que precisa, os cargos, funções, local e horário de trabalho etc.

Dentro do poder de organização, está a possibilidade de o empregador regulamentar o trabalho, elaborando o regulamento de empresa.⁵¹

O poder fiscalizatório reserva o direito ao empregador de inspecionar a prestação de serviços, verificando, inclusive, a observância das normas internas cujo respeito impõe a seus empregados.

⁴⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 717.

⁵⁰ SÜSSEKINDO, Arnaldo. **Curso de Direito do trabalho**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 261.

⁵¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 217.

Segundo Maurício Godinho Delgado, o poder fiscalizatório “seria o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno.”⁵²

Por fim, o poder disciplinar, segundo Sérgio Pinto Martins, é um complemento do poder de direção, do poder de o empregador determinar ordens na empresa, que, se não cumpridas, podem gerar penalidades ao empregado, que deve ater-se à disciplina e respeito a seu patrão, por estar sujeito a ordens de serviço, que devem ser cumpridas, salvo se ilegais ou imorais.⁵³

Logo, o empregador pode estabelecer penalidades a seus empregados, por meio de sanções disciplinares, assim consideradas aquelas previstas na lei, como advertências, suspensões e dispensas motivadas.

2.2 Flexibilização e desregulamentação

Embora flexibilização e desregulamentação serem comumente discutidas em contextos parecidos, por aqueles que trabalham a ideia de um mercado de trabalho livre, sem a intervenção do Estado, cabe destacar a distinção entre as duas correntes.

Sérgio Pinto Martins afirma que não se deve confundir flexibilização e desregulamentação. Afirma que a desregulamentação significa desprover de normas heterônomas as relações de trabalho. Na desregulamentação, o Estado deixa de intervir na área trabalhista, não havendo limites na lei para questões trabalhistas, que ficam a cargo negociação individual ou coletiva. Na flexibilização, a lei simplesmente deixa de existir, pois é retirada a proteção do Estado em relação ao trabalhador.⁵⁴

No tocante a flexibilização, assevera que são alteradas as regras existentes, diminuindo a intervenção do Estado, porém garantindo um mínimo indispensável de proteção ao empregado, para que este possa sobreviver, sendo a proteção mínima necessária. A flexibilização é feita com a participação do sindicato. Em certos casos, porém, é permitida a negociação coletiva para modificar alguns direitos, como reduzir salários, reduzir e compensar jornada de trabalho, como ocorre nas crises econômicas.⁵⁵

⁵² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 736.

⁵³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 219.

⁵⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 14.

⁵⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 14

Em harmonia, Maurício Godinho Delgado informa que na caracterização contemporânea do Direito do Trabalho despontam a flexibilização e desregulamentação como temas correlatos.

Todavia, o citado doutrinador se ocupa de distingui-las. Afirma que pela *flexibilização*, o preceito trabalhista é atenuado em seus comandos e efeitos abstratamente estabelecidos, em decorrência de permissivo estipulado em norma estatal ou integrante de instrumento coletivo negociado (convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho).⁵⁶

Quanto a desregulamentação, informa que:

A desregulamentação trabalhista consiste na retirada, por lei, de manto normativo trabalhista clássico sobre determinada relação socioeconômica ou segmento das relações de trabalho, de maneira a permitir o império de outro tipo de regência normativa. Em contraponto ao expansionismo do Direito do Trabalho, que preponderou ao longo da história desse ramo jurídico no Ocidente, a desregulamentação trabalhista aponta no sentido de alargar fórmulas jurídicas novas de contratação do labor na vida econômica e social, naturalmente menos interventivas e protecionistas. Nessa medida, a ideia de desregulamentação é mais extremada do que a ideia de flexibilização, pretendendo afastar a incidência do Direito do Trabalho sobre certas relações socioeconômicas de prestação de labor.⁵⁷

Desse modo, vê-se que flexibilização e desregulamentação são duas correntes distintas, que embora, na origem, podem indicar apresentarem o mesmo propósito, observa-se que a desregulamentação funda-se em ideias mais extremas e talvez impraticáveis na atual condição socioeconômica vivenciada pelo Brasil.

2.3 Flexibilização e o dilema da valorização do trabalho e a preservação da empresa

Vólia Bomfim, citando Maria Lúcia Roboredo, esclarece que um dos princípios primordiais da flexibilização é o princípio protetor do Direito do Trabalho, que incentiva o sindicato a atuar como representante dos empregados, para zelar pela classe operária.⁵⁸

Outro princípio relevante para as considerações acerca da flexibilização, conforme informa a citada autora, é o da adaptabilidade. Sob esse aspecto, é essencial considerar que as normas trabalhistas visam atender aos empregados e aos empregadores, o que faz pensar que a saúde financeira da empresa também interessa ao Direito do Trabalho, sobretudo, quando observa-se que dela depende a própria manutenção da mão de obra do trabalhador.⁵⁹

⁵⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 67.

⁵⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 69.

⁵⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 35.

⁵⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 35.

Nesse ponto, importante que se discuta o dilema da valorização do trabalho e a preservação da empresa. Esse equilíbrio é desejado tanto pelo Estado e sociedade, como também pelos empregados e empregadores.

Inicialmente, insta salientar que nossa Constituição, de um lado, está voltada ao primado do trabalho e a dignidade do trabalhador e, de outro lado, confere especial atenção ao princípio da livre iniciativa, nele compreendendo a proteção e preservação da empresa, uma vez que sua manutenção atende ao interesse coletivo na medida em que é fonte geradora de empregos, de tributos, de produção ou mediação de bens e impulsiona o desenvolvimento.

Nesse sentido, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino afirmam que:

Em vez de assumir como um dado inelutável a consagrada cisão entre “capital e trabalho”, o histórico antagonismo entre “empresário e trabalhador”, o texto constitucional procura transmitir uma ideia de integração, de harmonia, de sorte que assegura a livre iniciativa (portanto, a apropriação privado dos meios de produção, a liberdade de empresa), mas determina que o resultado dos empreendimentos privados deve ser a concretização da justiça social, o que exige, entre outras coisas, a valorização do trabalho humano.⁶⁰

Aprofundando a discussão, Sérgio Pinto Martins informa que a função do Direito do Trabalho não é apenas proteger o trabalhador, ele precisa verificar também a possibilidade econômica da empresa e as necessidade do empregado. O binômio necessidade/possibilidade deve ser observado, como ocorre no Direito Civil em relação aos alimentos.⁶¹

Segundo o autor, o empregador não pode dar mais do que pode pagar. Já o empregado precisa do mínimo existencial, do básico para sobreviver, em atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. Acima de tudo, porém, deve-se estabelecer uma forma de assegurar o bem comum e a justiça social.⁶²

Se de um lado a legislação tem de se adaptar à própria continuidade da empresa, para que esta possa continuar oferecendo empregos aos trabalhadores, de outro, o Direito do Trabalho, segundo Alice Monteiro, é motivado, essencialmente, por objetivos de ordem político-social, que visam corrigir as diferenças, elevando o nível social da classe trabalhadora.⁶³

A manutenção dos postos de trabalho também depende da possibilidade do exercício da livre iniciativa pelo empresário, pois se ela não puder ser realizada, poderá não existir

⁶⁰ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 1020.

⁶¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 37.

⁶² MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 37.

⁶³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 70.

empregos. O empresário só poderá contratar mais empregados se tiver melhores condições econômicas para isso. Caso não a possua, fecha suas portas e deixa de trabalhar.

Ao investigar a vontade real no caso concreto, se houver conflito entre o princípio da proteção ao trabalhador e a necessidade de manutenção de seus empregos através da necessária flexibilização de seus direitos para sobrevivência da empresa, a ponderação será a medida mais razoável a ser adotada, devendo-se observar, em cada caso, a necessidade ou não de redução de direitos adquiridos e indisponíveis para a manutenção do emprego.⁶⁴

O grande desafio que se enfrenta, conforme Alice Monteiro de Barros, é determinar o ponto de equilíbrio entre uma flexibilização sensível às preocupações legítimas das empresas e uma legislação que impeça o retrocesso ao antigo arrendamento de serviços, norteado pela autonomia da vontade, que foge completamente dos ideias de justiça social.⁶⁵

Segundo Vólia Bomfim, deve haver ponderação entre a flexibilização das relações de trabalho e a realização dos valores sociais preservadores da dignidade do ser humano que trabalha, através da aplicação da teoria pós-positivista dos princípios constitucionais, priorizando o homem, o trabalhador e sua dignidade, sempre à luz das necessidades brasileiras.⁶⁶

Desse modo, o diagnóstico dessa oscilação interpretativa entre o valor social do trabalho e livre iniciativa, deve ser encontrado com base no valor aplicável ao caso concreto a cada princípio, uma vez que nenhum deles pode sobrelevar ao outro.

Como bem asseverou Ana Paula de Barcellos, do mesmo modo como acontece com os demais ramos do direito, o profissional do Direito do Trabalho não pode se ocupar apenas de aplicar o Direito do Trabalho, como se ele pudesse existir isoladamente e sem sofrer interação com o mundo exterior. O Direito do Trabalho, como o Direito Civil, Comercial, Penal, Processual, etc., está inserido em um sistema constitucional, subordina-se a ele e deve ser interpretado a sua luz.⁶⁷

A partir do dilema entre a valorização do trabalho e a preservação da empresa, a negociação coletiva pode se apresentar como forma de flexibilizar a legislação para atender às peculiaridades regionais ou de uma empresa, ou como medida apta a equilibrar as forças da relação de emprego, razão pela qual faz-se indispensável seu estudo.

⁶⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 35.

⁶⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 144.

⁶⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 36.

⁶⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **Princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito**. (Rio de Janeiro: Renovar, 2014), versão *kindle*.

3 O PAPEL DAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS

Para refletir acerca dos mecanismos legais necessários à garantia da existência de um diálogo igualitário entre as partes da relação de emprego, a partir da aplicação simultânea dos princípios da livre iniciativa e da valorização do trabalho e aplicação dos direitos fundamentais sócio-trabalhistas abraçados pelo ordenamento jurídico brasileiro, revela-se indispensável realizar uma abordagem acerca do papel das negociações coletivas no processo de flexibilização.

3.1 Negociações coletivas: acordos e convenções

A negociação coletiva, na lição de Maurício Godinho Delgado, é um dos mais importantes métodos de solução dos conflitos existentes na sociedade contemporânea. Sem dúvida, é o mais destacado no tocante aos conflitos trabalhistas de natureza coletiva.⁶⁸

A negociação coletiva é um ajuste de vontades entre as partes, que segundo Vólia Bomfim, é a forma primária de um interessado obter daquele que tem interesse contraposto uma solução que atenda aos dois. As partes buscam aproximar seus entendimentos, discutindo e rediscutindo o assunto, sempre com a finalidade de resolver as questões. A negociação é, portanto, o conjunto de técnicas que leva as partes a uma solução pacífica, normalmente transacionada.⁶⁹

A autora ainda completa:

Os grupos sociais quando entram em negociação coletiva demonstram desenvolvimento e maturidade nas formas de composição de litígios, pois reduz a participação do Estado nas lides. A negociação coletiva é base de formação do Direito do Trabalho, pois se caracteriza como atividade típica de toda estrutura deste ramo do direito.⁷⁰

Alice Monteiro de Barros, citando Hugo Gueiros, arrola os princípios da negociação coletiva, que poderão ser sintetizados em princípio da *boa-fé ou da lealdade*, cuja consequência é o *dever formal de negociar*, consubstanciado na obrigatoriedade do exame de propostas recíprocas e na formulação de contrapropostas convergentes, devendo-se sempre discutir as razões da rejeição de determinada cláusula e prestar as informações necessárias à justificação de suas propostas.⁷¹

⁶⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 1514.

⁶⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 1271.

⁷⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 1271.

⁷¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 989.

Outra consequência do princípio da boa-fé, segundo a referida autora, consiste no fato de que as partes deverão concordar em estabelecer com antecedência *a finalidade e o alcance da negociação*, a qual deverá ater-se a interesses recíprocos, que se resumam em normas e condições de trabalho, para a melhoria das condições de vida dos empregados, para incremento da produtividade, visando à *harmonia* nas relações de trabalho.

Outros princípios apontados pela autora, relativos ao procedimento da negociação, dizem respeito à greve e ao *lockout*, que não interessam a presente pesquisa.

Segundo Vólia Bomfim Cassar, a negociação coletiva caracteriza-se como fonte de elaboração de normas positivadas, portanto, como fonte material, as negociações coletivas têm como função a criação, modificação ou supressão de condições de trabalho, isto é, sua função é normativa ou flexibilizadora. Além disso, se destina à composição de conflitos, logo, também tem função pacificadora, servindo de importante instrumento de redução das demandas judiciais e estabilidade social. Não se está negando com isso o caráter obrigacional das normas resultantes da negociação coletiva, mas tão-somente apontando as funções jurídicas mais importantes.⁷²

Acrescente-se, ainda, a estas funções jurídicas, outras que também são encontradas na negociação coletiva, dentre as quais, a função política, a econômica e a social, assim descritas pela referida autora.

Função política porque é forma de diálogo entre grupos com interesses antagônicos, capazes de desequilibrar a estrutura política em que o Estado se desenvolve. O Estado tem interesse que a luta de classes se resolva pacificamente e com isso valoriza as ações destes interlocutores sociais quando espontaneamente resolvem o conflito.⁷³

Cumprir função econômica, pois através das normas são distribuídas riquezas que ordenam a economia. Pode também ter caráter de concessões quando há necessidade de adaptação do quadro social da empresa à realidade socioeconômica do país, reduzindo custos operacionais e funcionais para sua sobrevivência (redução de salário - flexibilização).⁷⁴

A função social da negociação está caracterizada pela participação dos trabalhadores nas decisões empresariais, seja para a harmonia do ambiente social de trabalho, seja para a criação de novas e boas condições de trabalho, o que resolve inúmeras questões sociais.⁷⁵

⁷² CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 1272.

⁷³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 1272.

⁷⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 1272.

⁷⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 1272.

A negociação coletiva tem efeito equilibrador, por isso, é elástica e flexível, ora pode tender para proteção do direito dos trabalhadores, ora para a proteção da saúde da empresa. Enquanto a lei engessa por ser rígida e inflexível, a negociação coletiva prima pela adequação de interesses, sempre levando em conta o momento que se está apresentando a problemática, a localidade, as bases e diretrizes, assim como a condição econômica dos partícipes desta barganha.

No tocante ao acordo coletivo de trabalho, tem-se como o negócio jurídico extrajudicial efetuado entre sindicato dos empregados e uma ou mais empresas, onde se estabelecem condições de trabalho, obrigando as partes acordantes dentro do período de vigência predeterminado e na base territorial da categoria.

Nas palavras de Vólia Bomfim, “suas cláusulas são comandos abstratos, gerais e impessoais. Em face disto, a convenção ou o acordo coletivo se assemelham à lei.”⁷⁶

O conceito legal:

Art. 611, § 1º da CLT - É facultado aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho.

Por sua vez, segundo a doutrina de Vólia, a convenção coletiva de trabalho é um negócio jurídico extrajudicial pactuado entre o sindicato dos empregados e o sindicato dos empregadores, estabelecendo condições de trabalho para toda a categoria. Também tem vigência temporária e aplicação apenas na base territorial dos respectivos sindicatos.⁷⁷

O conceito legal:

Art. 611 da CLT - Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

A convenção coletiva nas palavras de Alice Monteiro de Barros é uma instituição do Direito Coletivo do trabalho e que traduz um ajuste entre entidades sindicais visando a novas condições de trabalho, cuja eficácia é *erga omnes*.⁷⁸

O reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, inciso XXVI, da CF/88) e a participação obrigatória dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho (art. 8º, inciso VI), além de dar validade aos instrumentos coletivos negociais,

⁷⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 1285.

⁷⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 1285.

⁷⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 993.

reconhecem o poder de os grupos se conduzirem e decidir com autonomia as condições de trabalho.

Segundo Cláudia Zaneti, a autonomia privada coletiva é valor dos mais enriquecedores da reconstrução democrática das relações de trabalho, ela fundamenta a liberdade sindical e a negociação coletiva.⁷⁹

A autonomia privada coletiva, a partir da norma coletiva negociada legitima a flexibilização de direitos trabalhistas, sendo, portanto, instrumento apto a adaptar as condições de trabalho à realidade do mercado.

3.2 Da possibilidade de flexibilização das condições de trabalho

O Direito do Trabalho surgiu na Revolução Industrial, com as coalizações de trabalhadores unidos por sofrimentos comuns e através de manifestações coletivas frente ao poder dos capitalistas. As crescentes manifestações dos trabalhadores forçaram o Estado a legislar, criando melhores condições de trabalho.

Historicamente, a debilidade socioeconômica do trabalhador foi compensada por uma superioridade jurídica, através da proteção legislativa. Hoje, porém, o excesso de proteção destinado ao trabalhador torna-se alvo de questionamentos, sobretudo, quando considerando a irrenunciabilidade dos direitos e a imperatividade das normas trabalhistas.

Conforme lição de Cláudia Zaneti Saegusa, o Direito do Trabalho constrói-se sobre uma realidade mutável e é diretamente influenciado pelos fatores econômicos, políticos, culturais e sociais, enfim, pela relação de forças existentes entre interlocutores sociais. Desse modo, não pode ignorar as variações impostas pelo sistema econômico.⁸⁰

Importante considerar que as normas trabalhistas visam atender aos empregados e aos empregadores, de modo que a saúde financeira do empregador também interessa ao Direito do Trabalho, sobretudo, quando dela depende a própria manutenção da mão de obra do trabalhador.

A flexibilização das normas do Direito do Trabalho, segundo Sérgio Pinto Martins, visa assegurar um conjunto de regras mínimas ao trabalhador e, em contrapartida, a sobrevivência da empresa, por meio da modificação de comandos legais, procurando outorgar

⁷⁹ SAEGUSA, Cláudia Zaneti. **A flexibilização e os princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, p. 68.

⁸⁰ SAEGUSA, Cláudia Zaneti. **A flexibilização e os princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, p. 73 e 75.

aos trabalhadores certos direitos mínimos e ao empregador a possibilidade de adaptação de seu negócio, mormente em épocas de crise econômica.⁸¹

Enfrentar o problema da flexibilização, segundo Cláudia Zaneti, situa-se em duas relações: de polarização entre a função tutelar e desproteção decorrente de sua implantação; de integração, por meio de combinação entre afastamento do paternalismo, substituído por uma tutela razoável de coordenação entre interesses do capital e do trabalho, mediante transferência da tutela estatal para o âmbito da negociação coletiva.⁸²

Uma das formas de ajuste das normas jurídicas à realidade social é, portanto, através da negociação coletiva, enquanto meio de diálogo entre os grupos, procurando manter a estabilidade nas relações entre os trabalhadores e empregadores, desempenhando função econômica de distribuição de riquezas, em que os sindicatos dos trabalhadores participam das decisões empresariais, permitindo harmonização do ambiente de trabalho.

A partir de então, tem-se que é possível a flexibilização das normas do Direito do Trabalho, minorando a intervenção estatal nas relações privadas, desde que se estabeleça o ambiente propício de desenvolvimento e fortalecimento da representatividade dos sujeitos da relação de emprego, sobretudo dos empregados, que são os hipossuficientes dessa relação, a fim de se estabelecer um diálogo igualitário entre as partes, tornando dispensável a imperatividade das normas do Direito do Trabalho a partir de norma coletiva negociada.

Vale ressaltar a regulamentação do trabalho norte americano. Segundo Sérgio Pinto Martins, nos Estados Unidos fala-se no emprego discricionário, o empregador tem a plena liberdade de fixar os termos e as condições de trabalho de acordo com as suas necessidades. De acordo com o autor, as leis trabalhistas americanas são mínimas. Versam sobre o salário mínimo, desemprego, aposentadoria, treinamento, saúde e negociação. As restantes condições de trabalho são delegadas aos contratos individuais e coletivos.⁸³

É certo que o Brasil pode não dispor de maturidade para tamanha liberdade contratual na estipulação das condições de trabalho, bem como que o modelo americano não é exemplo. Todavia, vale o registro de um sistema que prestigia a negociação coletiva e as medidas de autocomposição das questões trabalhistas.

A restrição que prevalece no Brasil à autonomia da vontade das partes do contrato de trabalho é tida como instrumento assecuratório de garantias do trabalhador, em face de sua

⁸¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 39.

⁸² SAEGUSA, Cláudia Zaneti. **A flexibilização e os princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, p. 77.

⁸³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 22/23.

hipossuficiência. Todavia, se o operário está representado por uma entidade forte, atuante e apta a negociar em nome da categoria que representa, haverá um maior equilíbrio das partes da relação de emprego, o que permitiria minorar a intervenção estatal.

Cláudia Zaneti, ao tratar da compatibilidade entre o princípio protetor e a flexibilização, informa que a problemática da compatibilização da flexibilidade com o princípio clássico da proteção e da imperatividade das normas laborais, que é a própria razão histórica e filosófica da existência do Direito do Trabalho como ciência autônoma, pode ser resolvida através da evolução interpretativa e da ampliação das categorias jurídicas, ou seja, através da participação dos autores sociais na negociação.⁸⁴

A negociação coletiva, conforme já afirmado, permitiria uma adequação de interesses, sempre levando em conta o momento que se está apresentando a problemática, a localidade, as bases e diretrizes, assim como a condição econômica dos partícipes desta barganha.

Há de fundar-se a flexibilização no primado de trabalho, sem preocupar-se apenas com a proteção do trabalhador, mas também com a manutenção dos postos de trabalho, impedindo o excesso de regulações, de encargos sociais, de modo a possibilitar a expansão do emprego.⁸⁵

Oportuno esclarecer que a flexibilização pode recair sobre direitos do trabalhador, como redução de salário ou remuneração variável, mas que de forma alguma, sob pena de grave retrocesso, sobre bens jurídicos fundamentos indisponíveis, como relacionados à vida, saúde e a própria existência digna, bem como não pode alterar aquelas garantias constitucionais mínimas dedicados ao trabalhador.

Nesse sentido é a doutrina de Vólia Bomfim, afirmando que a flexibilização é possível e necessária, desde que as normas por ela estabelecidas, através da convenção ou do acordo coletivo, como previsto na Constituição, ou na forma que a lei determinar, sejam analisadas sob duplo aspecto: respeito à dignidade do ser humano que trabalha para manutenção do emprego e redução de direitos apenas em casos de comprovada necessidade econômica, quando destinada à sobrevivência da empresa. Não alcançando este objetivo mínimo, conquistado arduamente ao longo da história pelo trabalhador, o acordo ou a convenção coletiva deverão ser considerados inconstitucionais, uma vez que valores maiores são aqueles protegidos pelos direitos fundamentais, afinal, os princípios norteiam a aplicação do direito.⁸⁶

⁸⁴ SAEGUSA, Cláudia Zaneti. **A flexibilização e os princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, p. 52.

⁸⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 150.

⁸⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 45.

Do mesmo modo, apenas direitos disponíveis poderiam ser flexibilizados, enquanto aqueles indispensáveis a dignidade do trabalhador não, pois fazem parte de um patamar mínimo civilizatório. Esse é o limite para negociação coletiva, fundamento do princípio da adequação setorial negociada encontrada na jurisprudência.

Um exemplo de julgado em que se aplica o princípio da adequação setorial negociada é em um julgamento no TRT mineiro de relatoria do Ministro Júlio Bernardo de Campo, segundo o qual, o princípio da adequação setorial negociada retrata o alcance da contraposição das normas coletivamente negociadas àquelas de cunho imperativo, emanadas do Estado, viabilizando que as normas autônomas construídas para incidirem no âmbito de certa comunidade econômico-profissional possam prevalecer sobre aquelas de origem heterônoma, desde que transacionem parcelas de indisponibilidade apenas relativa, como as concernentes à manutenção da hora noturna em 60 minutos, vez que não caracteriza alteração em patamar prejudicial à saúde do trabalhador e desde que não traduza simples renúncia, mas transação de direitos.⁸⁷

O princípio constitucional da proteção do trabalhador preconizado na Constituição, analisado de acordo com a hermenêutica constitucional como norma de eficácia plena, deve ser o agente limitador da flexibilização, coibindo os abusos, a aplicação irrestrita do instituto e o desvio de sua finalidade.

A flexibilização não deve suprimir direitos, mas apenas adaptar a realidade existente à norma, de modo, inclusive, a cumprir a finalidade social a que se dirige a aplicação da norma e das exigências do bem comum.⁸⁸

Na flexibilização um núcleo de normas de ordem pública permanece intangível, pois sem estas não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade, sendo fundamental a manutenção do Estado Social. Portanto, a flexibilização deve ser um mecanismo utilizado apenas quando os reais interesses entre empregados e empregadores, em cada caso concreto, forem convergentes.

Haverá harmonia de interesses, segundo Vólia Bomfim, quando o próprio empregado tiver consciência da situação precária de seu empregador, da dificuldade de nova colocação no mercado e da ameaça de desemprego, momento em que seus interesses convergirão com os do empregador, passando a perseguir juntos a recuperação da empresa. Nesta situação, o

⁸⁷ TRT/MG - Processo nº: 01512.2001.018.03.00.4 - Rel Designado: Juiz Júlio Bernardo do Campo. DJ/MG 07/6/2002. Disponível em: http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm. Acesso em: 28/10/2016.

⁸⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 150.

trabalhador autoriza conscientemente o sacrifício de seus direitos trabalhistas em prol da manutenção de seu emprego.⁸⁹

O Direito do Trabalho, por suas peculiaridades, tem mecanismos suficientes para ponderar, no caso concreto, os conflitos que surgem entre a flexibilização e a proteção aos direitos fundamentais do homem que trabalha, buscando materializar a justiça social e garantir melhores relações de trabalho.

⁸⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 34.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a realização desta pesquisa, chegam-se a algumas considerações acerca do tema proposto.

Inicialmente, releva destacar que a presente investigação bibliográfica é uma pequena parte do tema, que certamente merece maior aprofundamento, em face da importância da flexibilização das condições de trabalho, uma vez que possibilita a minimização da intervenção estatal nas relações de emprego, para permitir a adaptação do Direito do Trabalho por normas laborais de cunho coletivo.

Por conseguinte, buscou-se apontar na pesquisa um breve retrospecto histórico do Direito do Trabalho, demonstrando os fatores econômicos, políticos e sociais de seu surgimento. A partir do qual, demonstrou-se a necessidade de as normas trabalhistas compensarem a fragilidade socioeconômica do trabalhador, adotando uma postura protecionista, garantida pela imperatividade de suas normas e irrenunciabilidade de seus direitos.

Ocorre, como demonstrado no decorrer da pesquisa, que desde o surgimento do Direito do Trabalho o mercado passou por diversas mudanças e, hoje, o excesso de proteção destinado ao trabalhador começa a ser questionado, ao argumento de que suas normas não contemplam a realidade vivenciada, bem como de que o Direito do Trabalho não pode favorecer somente o trabalhador, pois a função social da empresa também deve ser considerada.

A partir do conflito posto, em que se contrapõe o valor social do trabalho e a preservação da empresa, tem-se como medida apta a dissolver a discussão e atender aos atores sociais a negociação coletiva, que se mostra eficiente para adequar o direito às necessidades decorrentes das mudanças, tendo em vista que sua abrangência é setorializada, podendo alcançar uma categoria ou uma empresa específica.

O fortalecimento, ou o maior reconhecimento da norma coletiva negociada atende ao ideal protecionista do Direito do Trabalho, uma vez que a livre negociação das condições da relação de emprego não significa reduzir direitos, mas adequá-los àquela realidade. Ademais, a flexibilização pode representar conquistas, haja vista permitir que os empregados, por meio de seus sindicatos, negociem suas próprias condições de trabalho diretamente com empregador.

Por fim, tem-se que é possível a flexibilização das normas do Direito do Trabalho no contexto constitucional, minorando a intervenção estatal nas relações privadas, desde que se estabeleça o ambiente propício de desenvolvimento e fortalecimento da representatividade dos sujeitos da relação de emprego, sobretudo dos empregados, que são os hipossuficientes dessa

relação, a fim de se estabelecer um diálogo igualitário entre as partes, tornando dispensável a imperatividade das normas do Direito do Trabalho a partir de norma coletiva negociada.

Não há um ajuste perfeito, mas um ideal realizável. Nesse sentido, a flexibilização deve ser implementada gradativamente e sem prejuízo ao trabalhador, a quem se deve garantir um mínimo de direitos inegociáveis, alicerce para uma vida digna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito**. (Rio de Janeiro: Renovar, 2014), versão *kindle*.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 18. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de direito comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

GOMES, Fábio Bellote. **Manual de direito comercial**. São Paulo: Manole, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2011.

SAEGUSA, Cláudia Zaneti. **A flexibilização e os princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SÜSSEKINDO, Arnaldo. **Curso de Direito do trabalho**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.