



A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO FRENTE À TUTELA TRABALHISTA FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988¹

Lucas Nader de Souza²

RESUMO: trata-se do confronto entre a flexibilização do Direito do Trabalho e a tutela trabalhista da Constituição de 1988. Justifica-se o tema pois, pela perceptível tendência a flexibilizar-se os direitos trabalhistas percebida nas últimas décadas, notadamente pela Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista), é possível que tal *modus operandi* colida com a tutela justralhista da Constituição de 1988. Neste sentido, questiona-se: a crescente flexibilização do Direito do Trabalho pode atentar contra a tutela justralhista da Constituição de 1988? De forma geral, objetiva-se: verificar se a flexibilização contemporânea do Direito do Trabalho colide com a proteção trabalhista fundamental da Constituição de 1988. Em detalhes, busca-se: a) da Constituição Imperial à Constituição de 1988, traçar a evolução histórica do caráter fundamental do Direito do Trabalho; b) investigar a tutela justralhista fundamental contida na Constituição de 1988; e c) analisar o fenômeno da flexibilização do Direito do Trabalho frente ao regramento do Direito Constitucional do Trabalho. No que tange à metodologia do trabalho, emprega-se o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica. A pesquisa envolve, entre outros, o levantamento e análise: (I) de artigos científicos em obras organizadas; e (II) contemporâneas obras especializadas no campo do Direito do Trabalho. Os resultados alcançados indicam que a crescente flexibilização do Direito do Trabalho fere à tutela justralhista contida na Constituição de 1988.

¹ Esse artigo é resultado: (I) de pesquisas realizados junto ao grupo de pesquisa Interseções Jurídicas entre o Público e o Privado, vinculado à linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado (PPGD) da Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc) e ao CNPq, coordenado pelo Prof. Dr. Jorge Renato Reis; e (II) do conteúdo ministrado na disciplina de Direitos Humanos e Fundamentais pelo Prof. Dr. Clovis Gorczewski, no Mestrado do PPGD.

² Bacharel em Direito pela Unisc, especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Estácio de Sá, mestrando em Direito pelo PPGD da Unisc, linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, pesquisador integrante do grupo de pesquisa Interseções Jurídicas entre o Público e o Privado, vinculado ao CNPq e à referida linha de pesquisa, coordenado pelo Prof. Dr. Jorge Renato dos Reis. Advogado (lucasnader23@gmail.com).



PALAVRAS-CHAVE: Constituição de 1988; direito do trabalho; direitos trabalhistas; flexibilização.

ABSTRACT: the article deals with the confrontation between the flexibilization of Labor Law and the supervision of the Constitution of 1988. The subject is justified because, due to the perceptible tendency to flexibilize the labor rights perceived in the last decades, notably by Law 13.467/17 (Labor Reform), it is possible that such *modus operandi* would conflict with the tutelage of the Constitution of 1988. In this sense, it is questioned: the growing flexibilization of Labor Law can undermine the 1988 Constitution's tutelage? In general, the objective is to verify whether the contemporary flexibilization of Labor Law conflicts with the fundamental labor protection of the Constitution of 1988. In detail, we seek: a) from the Imperial Constitution to the Constitution of 1988, tracing the historical evolution of character Labor Law; b) to investigate fundamental fundamentalist tutelage contained in the 1988 Constitution; and c) analyze the phenomenon of flexibilization of Labor Law in front of the rule of Constitutional Labor Law. Regarding the methodology of the work, the method of deductive approach, the method of monographic procedure and the technique of bibliographic research are used. The research involves, among others, the survey and analysis: (I) of scientific articles in organized works; and (II) contemporary works specialized in the field of Labor Law. The results indicate that the increasing flexibility of Labor Law hurts the labor tutelage contained in the 1988 Constitution.

KEYWORDS: Constitution of 1988; flexibility; labor guardianship; labor law; labor rights.

INTRODUÇÃO

É notório que em 2017 os direitos trabalhistas ganharam a atenção da mídia e do Legislativo, em razão da crise econômica enfrentada no Brasil. Mudanças legislativas foram propostas e aprovadas; notoriamente a Lei 13.467/17, batizada de Reforma Trabalhista. Na verdade, a intenção de modificar-se e flexibilizar-se a legislação trabalhista não é algo novo; é uma tendência que se apresenta, no Brasil, desde a década de 60.



Justifica-se o tema pois, pela perceptível tendência a flexibilizar-se os direitos trabalhistas percebida nas últimas décadas, é possível que tal *modus operandi* colida com a tutela trabalhista constante da Constituição de 1988.

De forma clara, o problema que se pretende responder é: a crescente flexibilização do Direito do Trabalho pode atentar contra a tutela justrabalhista da Constituição de 1988?

De forma geral, o que se pretende com este artigo é verificar se a flexibilização contemporânea do Direito do Trabalho colide com a proteção trabalhista fundamental da Constituição de 1988.

Em um primeiro momento, busca-se traçar a evolução histórica do trabalho como direito fundamental desde a Constituição Imperial (1824) até a Constituição de 1988, considerando-se também as origens do Direito do Trabalho (intimamente ligada às dimensões dos direitos humanos), bem como aquilo que torna fundamental um direito.

Posteriormente, investiga-se a tutela justrabalhista fundamental contida na Constituição de 1988. Leva-se em conta todo o arcabouço valorativo e principiológico da Carta de Outubro, notadamente, aqueles atinentes ao Direito do Trabalho (que é um Direito Social).

Arrola-se também alguns direitos trabalhistas constitucionais, bem como demonstra-se a evidência da presença do princípio constitucional da vedação de retrocesso dos direitos trabalhistas.

E, na última parte, analisar-se o fenômeno da flexibilização do Direito do Trabalho frente ao regramento do Direito Constitucional do Trabalho, verificando-se se certas recentes mudanças no Direito Trabalhista atentam à Constituição de 1988.

Também, propõe-se analisar de perto o instituto do “negociado sobre o legislado” e a dinâmica da negociação coletiva no Brasil.

Frisa-se que toda a obra se reveste de especializadas obras justrabalhistas, apontando-se, sempre, em direção a teleologia do Direito do Trabalho, que é de melhora das condições sociais do trabalho.

Para tanto, a pesquisa apoia-se, sem prejuízo de outros, no levantamento e análise: (I) de artigos científicos em obras organizadas; e (II) contemporâneas obras especializadas no campo do Direito do Trabalho.



Por fim, a metodologia do trabalho compreendo o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica.

2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS A RESPEITO DA FUNDAMENTABILIDADE DO DIREITO AO TRABALHO: DA CONSTITUIÇÃO IMPERIAL À CONSTITUIÇÃO DE 1988

Antes de adentrar-se à evolução histórica da fundamentabilidade do direito ao trabalho nas Constituições brasileiras, é necessário entender o surgimento dos direitos humanos, os quais são a base dos direitos fundamentais, inclusive da proteção trabalhista pátria contemporânea. Aliás, urge entender os fatores históricos envolvidos na formação do ramo trabalhista do Direito.

De plano, embora os direitos fundamentais constituírem-se direitos humanos positivados na ordem constitucional (portanto, interna) de um Estado, os conceitos não se confundem, eis que todo o direito fundamental é um direito humano, mas nem todo o direito humano é direito fundamental. (SARLET, 2012, não paginado).

Como dito, os direitos fundamentais têm caráter nacional, já os direitos humanos são, simplificada e, valores constantes de tratados internacionais. Eles representam condições mínimas de satisfação de uma vida digna; são considerados enunciados jurídicos superiores aos demais direitos e vinculados à simples condição de ser humano, sendo desnecessário qualquer preenchimento de exigência para fruí-los (basta humano ser para gozá-los). (GORCZEVSKI, 2016).

É pacífico na doutrina especializada classificar-se em três dimensões³ os direitos humanos (não se adentrará ao debate de uma possível quarta e até quinta dimensão). Curiosamente os valores regentes de cada uma dessas dimensões coincidem com o lema da Revolução Francesa (1789): liberdade, igualdade e fraternidade⁴.

A dita primeira geração de direitos humanos é reflexo direto e indissociável da Revolução Francesa. Esse importante marco histórico rompeu com o *Ancien Régime* francês, destronou a velha monarquia absolutista e alçou a burguesia ao papel de regente social.

³ Emprega-se “dimensão” em detrimento de “geração” em razão de considerar-se aquele termo mais condizente com a acumulação histórica dos direitos humanos.

⁴ Originalmente: liberdade, igualdade, fraternidade ou a morte.



Baseada no princípio da liberdade (civil e patrimonial), a primeira dimensão de direitos humanos tem por destinatário o indivíduo e confere-lhe direitos como: à vida, à honra, à dignidade, à nacionalidade, à liberdade ir e vir, à liberdade de pensamento e manifestação.

Os direitos individuais foram a base do Estado Liberal e tinham por finalidade limitar o poder estatal, impondo a este um dever de abster-se de interferir nas relações entre os sujeitos privados (à época vigorava uma rígida, clara e estanque divisão entre os domínios Público e Privado).

A postura negativa do Estado Liberal no decorrer do século XIX provocou enormes distorções e desigualdades sociais e econômicas, degradando a dignidade e a qualidade de vida humana.

Na prática a atuação despreocupada do Estado com o social assemelha-se ao modelo absolutista de administração; para o povo, nada mudou: antes explorado pelo rei, agora é oprimido pela burguesia. (LEAL, 2007).

Apesar do inegável progresso dos direitos liberais, a realidade mostrava a sua insuficiência para assegurar a dignidade humana. A industrialização do regime “*laissez faire, laissez aller, laissez passer*”⁵, acentuou o quadro de exploração do homem pelo homem.

Somando-se à inércia do Estado Liberal, a Revolução Industrial assentou sensivelmente o cenário de desigualdade social e da exploração do homem pelo homem. A vida nas fábricas, por exemplo, era degradante. Eis alguns exemplos que ilustram tal severidade: jornadas extenuantes, baixos salários, constantes acidentes de trabalho, exploração de crianças e gestantes, baixa qualificação, parca alimentação.

O Estado que veio a substituir o Liberal foi o de Bem-Estar Social (*Welfare State*), de caráter prestacional e interventivo, ele reconheceu direitos aos cidadãos que somente poderiam ser gozados por seu intermédio. Eis o nascedouro dos direitos sociais, também chamados de direitos humanos de segunda dimensão. Como exemplo destes, tem-se: o direito ao trabalho digno, à saúde, à educação, à habitação, à previdência, à moradia. (GORCZEVSKI, 2016, p. 138-139).

Com a finalidade de encerrar a evolução histórica dos direitos humanos, passa-se à terceira dimensão. Marcada pelos horrores da Segunda Guerra Mundial,

⁵ Literalmente “deixai fazer, deixai ir, deixai passar”.



ela calca-se na fraternidade/solidariedade universal. Gorczewski (2016, p. 141) ensina que “a solidariedade, fraterna e altruísta, poderá recuperar todos esses males, postulando uma repartição justa e equilibrada de todo progresso humano na economia, na cultura e na tecnologia”.

Tal dimensão de direitos ultrapassa os limites do indivíduo e da coletividade (conjunto de indivíduos com certos traços comuns, como os trabalhadores assalariados); ela, sim, abarca um número indeterminável de pessoas e quase sempre de forma imensurável.

Cita-se o exemplo do meio ambiente: o ar densamente poluído prejudica um sem-número de pessoas, além de os malefícios que não emergem imediatamente. Enfim, a terceira dimensão busca tutelar bens jurídicos aparentemente difusos na sociedade (paz, informação, meio ambiente).

Findo os apontamentos propedêuticos, adentra-se ao Direito do Trabalho (como disciplina e como direito fundamental). De modo uníssono os juslaboralistas atribuem termo inicial do processo de constitucionalização do Direito do Trabalho⁶ à Constituição do México (1917) e, posteriormente, a Constituição de Weimar (1919).

Porém, a Constituição Imperial (1824), que vigorou por 65 anos, tutelou, mesmo que timidamente, o direito ao livre exercício laboral. Sobre isso comenta Gorczewski (2016, p. 191): “o artigo 173, em seus 35 incisos, expressa um rol de princípios e direitos assegurados, tais como: princípio da igualdade e da legalidade; autonomia da vontade, como a liberdade de trabalho [...]”.

Por sua vez, a Constituição de 1891, fruto da Proclamação da República (1889), caracterizou-se por ser a mais concisas das Constituições Nacionais. (GORCZEVSKI, 2016, p. 194). Em análise da Carta de 1891, é perceptível que o constituinte oitocentista foi silente quanto à tutela justralhista, sequer reproduziu a proteção Constituição de 1824.

Em contraponto à ideia apresentada anteriormente, Delgado (2017, p. 62) advoga que, no Brasil, a tendência de se constitucionalizar o Direito do Trabalho emergiu com a Constituição de 1934 (art. 121) e, desde então, foi contemplada em todos os textos constitucionais posteriores.

Em detalhes, previamente à Constituição de 1934, Getúlio Vargas através de decretos-leis concedeu diversos direitos trabalhistas reivindicados, principalmente,

⁶ Deve ser entendido como: trazer os valores sociais do trabalho para dentro do ordenamento (na figura da Constituição).



pela classe operária, tais como: descanso semanal remunerado, direito a férias, limitação de jornada. Fato curioso: a Constituinte de 1934 contou com 40 representantes de associações de profissionais e sindicais de categorias profissionais e econômicas. (GORCZEWSKI, 2016, p. 195).

Tal expressiva representação profissional/sindical aliada a importantes direitos e garantias trabalhistas justificam a tese que defende ser, efetivamente, a Constituição de 1934 o início do processo de constitucionalização do Direito do Trabalho. Contudo, a Carta de 1934 não inaugurou o que hoje denomina-se Direito Constitucional do Trabalho – fruto da Constituição Cidadã (1988).

A respeito explica Delgado (2017, p. 62): “em vista da falta de complexidade e extensão de matérias, da ausência de métodos próprios de estruturação, além da lacuna ainda percebida quanto à identificação de perspectivas próprias de regência normativa acerca da temática trabalhista”.

Antes de enfrentar-se a tutela justralhista na atual Constituição, faz-se necessário explicar a razão de existir o Direito do Trabalho e o porquê de sua imperiosa fundamentabilidade.

Em razão da passagem para o Estado Social, o predomínio do Código Civil foi afetado, o primeiro campo a lograr independência foi o Direito do Trabalho – ao reconhecer o brutal desnível de forças entre empregado e empregador.

O Direito do Trabalho é um ramo jurídico autônomo, especializado, orientado por premissas distintas do Direito Civil (principalmente daquele moldado sob a égide liberal), que regula certo tipo de relação laborativa na sociedade contemporânea, notadamente a relação de emprego⁷ e, especificamente no Brasil, a relação de trabalho avulso. (DELGADO, 2017, p. 45-46).

Este ramo do Direito pode ser definido como um conjunto de normas, princípios e institutos aplicáveis à relação de trabalho **com vistas à melhoria da condição social do trabalhador**, contemplando medidas protetoras e modificativas das estruturas sociais. (DELGADO, 2017, p. 45-46).

A respeito do surgimento do Direito do Trabalho, Leite (2017, p. 34) aponta três principais causas:

(I) econômica (Revolução Industrial);

⁷ Trabalho subordinado (ou por conta alheia), realizado por pessoa física, com habitualidade e mediante remuneração.



(II) política (transformação do Estado Liberal em Estado Social, que marcou a intervenção estatal na autonomia dos sujeitos envolvidos na relação de emprego); e

(III) jurídica (reinvidicação dos trabalhadores para implantar-se um sistema de direito destinado à sua proteção).

A criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, por ocasião do Tratado de Versalhes demarca o trabalho como direito humano (o que embasa sua posterior fundamentabilidade). O Brasil, inclusive, está entre os membros fundadores da OIT e participa da Conferência Internacional do Trabalho desde a sua primeira edição. (LEITE, 2017, p. 35).

Também não se pode deixar de mencionar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (ONU, 2009, www.onu.org.br), a qual reconhece em seu art. 23, n° 1, que “todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

O especializadíssimo Direito do Trabalho, tal como todo o Direito, é teleológico ao passo que incorpora e realiza um conjunto de valores considerados relevantes para a sociedade. Sua função primordial consiste na **melhoria das condições de trabalho** na ordem socioeconômica. (DELGADO, 2017, p. 54).

Logo, parte-se do pressuposto que as condições de trabalho percebidas nas conjunturas sociais pretéritas e contemporânea são precárias ou, no mínimo, deixam a desejar. Esta é a principal razão de existir o Direito do Trabalho e deste ser um direito fundamental: melhorar a qualidade das condições de trabalho – o que foi incorporado na Constituição da República promulgada em 1988, que se passa a analisar.

3 A TUTELA JUSTRABALHISTA FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como já referido, a Constituição de 1988 inovou na ordem jurídica pátria ao constitucionalizar de fato o Direito de Trabalho⁸, ou seja, logrou êxito em torná-lo fundamental. Nesta parte abordar-se-á com profundidade a tutela justralhista constante da Carta de 1988.

⁸ Sob uma perspectiva eminentemente técnica, os juslaboralistas defendem que este é um sub-ramo cientificamente destacável (mas não avulso) do Direito do Trabalho (dotado de princípios, regras e institutos próprios). Denomina-se Direito Constitucional do Trabalho.



Para Delgado (2017, p. 63), o Direito do Trabalho ostenta um papel imprescindível na Constituição. Ele atua na conformação do tripé sustentáculo do Estado Democrático de Direito (dignidade humana; sociedade política; e sociedade civil) e, por conseguinte, colabora na efetivação de uma sociedade digna, democrática e participativa.

Leite (2017, p. 36-37), após a Constituição de 1934, as demais Cartas tutelaram o Direito do Trabalho, porém sempre por princípios e regras sob a perspectiva liberal clássica. Foi apenas a Constituição de 1988 que inaugurou uma nova página no campo juslaboral ao estrutura-lo, de fato, como um direito social.

No art. 1º, a Constituição enuncia os fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, destaca-se à presente temática o inciso IV: “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. (BRASIL, 1998, www.planalto.gov.br).

Também merece destaque dentre os artigos exordiais da Constituição de 1988 um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, inciso I): “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Ambos os dispositivos acima referidos, ao serem conjugados com a teleologia do Direito do Trabalho, reflete “o fundamental intento democrático e inclusivo de desmercantilização da força de trabalho no sistema socioeconômico capitalista, restringindo o livre império das forças de mercado na regência da oferta e da administração do labor humano”. (DELGADO, 2017, p. 54).

Antes de avançarmos no objetivo deste capítulo, adverte-se que em decorrência do princípio constitucional da solidariedade e das bases disciplinares do Direito Trabalhista, sua função não pode ser vista sob uma perspectiva meramente individualista (com foco no trabalhador isolado). Deve-se ter em mente que, de forma abstrata, o coletivo prepondera sobre o individual.

Ante a constatada centralidade da ordem jurídica brasileira na pessoa humana e da inerente vida socioeconômica a qual permeia a sociedade capitalista, a Constituição busca equilibrar diversos interesses e necessidades como a dicotomia capital-trabalho.

Para tanto, ela resguardou a livre iniciativa, a propriedade privada, a livre concorrência, a busca pelo pleno emprego, valores de justiça social, inviolabilidade física e psíquica, não discriminação, valorização das atividades laborais e, certamente, a mais importante delas: a **vedação de retrocesso social**.



Do que adianta enormes avanços na tutela dos mais diversos bens jurídicos sem a garantia de seu não aniquilamento ou mitigação posterior?

Outra importante constatação de Delgado (2017, p. 64) reside na constitucionalização de vários princípios do Direito Individual do Trabalho, tais como: princípio da proteção, da norma mais favorável, da imperatividade das normas trabalhistas, da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, da continuidade da relação empregatícia.

Também foram alçados ao patamar constitucional diversos princípios do Direito Coletivo do Trabalho (alguns até criados pela Carta de 1988); eis alguns: princípio da liberdade associativa e sindical, autonomia sindical, interveniência sindical na negociação coletiva. (DELGADO, 2017, p. 64).

Explicitamente, a Constituição (Brasil, 1998, www.planalto.gov.br):

a) diz ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão” (art. 5º, XIII), semelhante à Carta Imperial;

b) também garante a liberdade de associação (art. 5º, XVII), aqui incluem-se os sindicatos e outras associações de classe;

c) reconhece explicitamente o trabalho como direito social (art. 6º, *caput*);

d) enuncia o princípio do não retrocesso dos direitos trabalhistas (art. 7º, *caput*): “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à **melhoria de sua condição social**”. (Grifou-se).

e) elenca 34 incisos de direitos trabalhistas (art. 7º);

f) traça diretrizes do Direito Coletivo do Trabalho (art. 8º);

g) assegura amplamente o direito de greve (art. 9º);

h) reconhece a “busca do pleno emprego” (art. 170);

i) dispõe que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (art. 193).

Quanto ao artigo 7º, destacam-se os seguintes direitos trabalhistas⁹ (Brasil, 1998, www.planalto.gov.br):

a) inciso I: proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa (pendente de lei complementar);

b) inciso VI: irredutibilidade salarial relativa;

⁹ Não serão todos nominalmente citados ou trabalhados, eis que o escopo deste artigo não é minuciar toda a tutela justralhista constitucional.



- c) inciso XX: proteção do mercado de trabalho da mulher (pendente de regulamentação);
- d) inciso XXII: redução dos riscos inerentes ao trabalho;
- e) inciso XXVI: reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;
- f) incisos XXX e XXXI: proibição de diferença salarial em razão de sexo, idade, cor, estado civil ou condição de deficiente; e
- g) inciso XXXIV: igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Mesmo com toda a fundamentabilidade que se revestem os direitos trabalhistas, isso não retira do Direito do Trabalho o *status* de Direito Privado, muito embora a constitucionalização deste como um todo minimize a clássica dicotomia público-privado. (ALMEIDA; SEVERO, 2013, p. 275).

O disposto imediatamente acima é importante à medida que as normas trabalhistas interferem (para equilibrar) a relação empregatícia ou de trabalho avulso, que ocorrem, principalmente, na seara entre os sujeitos privados, eis que ao Estado a contratação de empregados é permitida em situações expressamente autorizadas (como os empregados públicos de empresas estatais).

Neste sentido, como mecanismo de absoluta vinculação aos particulares¹⁰, devem ostentar *status* de fundamentais certos princípios, institutos e direitos trabalhistas (como os enunciados no art. 7º da Constituição). Sobre isso tecem Cerqueira e Reis (2013, p. 102): “os direitos fundamentais são úteis não apenas para conter o poder estatal, mas também para conter os excessos de poder entre os particulares”.

Ademais, conecta-se à problemática da observância e cumprimento dos direitos fundamentais o princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, inciso I, da Constituição). Apesar de ela ser o sustentáculo dos direitos fundamentais de terceira dimensão, eis que se desprende do indivíduo humano, ela engloba também a proteção a grupos específicos, como os trabalhadores. (SARLET, 2012, não paginado).

Somente com o reconhecimento dos direitos do próximo é que o ser humano poderá fazer uma sociedade justa e equânime, para tanto, o comportamento

¹⁰ Dando-se por superada a discussão que gira em torno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.



solidário é o mais adequado. Aqui o Direito, que tem por função social, dentre outras coisas, o nivelamento da conduta humana em favor da harmonia e da paz social, deve atuar com vistas a transformar a realidade existente, combatendo, pois, comportamentos egoístas que prejudiquem o bem comum. (CARDOSO, 2012, p. 16).

Isso é reforçado no âmbito das relações de trabalho e, principalmente, na de emprego, porque são naturalmente desniveladas: em razão do poder econômico do empregador, o empregado está a ele subordinado não somente do ponto de vista jurídico, mas também do ponto de vista econômico.

Claro que a solidariedade é também um imperativo para que o trabalhador. Ilustrativamente, ela apela para que o trabalhador, servindo-se da presunção relativa de vulnerabilidade, não litigue de má-fé. Porquanto o princípio da solidariedade chama ao movimento empregados e empregadores para que, pelo mútuo entendimento e reconhecimento, pacifiquem-se.

Posto tudo isso, emerge a constatação de que a Constituição Republicana de 1988 é uma Carta avançadíssima no aspecto social, principalmente, porque consagra os direitos trabalhistas como autênticos direitos fundamentais.

Porém, alerta Leite (2017, p. 38) que, com queda do muro de Berlim (símbolo da derrocada do socialismo) e pela firmação dos grandes blocos econômicos mundiais, fala-se atualmente em:

- a) desregulamentação;
- b) privatização do Estado; e
- c) desconstitucionalização, terceirização e flexibilização dos direitos trabalhistas.

Na atual conjuntura brasileira, a flexibilização ganhou muito espaço nos últimos anos, principalmente pelo cenário de recessão econômica e pelo aumento do desemprego. A tese é endossada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) desde 2009 e ganhou apoio no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho (TST)¹¹. (MAIOR, 2017, p. 59-62). É o que se analisará a seguir.

4 A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO E A (POSSÍVEL) COLISÃO COM A TUTELA JUSTRABALHISTA FUNDAMENTAL

¹¹ No caso do TST, o bastião da flexibilização dos direitos trabalhistas foi o então Presidente Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, durante seu mandato de fevereiro de 2016 a fevereiro de 2018.



A flexibilização dos direitos trabalhistas, em verdade, não é assunto novo. Sempre houve resistência ao pleno cumprimento das normas trabalhistas, principalmente, pelos empregadores. Flexibilizar-se o Direito do Trabalho é, no final das contas, legitimar seu largo descumprimento, transformando-o em instituto pertencente a este especializadíssimo Direito.

A prova deste processo está na introdução do sistema de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), na década de 60, em substituição à garantia de emprego decenal (art. 492 da CLT), que marcou o início da flexibilização das normas trabalhistas. (CAIRO JÚNIOR, 2017, p. 129).

Tecnicamente, a flexibilização trabalhista é possibilidade jurídica de atenuar-se a força imperativa das normas trabalhistas, de modo a mitigar a amplitude de seus comandos ou parâmetros de incidência. Esse permissivo pode ser operado por norma estatal (fonte formal heterônoma) ou por norma coletiva negociada (fonte formal autônoma). (DELGADO, 2017, p. 67).

Antes de algumas novidades legislativas trazidas pela Reforma Trabalhista em 2017 (que serão vistas posteriormente em detalhes), postulava Delgado (2017, p. 69) que a Constituição e o Direito do Trabalho não reconheciam amplos poderes à negociação coletiva. Esta era limitada aos seguintes casos:

(I) quando a norma constitucional indubitavelmente autorizar a flexibilização autônoma, isto é, a flexibilização da qual o Estado não participa (caso do art. 7, XIV, da Constituição); e

(II) quando se tratar de parcela supra legal, isto é, que tenha sido criada por conta da negociação coletiva (por exemplo, auxílio-alimentação sem caráter salarial instituído por acordo coletivo de trabalho).

Como já referenciado preteritamente, muitas são as razões que dão força ao ímpeto flexibilizador, porém elas sempre restam no argumento econômico. Em momentos de crise econômica ressurgem o velho estigma: a crise só aconteceu por causa da – suposta – quantidade de direitos trabalhistas.

Os interessados nesta pauta sempre cerram os olhos à complexa dinâmica da economia globalizada, nesses momentos – convenientemente – não se combate a onerosa carga tributária e contributiva que arcam as empresas, tampouco questionam-se as políticas de fomento ao crescimento econômico sustentável a cargo do Estado. De novo, a culpa é dos trabalhadores, é da CLT.



O capitalismo permitiu, sem dúvidas, o desenvolvimento material das sociedades e viabilizou o estupendo avanço tecnológico percebido nas últimas décadas, também fomentou liberdades individuais sem precedentes históricos, mas ele trouxe consigo uma perversidade incontrolável. Entre elas, o aumento da desigualdade, o desemprego estrutural, a concentração de riquezas, a tendência ao monopólio dos bens de produção, uma cultura calcada no consumo de massa e uma tensão social crescente devido à competitividade extremada. (LEITE, 2017, p. 333).

O capitalismo prega o lema "vencer ou vencer". Os mais fortes, os mais aptos, os que acumularem mais capital e, portanto, os mais ricos, se tomarão aqueles que têm acesso a tudo, que podem tudo. Ter-se dinheiro na cultura ocidental contemporânea é vendido como o alfa e o ômega do indivíduo (a motivação e o objetivo). (LEITE, 2017, p. 333).

Essa cultura de perpétuo escalonamento socioeconômico sem consideração pela pessoa humana é notavelmente percebida no âmbito empresarial, o que pode levar-se à ditadura do Mercado. (LEITE, 2017, p. 333).

Por tais constatações é visível que esse *modus operandi* não se coaduna com os preceitos constitucionais gerais e, especialmente, os trabalhistas. Como já referido, os particulares estão vinculados à concretização dos direitos fundamentais, que se calcam na dignidade humana.

Mais recentemente a onda flexibilizadora do Direito do Trabalho encontra respaldo em certos trechos Reforma Trabalhista. Um importante exemplo a ser citado é o famigerado “negociado sobre o legislado”, constante da CLT no art. 611-A, que foi inserido pela Lei 13.467/17. Veja-se: “a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre”¹².

Inclusive, o § 1º do mesmo artigo faz referência ao § 3º do art. 8º da CLT, o qual determina que:

No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. (BRASIL, 1943, <http://www.planalto.gov.br>).

¹² O referido artigo elenca 15 incisos sobre os quais podem versar a negociação coletiva. Também é importante saber-se que o art. 611-B elenca 30 incisos nos quais a negociação coletiva não pode tocar.



O transcrito trecho também limita a atividade jurisdicional da Justiça do Trabalho à análise do art. 104 do CC, a saber: “a validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei”. (BRASIL, 2002, <http://www.planalto.gov.br>).

Ademais, é oportuno e conveniente citar-se mais uma – questionável – novidade por parte da Reforma Trabalhista: a figura do empregado “hiperssuficiente”, constante do parágrafo único do art. 444 da CLT, *in verbis*:

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

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o **caput** deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (Grifo original).

Pela mera leitura do dispositivo, para tal categoria de empregados, os acordos firmados entre estes e seus empregadores terão preponderância sobre os instrumentos coletivos (acordos e convenções coletivas de trabalho). É inverossímil que, pela maior instrução e salário, tais empregados terão poderio para negociar com os empregadores.

Hoje o valor que corresponde à igualdade do dobro do teto do Regime Geral de Previdência é R\$ 11.291,60. (BRASIL, 2018, www.previdencia.gov.br). Em termos bem simples: quem ganha essa quantia ou mais é, certamente, aquele que mais teme perder seu emprego; este fará de tudo para manter seu vínculo e seu padrão de vida privilegiadíssimo.

Não pairam dúvidas de que a prevalência do negociado sobre o legislado constante dos arts. 444 e 611-A da CLT é flexibilização dos direitos trabalhistas, eis que encontra guarida no conceito anteriormente posto: é o permissivo jurídico de mitigar-se os efeitos do Direito Estatal pelo Direito Negociado – que, no âmbito das relações subordinativas de trabalho (emprego), pende em benefício à categoria econômica.

Tal modelo supostamente benéfico a empregados e empregadores poderia prosperar se no Brasil o modelo sindical tocasse apenas os empregados



sindicalizados, isto porque, se houvesse uma cultura que estimulasse a massificação dos sindicatos estes teriam poderio para equilibrar o capital.

Entretanto a Reforma, também neste ponto, foi perversa: extinguiu a contribuição sindical obrigatória, condicionando-a a expressa e prévia anuência do obreiro. Fachin, em seu voto contra a extinção do custeio sindical compulsório, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.794¹³, ensina que o regime sindical estabelecido pela Constituição de 1988 está sustado em três pilares fundamentais a unicidade sindical (art. 8º, II), representatividade compulsória (art. 8º, III) e a contribuição sindical (art. 8º, IV).

Pertinentes as críticas a esse sistema antiquado, não se pode furtar de criticar tal mudança: ela mexeu em apenas um dos pilares do regime sindical brasileiro. Hoje, os sindicatos não podem mais contar com uma fonte previsível de custeio e ainda prevalece os efeitos *erga omnes* das negociações coletivas.

Ou seja, em breve ter-se-á sindicatos pobres com a responsabilidade de negociarem para toda a categoria profissional que representam, sendo que apenas a parte não egoísta e lúcida desta continuará a custear o sindicato. Ou o legislador foi ingênuo (o que se acha difícil de crer), ou realmente atendeu ao interesse unilateral do capital de enfraquecer ainda mais a categoria profissional pela flexibilização da negociação coletiva.

Posto isso, ou o sistema sindical deveria ter sido deixado intacto (imperfeito, mas atendendo à teleologia do Direito do Trabalho), ou junto com a facultatividade da contribuição sindical deveria ter sido estimulada à associação em massa aos sindicatos através do fim dos efeitos amplos da negociação coletiva.

O que se pode esperar de um sistema que estimula a negociação coletiva e nas fornece a paridade de armas necessárias? Como um sistema assim atingirá o objetivo final do Direito do Trabalho, que é o de melhorar as condições de trabalho e de vida dos trabalhadores e, por consequência, da sociedade como um todo?

Inclusive, a Constituição de 1988 traduz adequada e claramente a finalidade do Direito do Trabalho, a saber: “art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, **além de outros que visem à melhoria de sua condição social**”. (BRASIL, 1998, www.planalto.gov.br). (Grifou-se).

¹³ O resultado da ação foi de improcedência, portanto, o STF declarou constitucional o fim da contribuição sindical obrigatória.



Está claro que a única modificação nos direitos trabalhistas que guarda compatibilidade com a tutela justralhista constitucional é aquela vetorizada no sentido de melhorar a condição social dos trabalhadores.

Frisa-se que essa trava ao retrocesso dos direitos trabalhistas não se limita aos direitos constantes dos incisos do art. 7º da Constituição. Na verdade, esse *caput* é um mandamento de otimização de todo o ordenamento jurídico pátrio, inclusive da atividade legislativa, é um princípio constitucional que visa proteger os trabalhadores dos intentos mesquinhos capitalistas (doutrina liberal oitocentista).

Permitir-se a ampla negociação da categoria profissional com a todopoderosa categoria econômica, certamente (ainda mais com as bases sindicais corroídas), não é melhorar a condição social dos obreiros (discurso da Reforma Trabalhista) – é, sim, cancelar a tão difundida conduta de desrespeito para com a tutela trabalhista. É mais uma vitória do capital sobre o trabalho.

Por fim, o ramo do Direito do Trabalho e os operadores jurídicos que nela atuam não devem envergonhar-se de levantar a bandeira em prol da proteção dos direitos trabalhistas. É justamente para isso que existe tal ramo especializadíssimo e autônomo do Direito. A proteção e a melhoria das condições sociais dos trabalhadores, antes de tudo, é constitucional, é vinculante.

5 CONCLUSÃO

Em resposta ao problema de pesquisa: “a crescente flexibilização do Direito do Trabalho pode atentar contra a tutela justralhista da Constituição de 1988?”, conclui-se que a crescente flexibilização do Direito do Trabalho, principalmente certas disposições da Reforma Trabalhista, fere à tutela justralhista contida na Constituição de 1988.

Compõem o referido resultado as seguintes constatações:

(I) A tutela justralhista nasce da necessária contraposição ao capital, que degradou a qualidade de vida, principalmente por ocasião da Revolução Industrial.

(II) A relação de emprego, cerne do Direito do Trabalho, e a relação de trabalho avulso são notadamente vulneráveis.

(III) O direito ao trabalho (ou ao trabalho digno), além de um direito humano, é um direito fundamental constante da Constituição de 1988. A tutela justralhista é plural em nossa Carta; figura como princípio e valor fundamentais do Estado Democrático de Direito.



(IV) O direito ao trabalho (ou ao trabalho digno) também é reconhecido como direito social e como valor da ordem econômica. Toda essa roupagem que se reveste a tutela do trabalho tem por finalidade contribuir para a melhoria das socioeconômicas, conforme os ditames da justiça social.

(V) A única modificação nos direitos trabalhistas que guarda compatibilidade com a tutela justralhista constitucional é aquela vetorizada no sentido de melhorar a condição social dos trabalhadores.

(VI) Derradeiramente, permitir-se a ampla negociação coletiva prevaleça sobre o legislado (o mais notório exemplo de flexibilização) aliado à corrosão das bases sindicais é atentar contra toda a carga principiológica e valorativa e também contra o texto literal da Constituição (art. 7º, *caput*).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, A. E.; SEVERO, V. S. *Conflito de normas nas relações trabalhistas: elementos para a superação da técnica da proporcionalidade*. In: REIS, J.R. (org.); CERQUEIRA, K. L. (org.). *Intersecções jurídicas entre o público e o privado*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2013, p. 265-286.

BRASIL. *Benefícios: índice de reajuste para segurados que recebem acima do mínimo é de 2,07% em 2018*. Disponível em: <www.previdencia.gov.br/2018/01/beneficios-idade-de-reajuste-para-segurados-que-recebem-acima-do-minimo-e-de-207-em-2018/>. Acesso em: 28 jul. 2018.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jul. 2018.

_____. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 27 jul. 2018.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 27 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.794*. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 29 jun. 2018. Disponível em:



<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288954>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010.

CERQUEIRA, K. L.; REIS, J.R. *A constitucionalização do direito privado e suas implicações ao poder judiciário: uma análise da ampliação da função jurisdicional em matéria de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*. In: REIS, J.R. (org.); CERQUEIRA, K. L. (org.). *Intersecções jurídicas entre o público e o privado*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2013. p. 99-119.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

GORCZEVSKI, Clóvis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. 2. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2016.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. O STF em matéria trabalhista e o curioso caso de Benjamin Button. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Curitiba. Vol. 6, n. 57, p. 58-68, 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/102481/2017_souto_maior_jorge_stf_materia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 jul. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 2009. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.