

**FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS**

**HENRIQUE DE OLIVEIRA**

**DIREITO DO TRABALHO E TEORIA DA FLEXIBILIZAÇÃO: OS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS EM XEQUE.**

**POUSO ALEGRE- MG 2017**

**FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS**

**HENRIQUE DE OLIVEIRA**

**DIREITO DO TRABALHO E TEORIA DA FLEXIBILIZAÇÃO: OS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS EM XEQUE.**

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Professor Doutor Paulo Eduardo Vieira de Oliveira.

**POUSO ALEGRE- MG 2017**

O48d OLIVEIRA, Henrique de.

Direito do Trabalho e Teoria da Flexibilização: os Direitos Fundamentais Sociais em xeque. Henrique de Oliveira. Pouso Alegre- MG, 2017.

102 p.

Orientador: Paulo Eduardo de Oliveira Vieira.

Dissertação (Mestrado em Direito)- Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, 2017.

1. Flexibilização. 2. Direito do Trabalho 3. Direito Fundamentais 4. Direitos Sociais. I. Faculdade de Direito do Sul de Minas. II. Título.

CDU 340

**HENRIQUE DE OLIVEIRA**

**DIREITO DO TRABALHO E TEORIA DA FLEXIBILIZAÇÃO: OS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS EM XEQUE.**

**FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS**

Data da Aprovação \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora

---

Professor Doutor Paulo Eduardo Vieira de Oliveira

Orientador

FDSM

---

FDSM

---

Professor (convidado)

POUSO ALEGRE- MG 2017

Àquele que possibilita todas as coisas em minha vida, o  
meu Senhor e salvador Jesus Cristo.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, autor e consumidor da minha fé, e principal responsável pelo meu ingresso e permanência neste curso, provendo todas as coisas e me sustentando nas horas de dúvida e desânimo.

A minha esposa Simone Aparecida Martines de Oliveira, esposa dedicada e paciente que sempre orou e me incentivou a prosseguir. Mesmo nos momentos em que eu decidi desistir você não permitiu e trabalhou arduamente para que o sonho se realizasse.

Ao meu primogênito, Samuel Henrique Martines de Oliveira, por toda paciência e por compreender que, muitas vezes, foi necessário abdicar de momentos em que poderíamos estar juntos, para que eu pudesse me dedicar ao estudo e conclusão desta dissertação. E ao pequenino, Matheus Henrique Martines de Oliveira, pela compreensão quando não foi possível deixar os estudos para que pudéssemos brincar na sala. Tantos foram os convites negados por conta deste trabalho, mas em todos vocês compreenderam e deixamos para outro momento. O meu amor por vocês é a razão de tudo o que faço.

Ao meu amigo e irmão, Délio Campos Neves da Silva que, desde a graduação, tem sido responsável pelo incentivo e provisão financeira nas horas de dificuldade. Agradeço por acreditar que poderia ir além das minhas próprias expectativas. Sem você este sonho não teria se realizado.

A minha cunhada Adriana de Oliveira Martines Silva que, na mesma proporção que seu esposo Délio, foi demasiadamente importante para a conclusão desta fase da minha vida. Muitas vezes também intercedeu nos momentos de dificuldade financeira e ainda, pelas muitas orações.

A minha mãe que, mesmo diante das dificuldades, nos ensinou a honestidade e o desejo de nos aprimorarmos dia após dia.

Aos meus irmãos e irmãs deixo o seguinte pensamento: se crerdes que é possível, então se fará, pois, "tudo é possível ao que crê". Não desistam de seus sonhos, eles se tornam realidade a partir do esforço e persistência.

A minha amiga, advogada Maria Tereza Carvalhaes (Maitê), pelo incentivo desde a graduação.

Ao professor Doutor Paulo Eduardo Vieira de Oliveira, a quem admiro como exemplo de profissional na magistratura do trabalho e docente admirado na FDSM. Agradeço pela

orientação prestada ao longo deste período.

Ao professor Doutor Rafael Lazzarotto Simioni que, em momentos difíceis, teve uma palavra de incentivo e de motivação.

E por fim, aos professores do Curso de Mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, com quem tive a honra de conviver tanto na graduação como no mestrado.

Meu muito obrigado a todos que, de alguma forma, torceram por mim e contribuíram para o encerramento desta conturbada, mas satisfatória fase da minha vida acadêmica.

"Quando são os justos que acedem ao poder, então toda a população se alegra; mas quando são homens corruptos que dominam o povo, este só pode gemer."

Provérbios 29:2

## **RESUMO**

A presente pesquisa tem como propósito analisar a forma com tem sido aplicada a Teoria da Flexibilização ao Direito do Trabalho, principalmente no contexto brasileiro. Portanto busca-se apresentar, primeiramente, a evolução histórica do Direito do Trabalho que constitui um dos alicerces fundamentais nas argumentações antiflexibilistas. Apresenta-se ainda uma análise da teoria da flexibilização partindo de sua concepção e aplicação inicial, até a forma aplicada no Brasil. Também são lançados nesta pesquisa os argumentos que compõem o cenário favorável à sua aplicação, segundo os seus defensores. Por fim analisa-se a lei 13.429 de 31 de março de 2017 que proporcionou a terceirização das denominadas atividades fim, até então restringida pela doutrina e jurisprudência às prestações de serviço de segurança e de limpeza. O presente trabalho se efetiva através de uma pesquisa bibliográfica, não se intentando esgotar o tema Flexibilização dos Direitos Trabalhistas, mas somente lançar luz às discussões atuais sobre a aplicação ou não desta teoria e esboçar o que poderia ocorrer com o Direito do Trabalho e fatalmente com todos os Direitos Sociais, caso se utilize indiscriminadamente desta flexibilização.

**Palavras - chaves:** Flexibilização, Direito do Trabalho, Direito Fundamental, Direito Social.

## **ABSTRACT**

The present research aims to analyze how the Theory of Flexibilization to Labor Law has been applied, especially in the Brazilian context. Therefore, we seek to present, first, the historical evolution of Labor Law, which constitutes one of the fundamental foundations in anti-flexibilist arguments. An analysis of the Flexibility Theory is presented, starting from its conception and initial application, to the form applied in Brazil. The arguments that make up the scenario favorable to its application, according to its proponents, are also launched in this research. Finally, it analyzes the law 13.429 of March 31, 2017 that provided the outsourcing of so-called end activities, until then prohibited by doctrine and jurisprudence. The present work will be carried out through a bibliographical research, not attempting to exhaust the theme of flexibilization of labor rights, but only shed light on the current discussions on the application or not of this theory and outline what could happen with Labor Law and fatally all Social Rights, if this flexibility is used

**Keywords: Flexibilization, Labor Rights, Fundamental Rights, Social Rights.**

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	12
------------------	----

### CAPÍTULO I.

#### 1. A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

1.1 O conceito e sua evolução.....	16
1.2 Do direito individual.....	20
1.3 Do direito coletivo.....	27
1.4 O Direito do Trabalho como Direito Social.....	31
1.5 A constitucionalização do Direito do Trabalho.....	36

### CAPÍTULO II

#### 2. A TEORIA DA FLEXIBILIZAÇÃO.

2.1 Uma análise terminológica .....	42
2.2 Considerações sobre a teoria.....	44
2.3 O conceito de flexibilização plicado ao Direito do Trabalho.....	47
2.4 A aplicação prática.....	53

### CAPÍTULO III

#### 3. AS DISCUSSÕES SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DA FLEXIBILIZAÇÃO NAS NORMAS TRABALHISTAS.

3.1 O cenário favorável: globalização, crise econômica, aspectos culturais e sociológicos.....	61
3.2 A rigidez da norma e as alterações propostas.....	67
3.3 A validade histórico-social e a vedação ao retrocesso.....	76
3.4 A terceirização e a lei 13.429 de março de 2017.....	82
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	91
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	94

## INTRODUÇÃO

A necessidade de reforma nas bases do Direito do Trabalho tem sido constantemente levantada como uma das poucas alternativas para ampliar a competitividade entre as empresas no chamado mundo globalizado que invoca o paradigma empresarial transnacional. A transnacionalidade empresarial eleva as empresas a um patamar mundial, ou seja, empresas com atividades comuns em diversos países, integradas por uma mesma união político/econômica. O principal intuito deste modelo empresarial é a busca, cada vez maior, da redução do custo e aumento do lucro. Assim argumenta-se que a reforma trabalhista tem o condão de melhorar a competitividade das empresas, sejam elas transnacionais, grandes, e principalmente médias ou pequenas empresas. Um dos objetivos desta reforma seria diminuir custos com mão de obra que tem como valor agregado o custo de contratação, demissão e os denominados encargos sociais, garantindo assim a manutenção dos postos de trabalho; a abertura de novas vagas no mercado de trabalho e por fim, o desenvolvimento econômico.

O discurso sobre a necessidade de flexibilizar as normas trabalhistas não é recente e foi mundialmente divulgado nas décadas de setenta e oitenta, chegando ao Brasil com mais ênfase na década de noventa, logo após à promulgação da Constituição de 1988, através dos governos de Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso que se apresentaram como defensores de modelos neoliberais de governo. Os discursos favoráveis à aplicação da flexibilização das normas trabalhistas naquele momento são os mesmos que perduram até hoje e assim como antes, podem contar com defensores, alguns autores e juristas expressivos, como: Sergio Pinto Martins, Ives Granda Martins Filho, Rosita de Nazaré Sidrim Nassar, Arion Sayão Romita entre outros, que se dedicaram a escrever inúmeras teses e livros, expressando a necessidade imediata de aplicação desta teoria às relações trabalhistas para que se pudesse promover uma adequação do direito do trabalho às diversas situações contemporâneas que ficavam, segundo o entendimento destes autores e juristas, a margem da legalidade. E ainda, frente à necessidade de promover o desenvolvimento econômico do país, a "rigidez" da norma trabalhista seria um empecilho e não seria possível prosseguir sem flexibilizá-las. As mudanças ocorridas nas relações de trabalho desde a Consolidação das Leis Trabalhistas em 1943 eram prontamente invocadas como argumento para a aplicação da teoria da flexibilização. Desta forma passou-se a divulgar amplamente uma teoria surgida na Europa, em meio à crise econômica da década de 70, chamada Teoria da Flexibilização das Normas Trabalhistas.

A Teoria da Flexibilização nasce em meio ao cenário de crise mundial, a crise do

petróleo da década de 70, sendo amplamente divulgada na Inglaterra nos anos 80, e ganhando repercussão em toda Europa e Brasil na década de 90. Pode-se atribuir a esta corrente doutrinária a responsabilidade por diversas tentativas de desconstruir, mundialmente, o direito do trabalho. Percebe-se, inclusive, que esta teoria influenciou autores como Maurício Godinho Delgado e Amauri Mascaro Nascimento que publicaram textos favoráveis à flexibilização, muito embora tenham, posteriormente, revisado suas posições, tomando a posição de não aceitação de tal teoria por entenderem o quão nociva era sua aplicação.

Desde a década de noventa, sempre que há situação de crise econômica, seja ela mundial ou apenas nacional, ressurgem o discurso sobre a importância da aplicação da teoria da flexibilização, como sendo esta o único meio hábil para se recuperar empregos e retomar o crescimento econômico.

Ao Direito do Trabalho é constantemente atribuída a responsabilidade pelo declínio ou evasão das empresas, ocasião em que é apresentada como única solução, a revisão da legislação e de seus institutos através da flexibilização, com o suposto argumento de que se pode assim, evitar o colapso econômico. Diante disso, apresentam-se os argumentos da corrente flexibilista que geralmente estão ligados a um conceito neoliberal de pensamento que atribui à norma trabalhista a condição de entrave para o pleno desenvolvimento do país. Verifica-se também, uma linha de raciocínio que permeia entre prós e contras, a chamada teoria semiflexibilista, que busca comprovar uma coerência entre autonomia privada e coletiva e um mínimo de garantias fundamentais enquanto autonomia individual. Para estes, aos direitos passíveis de negociação coletiva seria atribuída autonomia negocial irrestrita enquanto que aos direitos individuais seria garantida a plena valorização.

Há ainda uma terceira corrente, denominada antiflexibilista, que defende a manutenção dos Direitos Trabalhistas, pois qualquer alteração nestes direitos constitui afronta aos direitos fundamentais sociais, pois, em qualquer grau, a autonomia negocial causaria retrocesso social.

Ainda que haja diversas correntes doutrinárias a respeito da aplicação da teoria da flexibilização, inclusive sendo majoritária a corrente antiflexibilista, a decisão sobre sua aplicação tem sido tomada, inadvertidamente, pelo Poder Legislativo Brasileiro, que, a título de exemplo, recentemente aprovou o então projeto de lei 4330 de 2004. Tal projeto legislativo foi sancionado pelo Presidente da República, confirmando seus pronunciamentos anteriores e demais atos de gestão que indicavam que era favorável a Terceirização e outras formas de flexibilização. O resultado desta sanção, inclusive sem vetos é a terceirização em todas as

etapas do processo produtivo, de maneira irrestrita inclusive no âmbito do poder público, arriscando-se a tornar precárias as condições de trabalho.

Outras decisões consideradas como flexibilista seriam a aprovação do Projeto de Lei 4962 de 2016, tendo sua redação sido uma versão moderna de uma ideia recorrente desde os anos 90, que consiste em atribuir nova redação ao artigo 618 da Consolidação das Leis do Trabalho, instituindo a sobreposição das normas negociadas em acordos e convenções coletivas sobre as normas heterônomas e a aprovação da PLC 38/17 que é denominada reforma trabalhista. Porém neste trabalho não esmiuçaremos estes dois projetos dada a limitação que atribuí-se ao tema, qual seja, adentrar a análise somente de textos vigentes.

Com vistas a esta dualidade e as recentes investidas contra o Direito do Trabalho, parece ser necessário e pertinente lançar luz sobre a Teoria da Flexibilização e também sobre sua antítese, a Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais, para que possamos responder a um importante questionamento da atualidade: Qual seria o limite, aceitável, de flexibilização das normas trabalhistas e qual poderá ser o futuro do próprio Direito do Trabalho, e consequentemente de todos os demais Direitos Sociais, frente à aplicação indiscriminada da teoria da flexibilização?

Buscando resposta a este questionamento, o presente trabalho tem como objetivo a apresentação, através de uma análise bibliográfica, da Teoria da Flexibilização e dos argumentos favoráveis e contrários à sua aplicação. A pesquisa se inicia com uma análise histórica do Direito do Trabalho e da sua consolidação como Direito Social, por entender imprescindível a abordagem das questões históricas deste ramo especializado de direito e de como se deu a sua afirmação como direito fundamental e social.

Segue por uma análise conceitual e terminológica da citada teoria da Flexibilização, inclusive as modalidades encontradas em sua formação original.

Nos capítulos seguintes, serão apresentados os argumentos à aplicação da Teoria da Flexibilização, abordando os aspectos teóricos e práticos e o "pano de fundo" sobre o qual se desencadeia a discussão sobre flexibilização. Serão trazidas, ainda, algumas das últimas decisões da Supremo Tribunal Federal que favoreceram a flexibilização e, consequentemente, também favoreceram os empregadores, abandonando entendimentos anteriores de que seria o empregado o hipossuficiente da relação, por isso lhes concediam maior proteção.

No último capítulo, o objetivo foi apresentar um exemplo real de como se intenta

Desconstruir o Direito do Trabalho, a partir da aprovação de leis que deixam de lado a proteção ao trabalhador. Assim será analisada a terceirização através da Lei 13.429/17.

Por fim, serão discorridas as considerações finais da pesquisa, tentando responder a indagação inicial sobre qual seria o limite aceitável de flexibilização das normas trabalhistas e qual poderá ser o futuro do próprio Direito do Trabalho, e conseqüentemente de todos os demais Direitos Sociais, frente à aplicação indiscriminada da teoria da flexibilização.

## CAPÍTULO I

### 1. A HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO

#### 1.1 O conceito e sua evolução.

O termo Trabalho vem do latim *tripalium*, que era uma espécie de instrumento de tortura ou canga que pesava sobre os animais. A primeira forma de trabalho que se pode observar na história foi a escravidão em que, apesar de haver uma prestação de serviço advinda daquele que fora escravizado, para seu senhor, não havia normas jurídicas nem um ramo específico de direito que amparasse tais relações. Os escravos eram considerados propriedade de seus senhores e como eram tratados como "coisa", suas relações eram disciplinadas pelo direito civil.<sup>1</sup>

Juntamente com a escravidão encontramos outro tipo de prestação de serviços denominada de servidão. Nesta forma de prestação de serviço não havia uma relação de propriedade do senhor sobre o servo mas, havia uma relação dependência militar e política. Em troca de proteção militar e de interesses políticos, os servos ao trabalharem suas propriedades, reservavam parte de sua produção rural para seus senhores ou quando não possuíam propriedades produtoras trabalhavam na terra de seus senhores<sup>2</sup>

Assim, para que se possa falar em direito do trabalho não se deve levar em conta o período em que o trabalho era praticado em um sistema de servidão ou escravidão, como por exemplo o ocorrido no período do Brasil Colônia. A história do Direito do Trabalho somente pode ser observada após o fim do período escravagista, início do período industrial, pois anterior a este período o que se tinha era, primeiramente, uma dominação sobre os nativos (índios) e posteriormente uma dominação sobre os africanos (negros) por meio da sujeição, sendo que qualquer situação que ensejasse uma "prestação de serviços" era tida como mera locação de serviços que deveria ser tratada por um contrato disciplinado pelas leis civis.<sup>3</sup>

"A escravidão do índio e o engajamento do branco cederam diante da maior resistência, docilidade e capacidade de trabalho do negro. Suas feições, o cabelo, a cor e a dentição, suas características "sub-humanas" tão amplamente invocadas, não passaram de racionalização posterior para justificar um fato econômico simples: as colônias precisavam de mão de obra e recorreram ao trabalho negro porque era o melhor e o mais barato. Não era uma teoria; era uma conclusão prática da experiência pessoal do fazendeiro."<sup>4</sup>

O Direito do Trabalho somente se justifica a partir do momento em que há uma

---

<sup>1</sup> MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 33-38.

<sup>2</sup> Ibidem.

<sup>3</sup> BELTRAN, Ari Possidônio. Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais. São Paulo: LTr. 2002. p. 41.

<sup>4</sup> WILLIANS, Eric. Capitalismo e escravidão. Tradução de Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.50.

prestação livre e conseqüentemente subordinada, não sendo necessário fazer uma longa digressão a períodos anteriores à Revolução Industrial.

Ainda diante do cenário de uma sociedade pré-industrial, temos as corporações de ofício. As corporações de ofício eram formadas por artesões de um determinado ramo de atividade, desempenhando três funções distintas: a dos mestres, que após passarem por uma prova de habilidades se tornavam proprietários das oficinas; pelos companheiros, que por terem um conhecimento sobre o ofício que desenvolveriam recebiam salário dos mestres e dos aprendizes que, geralmente eram menores que trabalhavam em troca da aprendizagem e do conhecimento em determinada manufatura.<sup>5</sup>

As corporações de ofício cumpriam uma função organizativa, sendo que estabeleciam uma estrutura hierárquica regulando a capacidade produtiva e regulamentando as técnicas de produção. As jornadas de trabalho eram exaustivas podendo chegar a dezoito horas diárias, sendo que, a busca da redução da jornada estava relacionada à qualidade do serviço e não à proteção do trabalhador.<sup>6</sup>

As corporações de ofício foram suprimidas pela Revolução Francesa de 1789 por serem consideradas incompatíveis com seus ideais e posteriormente, em 1791, foi totalmente proibida dando abertura à liberdade contratual.<sup>7</sup>

Somada a essa abertura contratual a Revolução Industrial foi responsável pela mudança na forma como era visto o trabalho. De simples prestações de serviço, o trabalho passa a ser visto como emprego.<sup>8</sup>

A prestação livre e subordinada, em substituição à sujeição da servidão e escravidão, e até mesmo a forma de prestação trazida pelas corporações de ofício, se inicia no fim da Idade Média e se desenvolve a partir da Revolução Industrial nos XVII e XVIII, chegando a seu ápice no século XIX.<sup>9</sup> O sistema econômico capitalista é o principal fator de criação do Direito do Trabalho uma vez que somente após seu surgimento e de fatores que a este sistema são inerentes, como por exemplo, o trabalho livre, remunerado e conseqüentemente subordinado é que surge a necessidade de proteção do trabalhador e futuramente da relação de trabalho em si.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 25. ed. São Paulo: LTr, 1999. p 41-44.

<sup>6</sup> MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 35.

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> Ibidem.

<sup>9</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr. 2012, p.86.

<sup>10</sup> Ibidem.

Porém a revolução industrial trouxe consigo uma situação antagônica; ao mesmo tempo que, de um lado, moderniza a forma de prestação de serviços através da utilização de máquinas a vapor e com isso possibilita a contratação de mão de obra através do pagamento de salário, de outro, gera uma situação de desemprego dada a falta de postos de trabalho para todos os que buscavam emprego. Nem mesmo os campos ficam livres do desemprego. Até mesmo nestes locais iniciava-se a substituição de trabalho manual pelo das máquinas. Os trabalhadores agora prestavam seus serviços em troca de um salário, dando origem a uma situação jurídica que até então inexistia.<sup>11</sup>

Em pouco tempo, com o desenvolvimento das máquinas a vapor que se utilizavam de carvão mineral para seu funcionamento a dinâmica do trabalho toma uma dimensão jurídica relevante. A livre contratação, associada à grande oferta de mão de obra das minas carvoeiras, da origem a exploração dos trabalhadores através de contratos vitalícios, o emprego de crianças e mulheres em jornadas excessivas e salários baixos em minas de carvão. O baixo preço pago pela força de trabalho em oposição à necessidade de recursos financeiros para manter as famílias levaram a classe proletária a jornadas de trabalho intermináveis e a se submeterem às mais diversas situações que, quase sempre, eram exaustivas e degradantes.<sup>12</sup>

Tem-se neste momento uma mercantilização da força de trabalho. Uma vez lançada as condições de mercado, equiparando-se aos demais bens da vida passíveis de comercialização, o trabalho passa a ser visto como mercadoria e sob esta perspectiva é inserido no contexto comercial do modelo de Estado liberal, passando a ser comercializado por certo preço e por meio da livre contratação.<sup>13</sup> Nesse sentido, a partir do trabalho mercadoria, não era possível atribuir a ele qualquer identidade ou vinculação à personalidade do trabalhador, pois, inclusive nesta época sequer existia tal conceito, e portanto, sua regulamentação foi inteiramente observada dentro dos princípios contratuais do Direito Privado. Os contratos em geral eram celebrados entre o titular de um bem economicamente valorado (força de trabalho) e o contratante que dispunha dos meios de econômicos para retribuir o sujeito pelo esforço despendido.<sup>14</sup>

Para dirimir as controvérsias deste tipo de contrato, o Direito inseria as demandas oriundas das relações de emprego nas disposições englobadas pelo Direito Contratual, sendo

---

<sup>11</sup> Ibidem.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> GEDIEL, José Antonio Pires. A Irrenunciabilidade dos Direitos do Trabalhador. In: WOLFGANG, Ingo Sarlet. (org). Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privado;. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p.146-159.

<sup>14</sup> Ibidem.

que ambos, trabalhador e empregador, eram vistos de forma individual e equiparados.

"A matriz civilista clássica tendia a reduzir todas as questões surgidas no interior da relação de emprego a questões típicas e próprias do velho modelo de contrato bilateral. Portanto questões de natureza civil e contratual, tratadas sob a ótica individual dos sujeitos isolados da relação empregatícia - de um lado o empregador e do outro o empregado. Ambos tomados pelo Direito Civil, como se indivíduos singelos fossem."<sup>15</sup>

O sistema econômico capitalista atrelado à liberdade de contratação foi capaz de explorar o então trabalhador subordinado, levando-o a uma nova modalidade de escravidão, a escravidão financeira e assim foi responsável pelo surgimento necessário da intervenção estatal nas relações de trabalho.<sup>16</sup>

O surgimento de um direito especializado, que ampararia as relações empregatícias, somente apareceria anos depois no decorrer do século XIX, no auge da Revolução Industrial. As mudanças ocorridas nos setores econômico, através da recém construída relação de emprego produtiva, o desenvolvimento do processo produtivo e social e a condensação do proletariado em torno das cidades industriais e ainda, através das políticas pela ações desenvolvidas com intuito de regulamentar esse novo fenômeno (força e de trabalho X sistema produtivo) foram responsáveis, inicialmente na Europa e posteriormente no resto do mundo industrializado, pelo surgimento de um ramo de direito que atualmente é chamado Direito do Trabalho<sup>17</sup>.

O surgimento deste ramo do Direito ao ser analisado historicamente, deve ser observado a partir de dois momentos: as reivindicações coletivas, em que a luta da classe operária em busca de direitos da coletividade marcou o início da história do direito coletivo, através da criação dos primeiros sindicatos e a partir destes os movimentos de greves. Neste momento histórico são apontados como marco fundamental o "Manifesto Comunista" de Marx e Engels em 1848. Já em outros momentos atribui-se como marco inicial das reivindicações coletivas a Encíclica Católica Rerum Novarum de 1891. Independente de qual seja o marco inicial adotado, certo é que essas reivindicações rapidamente se alastraram pelos demais países em fase de industrialização, chegando à América Latina e Brasil. No segundo momento dá se a luta pelos direitos individuais que surge simultaneamente às coletivas, apesar de que a estes é atribuído como o marco fundamental o pós guerra, com a formação da Organização Internacional do trabalho em 1919.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr. 2012, p. 91.

<sup>16</sup> Ibidem.

<sup>17</sup> Ibidem. p. 88-90.

<sup>18</sup> Ibidem. p. 93.

Para que possamos, então, prosseguir nesta pesquisa, é necessário observarmos a forma como se desenvolveram as duas vertentes iniciais da História do Direito do Trabalho, através da exposição a seguir.

## **1.2 Do direito individual.**

O direito individual do trabalho tem sua origem em meio ao sistema de matriz Liberal de Estado, introduzido pós Revolução Francesa e que se caracteriza principalmente pela limitação da atuação do Poder Público, o que impede que haja intervenções deste nas relações particulares. Este modelo é firmado sobre um modelo legal civilista, que traz consigo, como regra geral, a liberdade de contratação. Essa era a forma de regulação das relações entre particulares na Europa e todos os demais países que seguiam seus modelos de Estado, entre eles o Brasil.<sup>19</sup>

Nesta época, mesmo diante de alguns poucos movimentos políticos e sociais com intenções humanísticas que visavam uma maior garantia de direitos à classe proletária, isso não foi o suficiente para efetivar a proteção e inserção desse proletariado na sociedade. O liberalismo não teve o condão de efetivar a proteção do trabalhador na Europa e conseqüentemente não alterou a sua situação nos demais países.<sup>20</sup>

No Brasil, a Constituição da República de 1891 em nada abordou as questões sociais e problemas trabalhistas da época, ao contrário e como já exposto, somente fortaleceu a liberdade de associação e de contratação. Nem mesmo o advento do Código Civil de 1916, vinte e cinco anos depois da Constituição, pôde atender às necessidades de regulamentação do trabalho assalariado daquela época dado ao seu viés liberal.<sup>21</sup>

Mesmo diante da abstenção das legislações em regular as relações de trabalho, as propostas parlamentares que visavam uma maior proteção do trabalhador eram apresentadas e foi nesse mesmo período liberal, que surgem as primeiras propostas para criação de um Direito que protegeria o trabalho e o trabalhador. Conforme salienta Arnaldo Süssekind:

"Foi o empresário ROBERT OWEN quem lançou as sementes do Direito do Trabalho, sendo, por isso considerado, muito justamente, o pai da legislação trabalhista: ele implantou diversas medidas de proteção ao trabalho na sua fábrica de tecidos em New Lamark, na Escócia; difundiu idéias inovadoras no seu livro "A new

---

<sup>19</sup> Ibidem. p. 148-163.

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> Ibidem.

View of Society" (1813); propôs no congresso de Aix-la-Chapelle a celebração de um tratado internacional limitando a jornada de trabalho (1818); colaborou com ROBERT PEEL na aprovação de uma lei sobre o trabalho do menor, que proibiu o emprego de crianças de 9 anos e fixou em 12 horas a jornada de trabalho de menor de 16 anos (1819); incentivou, enfim a agremiação dos operários em sindicatos (trade unions), os quais se tornaram a partir de então, o mais poderoso instrumento de conquista dos direitos social-trabalhista."<sup>22</sup>

As leis referentes à proteção do trabalho passam a ser frequentemente aprovadas a partir da ideia de realização do bem-estar social. Além da jornada de trabalho limitada a 12 horas, pela Lei de Peel em 1802 na Inglaterra, temos a proibição do trabalho de menores em minas em 1813, a proibição do trabalho de menor de 9 anos e jornada de 10 horas para menores de 16 anos, na França.<sup>23</sup>

No Brasil não foi diferente: "No período liberal surgiram, isoladas mas frequentes, iniciativas parlamentares destinadas a obter tratamento jurídico para as relações de trabalho, como atestam os diversos projetos de lei que foram apresentados"<sup>24</sup>. Estes projetos tratavam sobre diferentes possibilidades, estando, entre elas, a regulamentação do horário de trabalho em 8 horas diárias, a fixação da idade mínima de 14 anos para contratação e a proteção do trabalho da mulher, a impenhorabilidade da casa do trabalhador rural (*homestead*), e as leis sobre acidentes de trabalho. A ideia de intervenção estatal nas relações particulares começa a ser difundida no Brasil, e a título de exemplo citamos o jurista Evaristo de Moraes que, influenciados pelo movimento legislativo europeu, defendia uma intervenção do Estado na ordem econômica e social e no direito operário. Assim como a houve alteração na Europa sobre o destaque dos direitos sociais, buscava-se destacá-los no Brasil também.<sup>25</sup>

Alguns projetos foram apresentados, e destes poucos foram convertidos em leis que visassem a regulação da relação individual de trabalho. Esses decretos e leis eram modestos e ora proibiam o trabalho noturno de menores de 15 anos, ora instituíam benefícios agrícolas a trabalhadores rurais, sem muito alterar as relações trabalhistas.<sup>26</sup>

Mas a atividade legislativa se intensificou nos anos seguintes e após a primeira guerra mundial, as transformações sociais ganham maior espaço no contexto mundial. Igualmente no

<sup>22</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. Direito Constitucional do Trabalho. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.9.

<sup>23</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 33-40.

<sup>24</sup> FERRARI, Irany; NASCIMENTO, A. M.; MARTINS, I. G.. História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho. São Paulo: LTR, 1998, p.75-96.

<sup>25</sup> Ibidem .

<sup>26</sup> FERRARI, Irany, NASCIMENTO, A. M.; MARTINS, I. G. História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho. São Paulo: LTR, 1998, p. 153-154.

Brasil as legislações que tratavam das relações de trabalho aumentavam, chegando ao texto da Constituição de 1934.

"A Constituição de 1934 é a primeira constituição brasileira a tratar especificamente do Direito do Trabalho. É a influencia do constitucionalismo social, que em nosso país só veio a ser sentida em 1934. Garantia de liberdade sindical (art. 120), isonomia salarial, salário mínimo, jornada de 8 horas de trabalho, proteção do trabalho das mulheres e menores, repouso semanal, férias anuais remuneradas (§1º do art. 121)"<sup>27</sup>

Porém, segundo salienta Jorge Luiz Souto Maior, neste momento deixou-se de lado um debate importantíssimo sobre o motivo do surgimento desta proteção e deste ramo específico de direito:

"O que faltou ao Brasil talvez tenha sido um debate de ideias em torno das teorias políticas, econômicas e sociais que se ligam à questão trabalhista, conforme se tem destacado até aqui. O direito do trabalho, no Brasil, sem esse estudo teórico, apesar de várias reivindicações dos trabalhadores, pareceu ser mera obras de um Estado "paternalista", como se a vontade do Estado fosse dissociada da vontade da sociedade civil. Mas mesmo essa assertiva não é totalmente verdadeira já que se realizaram no país, antes da ação política de Vargas, três Congressos Operários, de âmbito nacional: um, em 1906; outro, em 1913 e o último, em 1920."<sup>28</sup>

Porém, mesmo que se conclua pela falta de debates que legitimassem as legislações, ligando-as às reivindicações operárias da época, é possível verificar o quão importante foi o processo legislativo daquele período para o cenário trabalhista no Brasil, pois, é a partir de 1923 que surgem a maioria das leis da época que realmente protegiam os trabalhadores. Essas normas protetivas tornaram-se frequentes, vindo a encontrar seu ápice em 1937, através do Presidente Getúlio Vargas, que foi responsável pela difusão das ideias intervencionistas no meio trabalhista, influenciado pelo modelo italiano.<sup>29</sup>

Em 1943, após os trabalhos da comissão presidida pelo Ministro Alexandre Marcondes Filho para reunir as legislações trabalhistas esparsas, foi promulgado o Decreto Lei 5.450 de 1º de Maio de 1943, denominado Consolidação das Leis Trabalhistas. Porém a "CLT" não alcançou imediatamente a mudança social desejada pelo fato de que o modelo estatal, bem como as Constituições que surgiam, ainda guardavam um fortíssimo cunho liberal.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 39.

<sup>28</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O Direito do Trabalho como instrumento de justiça social. São Paulo: LTr, 2000. p. 68.

<sup>29</sup> FERRARI, Irany, NASCIMENTO, A. M.; MARTINS, I. G. História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho. São Paulo: LTR, 1998, p. 156-159.

<sup>30</sup> Ibidem.

O sucesso da efetivação das leis trabalhistas dependia ainda de fatores que eram externos à própria Consolidação das Leis Trabalhistas. Com o aumento do processo legislativo em matéria trabalhista, seria necessária uma revisão e atualização dos textos legais, o que foi tentado entre 1975 e 1976, através da comissão presidida pelo Ministro Alexandre Marcondes Filho, porém, sem que efetivamente houvesse alterações significativas. Neste mesmo momento também seria necessário que ocorresse, assim como na Europa, uma alteração no modelo adotado pelo Estado brasileiro, que uniria ideais sociais com os ideais de Estado Democrático de Direito, o que somente ocorreu em 1988, com a promulgação da atual Constituição Federal de 1988.<sup>31</sup>

A partir deste momento é que os Direitos Trabalhistas passam a ter, no Brasil, o status de direitos fundamentais. Conforme bem salientou Ari Possidônio Beltran:

"É inegável que, para o direito do trabalho em nosso país, o advento da Carta Magna de 5 de Outubro de 1988, representou grande avanço. Reconheceu a importância dos direitos sociais, atribuindo-lhe capítulo próprio (Capítulo II- arts. 6º ao 11), enquanto o artigo 114 dispôs sobre a ampla competência material da Justiça do Trabalho".<sup>32</sup>

Este foi o reconhecimento dado pelo constituinte para o longo processo de construção do Direito do Trabalho brasileiro que atingiu em 1988 o ápice legal ao ser incluído ao texto constitucional.

Da mesma forma, a Justiça Trabalhista mesmo tendo sido historicamente constituída e efetivada em 1934, somente se tornou autônoma em 1988 com a criação dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho, consolidando-se a importância de tratamento diferenciado às relações de trabalho, sejam elas coletivas ou individuais.

Através da promulgação da Constituição Federal de 1988, não só o Direito do Trabalho foi elevado ao patamar constitucional, mas também o próprio significado de trabalho e trabalhador. Apresentado durante as discussões constituintes iniciadas em 1985 como fundamento da Nova República, o Valor Social do Trabalho passa a ser um fundamento do Estado Democrático de Direito e o Pleno Emprego tornou-se um princípio e um objetivo a ser alcançado pelo Estado brasileiro.

Esta nova redação constitucional, revolucionária ao seu modo e em seu tempo, foi responsável por elevar a forma como era visto o Direito do Trabalho que passou a ter capítulo

---

<sup>31</sup> Ibidem.

<sup>32</sup> BELTRAN, Ari Possidônio. Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais. São Paulo: LTr, 2002. p. 49.

e título próprio no rol dos direitos sociais e das garantias fundamentais. Tal inserção gerou impactos no ordenamento jurídico por ter sido colocado em posição de destaque, trazendo a atenção da comunidade jurídica para suas disposições. E é exatamente pela forma com a qual os direitos foram construídos e constituídos que se pôde garantir aos direitos sociais o *status* de direito fundamental. Segundo Norberto Bobbio "é através das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que se constituem os Direitos Fundamentais."<sup>33</sup> E neste sentido, é inegável que a trajetória histórica de lutas e conquistas do trabalhador foi a responsável pela consagração dos Direitos Trabalhistas como fundamentais. Também estas mesmas lutas e conquistas, dada a sua importância, consagram-no como direito social.

Os direitos incluídos na Constituição Federal a partir do artigo 6º constituem garantias coletivas e individuais ao trabalhador e, no contexto moderno, já podem ser considerados esgotados por constituírem repetição de temas já abordados pela Consolidação das Leis do Trabalho e outras legislações, tão importantes quanto, mas que somente chegaram ao status pretendido, qual seja direito fundamental social, a partir de 1988. Podemos verificar então, que a partir do momento em que o texto constitucional passa a amparar direitos trabalhistas, como por exemplo o direito de greve; ao quantificar a jornada de trabalho, o salário, os adicionais; e ao estabelecer o seguro desemprego, o constituinte de 1985 estaria somente reafirmando direitos conquistados ao longo de quase três séculos. Desde o artigo 6º ao 11, o texto constitucional se preocupou em ampliar a proteção dos direitos do trabalhador na sua dimensão coletiva e individual, inserindo-os no capítulo Dos Direitos Sociais, no título Das Garantias Fundamentais, demonstrando assim, no mínimo, sua importância histórica.

Pode-se citar ainda que o texto denominado de Constituição Econômica, inserido na Constituição Federal de 1988 a partir do artigo 170, vislumbra a transformação das estruturas sociais, utilizando-se dos princípios norteadores da Ordem Econômica Brasileira, dentre os quais encontram-se: a valorização do trabalho humano, a busca do pleno emprego e a redução das desigualdades regionais e sociais.<sup>34</sup>

O processo histórico que culminou na consagração dos direitos trabalhistas e do próprio trabalho como direito fundamental social, ultrapassa os 200 anos de construção a

---

<sup>33</sup> BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos; Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 31.

<sup>34</sup> BERCOVICI, Gilberto. Constituição Econômica e Desenvolvimento uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005, p. 30-31.

nível mundial e direciona a uma reflexão sobre a sua função atual: a função de modificação e valorização da pessoa do trabalhador e da humanização da força de trabalho que não poderiam mais serem admitidas como simples mercadoria. Ao analisar os objetivos elencados nos artigos 1º, 3º e 170 da Constituição Federal de 1988 pode-se concluir que o Estado brasileiro ainda tem muitos objetivos a serem efetivados no que tange aos Direitos Sociais.<sup>35</sup>

Este processo não se exaure nos momentos pré-constitucionais, como também não se limita ao esboço de reflexão trazido pelo presente trabalho.

Nos anos seguintes à promulgação da Constituição de 1988, o modelo de estado brasileiro, Estado de Bem-Estar Social, começou a ser influenciado por uma política neoliberal na qual o desafio constituía-se em equalizar eficiência econômica e justiça social.<sup>36</sup> Porém para o Direito do Trabalho, a ideia de um intervencionismo estatal nas relações por ele protegidas ainda carecia de uma ampla efetivação, e antes mesmo que houvesse uma mudança estrutural e cultural na forma como os Direitos Fundamentais Sociais do Trabalho seriam aplicados, a globalização e os fatores de mercados passaram a pressionar para que um novo ideal de Estado se apresentasse. Neste novo ideal, o neoliberal, as normas trabalhistas foram classificadas como protecionistas, rígidas, e que portanto, não deveriam prevalecer à autonomia contratual. Seria necessário adaptar o trabalho, o trabalhador e seus direitos ao mercado e à economia. Este novo ideal trouxe consigo uma teoria denominada Teoria da Flexibilização, que visa a modulação das normas trabalhistas aos interesses econômicos e a partir dessa teoria passaram a perseguir a sua aplicação como única e necessária forma de atingir o tão esperado desenvolvimento econômico.<sup>37</sup>

Por ocasião destes objetivos e a forma como forma constantemente perseguidos por adeptos de um a política neoliberal, fortalecidos politicamente no momento pós constitucional da década de 90 até início dos anos 2000, foram responsáveis pelos mais

---

<sup>35</sup> A ideia de um modelo de Estado ainda não alcançado relaciona se com o conceito de Constituição Dirigente, nos dizeres de Gilberto Bercovici citando Canotilho enuncia que Constituição Dirigente seria uma Constituição que "não é só garantia do existente, mas também um programa para o futuro. Ao fornecer linhas de atuação para política, sem substituí-la, destaca a interdependência entre Estado e sociedade: a Constituição Dirigente é uma Constituição estatal e social... seu objetivo é o de dar força e substrato jurídico para a mudança social... é uma ação para alteração da sociedade. Vide, Gilberto Bercovici. Constituição Econômica e Desenvolvimento uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005, p. 35.

<sup>36</sup> RÜDIGER, Dorothee Susanne (Coord.).Tendências do Direito do Trabalho para o Século XXI. São Paulo: LTR, 1999, p. 160.

<sup>37</sup> SOARES, Celso (coord.). Direito do Trabalho: Reflexões Críticas. São Paulo: LTR, 2003, p.165.

diversos projetos de lei que intentavam, e até hoje intentam, a flexibilização dos direitos trabalhistas.

Entre os anos de 2002 e 2012, o pensamento neoliberal, que buscava alterações nas relações trabalhistas, perdeu sua força política, ficando em segundo plano nas casas legislativas, porquanto a direção executiva do Estado passou, ao menos exteriormente, a ser atribuída a uma ideologia mais socialista. A intervenção do Estado nas questões sociais focalizou a erradicação da pobreza e as relações trabalhistas puderam se manter sem maiores modificações que prejudicassem o trabalhador. Ao menos escancaradamente.

Porém, com a crise econômica mundial em 2008, as ideias neoliberais de flexibilização da legislação trabalhista retornam às discussões, principalmente através das propostas legislativas relativas às mudanças desejadas no Direito do Trabalho. Esse processo de re colocação dos antigos projetos de lei em pauta, ocorreu de forma discreta dentre os anos de 2009 até 2013. Porém em 2014 e mais recentemente com a crise econômica ocorrida no ano de 2015, a Teoria da Flexibilização dos Direitos Trabalhistas retornou com força e argumentos contundentes dada a situação de desemprego e desaceleração da economia. Passou a ser divulgada e defendida, veementemente, na mídia por nomes conhecidos no meio acadêmico e jurídico do Direito Trabalhista brasileiro, como por exemplo, o Ministro do Superior Tribunal do Trabalho, Ives Gandra Martins que tem concedido entrevistas se posicionando em defesa da necessidade de flexibilização das normas trabalhista frente à crise econômica e o desemprego, salientando que a reforma trabalhista é tão necessária quanto urgente.<sup>38</sup> Em 2016, após a mudança ocorrida na presidência da República, pelo advento do impeachment da ex presidente Dilma Rousseff, com a posse do novo presidente Michel Temer, aproveitou-se de uma provável maioria de parlamentares a favor das ideias do chefe do executivo no congresso, para votar os repaginados projetos de lei eivados da Teoria da Flexibilização.

Estes projetos em sua maioria visam a redução de direitos trabalhistas individuais conquistados ao longo da história do direito e, portanto, merecem atenção, pois podem constituir retrocesso social. Analisaremos a partir deste momento o segundo viés atribuído a História do Direito do Trabalho, qual seja a sua construção coletiva.

---

<sup>38</sup> Entrevista do Ministro Ives Gandra Martins ao Jornal O Globo. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/presidente-do-tst-defende-flexibilizacao-das-leis-trabalhistas-18766412>> Acesso em: 16 de Mar. 2017.

### 1.3 Do direito coletivo.

A história do Direito Coletivo do Trabalho inicia-se com o reconhecimento do direito de se associar que os trabalhadores adquiriram ainda no século XVII, através do sindicalismo. Esse sindicalismo era a associação dos trabalhadores que buscavam a melhoria de suas condições formando associações que reivindicavam melhores salários, condições de trabalho adequadas e limitações na jornada de trabalho. O início desse movimento pode ser atribuído ao ano de 1720, na Inglaterra, mas somente em 1824 é que as coalizões de trabalhadores puderam ser oficializadas e somente em 1906 é que se pôde falar em sindicatos. Anterior a essas datas, as associações de trabalhadores eram expressamente proibidas e conforme salienta Paulo Eduardo Vieira de Oliveira, "O liberalismo do século XIX, ao tipificar a coalizão como crime, visava sobretudo evitar os efeitos nocivos que a negociação coletiva podia causar à concorrência".<sup>39</sup> Esses "efeitos nocivos" relacionavam-se, principalmente, com a força que a coletividade de trabalhadores teria para negociar o preço do trabalho e consequentemente o aumento do custo da produção.

Mesmo diante de proibições e sanções penais, a luta pela constituição de um direito de associação prossegue com a classe trabalhadora e conforme enuncia Sergio Pinto Martins: "O sindicato nasce, assim, como órgão de luta de classes".<sup>40</sup> Luta esta, responsáveis pelo surgimento de um novo ramo do direito: O Direito Coletivo do Trabalho.

No Brasil não foi diferente. Enquanto a proibição legal das corporações de ofício era efetivada no Brasil, surgiam as coalizões ou associações dos trabalhadores que reivindicavam direitos, não só trabalhistas, como também éticos e ideológicos e juntamente com estas coalizões surgem as câmaras de trabalho, que podem ser vistas como embrionário das agências de emprego atuais, e as caixas beneficentes e sociedades corporativas, que eram administradoras de fundos de assistência aos trabalhadores doentes.<sup>41</sup>

São estas coalizões que dão início às lutas operárias encabeçadas por imigrantes europeus que estavam em busca de uma negociação das condições de trabalho, e essas reivindicações dão início a história dos direitos coletivos. O modelo sindical brasileiro, que em muito se inspirou nos institutos e legislações do continente europeu, pois foi a partir do pré-conhecimento desses imigrantes que aportavam em Santos, chegados de trem até a cidade

---

<sup>39</sup> OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *Convenção Coletiva de Trabalho no Direito Brasileiro, Setor Privado*. São Paulo: LTr, 1996. p. 13-18.

<sup>40</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 604-605

<sup>41</sup> *Ibidem*.

de São Paulo para depois serem realocados nas fazendas do interior, que se desenvolveram e firmaram as ideologias reivindicatórias operárias da época. Tais imigrantes trouxeram consigo ideologias políticas consolidadas em seus países de origem e, dentre eles, não demorou a se levantarem líderes de movimentos operários.<sup>42</sup> Conforme salienta Paulo Eduardo Vieira de Oliveira:

"Sem que se possa fazer uma generalização, muitos desses imigrantes eram pessoas socialmente "politizadas", que em seus países de origem já tinham mantido contato com reivindicações operárias. Entre os imigrantes havia pessoas que logo se manifestaram líderes de movimentos operários de reivindicações".<sup>43</sup>

E ainda:

"Todos estes fatos históricos são relevantes para se compreender a história das relações de trabalho no Brasil. Enquanto na França, na Inglaterra, na Alemanha, na Itália houve todo o século XIX para o amadurecimento dos movimentos operários, "inesperadamente" aparecem no Brasil movimentos sociais de reivindicações operárias profundamente marcadas por ideologias políticas bem-definidas (...)."<sup>44</sup>

Mas é somente com o Decreto nº 979, de 6 de janeiro de 1903, que a expressão "Sindicato" é atribuída aos grupos. Em seu artigo primeiro dispunha: "Art. 1º É facultado aos profissionais da agricultura e indústrias rurais de qualquer gênero organizarem entre si sindicatos para o estudo, custeio e defesa dos seus interesses"<sup>45</sup>, tendo sido fruto da pressão sofrida pelo governo brasileiro, vindo da Alemanha e Itália que questionavam as condições de trabalho de seus compatriotas.<sup>46</sup> A utilização do termo sindicato como organização de trabalhadores urbanos se dá em 1906, após o 1º Congresso Operário Brasileiro;<sup>47</sup> que reuniu "quinze corporações operárias e uma federação de sete associações representando um total de cerca de seis mil operários dos estados de Pernambuco, Sergipe, Bahia, Paraíba, Rio Grande do Norte e Alagoas dirigiram ao congresso uma petição solicitando a promulgação de uma lei sobre sindicatos profissionais", o que resultou no decreto 1.637 de 5.1.1907,"<sup>48</sup> que dispunha sobre a criação dos sindicatos profissionais de sociedades cooperativas para o setor urbano.

<sup>42</sup> Ibidem. p. 13-18.

<sup>43</sup> Ibidem.

<sup>44</sup> Ibidem. p. 20.

<sup>45</sup> DECRETO 979/1903. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D0979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D0979.htm)>. Acesso em: 06 Abril 2017.

<sup>46</sup> OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. Convenção Coletiva de Trabalho no Direito Brasileiro, Setor Privado. São Paulo: LTr, 1996. p. 21.

<sup>47</sup> FERRARI, I.; NASCIMENTO, A. M.; MARTINS, I. G. História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho. São Paulo: LTR, 1998. p. 75-96.

<sup>48</sup> MORAES FILHO, Evaristo de. apud OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. Convenção Coletiva de Trabalho no Direito Brasileiro, Setor Privado. São Paulo: LTr, 1996. p. 22-23.

Outra forma de reivindicação que se inicia juntamente com a ação sindical é a prática da greve, que já era uma realidade e por falta de legislação e limitações a sua prática foi associada à influência dos imigrantes europeus que já tinham vivenciado as lutas operárias e por isso organizavam os movimentos grevistas. Rapidamente esta prática constituiu meio hábil e eficaz do operariado.

No contexto europeu a palavra greve tem sua origem terminológica no termo francês "grève" que significa cascalho. Tem início após a revolução francesa e sobre isso escreve Arnaldo Süssekind:

"O abandono coletivo do trabalho somente assumiu feições que o aproximaram dos greves surgidas após a Revolução Francesa: a) na fase de decadência das corporações de ofício (séculos XV e XVI), quando os "companheiros" se rebelaram contra os "mestres" que os exploravam, sendo que alguns fundaram associações para defender seus interesses e outros abandonaram os burgos; b) na fase que se seguiu, das manufaturas monopolizadas por atos do rei, quando verdadeiros contratos de trabalho substituíram a relação medieval entre mestres e companheiros no Direito."<sup>49</sup>

Porém, no Brasil, somente em 1917 o movimento grevista tomou proporções, quando uma greve, que se iniciou em São Paulo, se estendeu por outras 13 cidades do interior.<sup>50</sup>

A história da greve, assim como a do sindicalismo e posteriormente, das convenções coletivas estão intrinsecamente relacionadas, podendo ser quase sempre confundidas pois, a atuação dos sindicatos inicialmente era quase sempre em forma da greve, buscando a efetivação de suas reivindicações.

Assim como na Europa, no Brasil da década de 30 do século XX, o sindicalismo passou a sofrer total influência estatal, por conta de princípios políticos autoritários que se difundiam na Europa e foram inseridos no contexto nacional. Vários foram os motivos que levaram a este intervencionismo, desde a necessidade de diminuição da influência de ideologias, como a socialista e a comunista, até a substituição delas por uma filosofia de integração das classes operárias e patronais. Também, ao assumir o poder, ainda que provisoriamente, Getúlio Vargas edita o decreto nº 19.842 que, entre outras medidas, organiza o Departamento Nacional do Trabalho e cria as inspetorias regionais do trabalho, nos estados e regulamenta a sindicalização<sup>51</sup>. E foi essa regulamentação que tirou dos sindicatos sua autonomia e limitou sua atuação sendo que estes passaram a ser organizados pelo Estado e

<sup>49</sup> SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. Direito Constitucional do Trabalho. 3.ed. (amp. e atual.). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 461.

<sup>50</sup> Ibidem.

<sup>51</sup> BELTRAN, Ari Possidônio. Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais. São Paulo: Ltr. 2002. p. 45.

com funções de colaboração com Poder Público. O resultado das novas medidas foi a retirada de autonomia e a limitação dos sindicatos<sup>52</sup>.

"Antes, os sindicatos eram pessoas jurídicas de direito privado. Depois, a sua publicização foi manifesta. Antes, os sindicatos eram livremente criados pelos interessados, com administração e estatutos próprios. Depois, sob a custódia do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, concebidos como órgãos de colaboração com o governo e com estatutos padronizados, perderam sua autonomia, dependendo de reconhecimento do Estado, que deles exigia a apresentação de relatórios de sua atividade."<sup>53</sup>

Um dos principais fatores responsáveis por esta nova abordagem estatal na autonomia sindical foi o fator de mudança no entendimento sobre o modelo de Estado Liberal que deu lugar ao modelo de Estado de Bem Estar Social, o que apesar de propiciar o avanço das legislações trabalhistas, que mais tarde culminaria na Consolidação das Leis Trabalhistas, foi seguido de uma ampla limitação e subordinação dos sindicatos aos interesses do Estado. As limitações também ocorrem dada a necessidade do Estado em diminuir a influência dos trabalhadores estrangeiros nos sindicatos e nas greves gerais, tornado-se esta questão, o centro da preocupação estatal pois, as ideologias europeias desviavam o foco das necessidades dos trabalhadores para manipulação das massas operárias em favor de ideais políticos, o que era visto pelo governo como algo que necessariamente deveria ser reprimido naquele momento<sup>54</sup>. E é justamente neste momento, de limitação da autonomia sindical, que o Estado passa a se preocupar com a implementação de políticas trabalhistas.

Em 1934, a Constituição devolveu aos sindicatos sua autonomia e seu status de pessoa jurídica de direito privado, ainda que teoricamente, pois as imposições sobre sua constituição ainda permaneceram, bem como as restrições à liberdade de administração, sendo necessária a presença permanente de um delegado do Ministério do Trabalho durante as assembleias sindicais. Não bastasse essa obrigatoriedade, o intervencionismo somente aumentou durante os anos seguintes. A Constituição de 1937 dispôs que as corporações e entidades de representação dos trabalhadores estavam sujeitas ao Estado, desde sua criação e autorização de funcionamento até às suas funções, que seriam por delegação do ente estatal. Então, ao ser promulgada, em 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em termos sindicais,

---

<sup>52</sup> FERRARI, Irany; NASCIMENTO, A. M.; MARTINS, I. G.. História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho. São Paulo: LTR, 1998, p.75-96.

<sup>53</sup> Ibidem.

<sup>54</sup> Ibidem..

somente houve uma reunião de textos anteriormente aplicados, não efetivando qualquer abertura para o direito sindical.<sup>55</sup>

Finalmente em 1985, com a eminência de uma Nova República, os sindicatos ganharam a autonomia jurídico-administrativa esperada, no texto do artigo 8º da Constituição Federal que dispôs: "a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical", e ainda, foram regulamentadas suas ações no próprio texto constitucional, como por exemplo o direito de greve, expresso no artigo 9º nos seguintes termos: "É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender".

Arion Sayão Romita salienta que:

"No Brasil, os novos rumos que o movimento sindical assumiu a partir de 1978 provocaram uma ruptura com a orientação corporativo- autoritária imposta pelo Estado Novo e demonstram uma inclinação pela vertente conflitual. Sensível a essas mudanças, a Constituição Federal de 1988 consagrou uma regulação até certo ponto surpreendentemente moderna e atualizada da greve, embora conserve em diversos de seus dispositivos traços do corporativismo que deveria ter suprimido totalmente".<sup>56</sup>

A partir da Constituição Federal de 1988, pode-se concluir que houve uma revitalização das questões sociais, inclusive buscando a democratização do sistema sindical. Avanços importantes foram implementados afastando, assim, a intervenção estatal e reafirmando o objetivo sindical, qual seja, a proteção dos interesses operários, na esfera coletiva e até mesmo individual.<sup>57</sup>

#### **1.4 O Direito do Trabalho como Direito Social.**

A evolução histórica do Direito do Trabalho e sua consagração constitucional permitiram que esses direitos fossem visualizados na "dimensão dos direitos fundamentais do homem" mais precisamente quanto aos direitos ligados à liberdade e que conferem ao seu

---

<sup>55</sup> Ibidem, p. 88-95.

<sup>56</sup> ROMITA, Arion Sayão. Os direitos sociais na Constituição e outros estudos. São Paulo: LTr, 1991. p. 242.

<sup>57</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012. p.1352.

possuidor o direito de exigir prestações positivas pelo Estado. Prestações estas que visem à melhoria das condições sociais e reduções das desigualdades sociais.<sup>58</sup>

Nas palavras de Arnaldo Lopes Sússekind em seu livro *Direito Constitucional do Trabalho*, "O Direito do Trabalho é um produto da reação verificada no século XIX contra a exploração dos assalariados por empresários". Tendo em vista que a Revolução Industrial, definitivamente, foi a responsável em tornar os empresários ainda mais poderosos, detentores do capital, em detrimento do empregado que se viu enfraquecido frente a mecanização da indústria e abstenção do Estado em relação às condições de trabalho.<sup>59</sup>

Neste mesmo sentido Jorge Luiz Souto Maior salienta que:

"Quando se fala em direito, que fora especificamente criado com o objetivo de inibir as injustiças provocadas pela desigualdade negocial entre trabalhador e empresário, como ocorreu com o direito do trabalho, a própria sobrevivência desse direito como ramo jurídico autônomo está condicionada à preservação de seu princípio básico, qual seja a preocupação com a justiça social."<sup>60</sup>

É justamente em meio à desproteção do trabalhador e com a preocupação em promover a justiça social que ocorre o surgimento desse ramo do direito incumbido em equilibrar as relações entre trabalhadores e empresários. Em meio à modernização da indústria e facilitação dos meios de transporte, a mão de obra operária se torna obsoleta, gerando um grande número de desempregados em busca de ocupação, contrastando com um número reduzido de postos de trabalho. E ainda, em meio à proibição de associação, que enfraqueceu ainda mais os trabalhadores que se depararam com a impossibilidade de defenderem seus interesses comuns, é que surgiram ideias da necessidade de um ramo direito que lhes garantisse a possibilidade de exercerem seu trabalho com liberdade. Os trabalhadores da era industrial eram vistos somente como locadores de serviços e como tais equiparados à mercadoria.<sup>61</sup>

A proteção dos direitos fundamentais e a sua efetivação não ocorre de maneira imediata, mesmo já tendo sido expresso nas constituições do século XIX e XX, sendo que foi necessário passar pelo que é reconhecidamente aceito pela doutrina, como gerações dos direitos fundamentais.

"Do ponto de vista cronológico, costuma se teorizar sobre a evolução dos direitos

<sup>58</sup> Ibidem.

<sup>59</sup> SÚSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Direito Constitucional do Trabalho*. 3. ed. (ampl. e atual.) Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.7.

<sup>60</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O Direito do Trabalho como instrumento da justiça social*. São Paulo: LTr, 2000. p. 251.

<sup>61</sup> A expressão locadores de serviços deriva da expressão utilizada no Código Civil de 1916, no capítulo IV, seção II, onde podem ser encontradas as disposições denominadas: *Das Locações de Serviços*".

fundamentais, sendo eles divididos em gerações. Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, correspondem a um não-agir do Estado. Os direitos de segunda geração são os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos da coletividade, introduzidos no constitucionalismo do Estado Social, subsequente e em reação aos efeitos perversos acarretados pelo modelo implantado pelo Estado Liberal. Os direitos de terceira geração tem por destinatários o gênero humano considerado em si mesmo, daí dizer-se serem dotados de características marcantes de humanismo e universalidade, implicando reflexões, fundamentalmente, sobre temas referentes ao desenvolvimento sustentado, os direitos de paz, ao meio ambiente, à comunicação e, enfim, ao patrimônio comum da humanidade..."<sup>62</sup>

Seguindo a mesma direção europeia, o Brasil também não incluiu na Constituição de 1824 os direitos fundamentais sociais, que foram desprezados porque a nova Constituição proclamava um novo modelo de Estado; um Estado unitário e de monarquia parlamentar, vinculado aos direitos fundamentais de primeira geração. A continuação da história constitucional do Brasil, com Constituição Republicana de 1891, que se manteve tímida frente aos direitos trabalhistas sem fazer menção destes, nem tampouco de outros direitos sociais. Mesmo tendo trazido alterações consideráveis ao Estado brasileiro, tornando-o um estado federal, republicano, presidencialista e liberal, a exemplo da Constituição americana, não se preocupou com o social.<sup>63</sup> Não tratou das relações de trabalho subordinado ou de qualquer outra forma de direitos trabalhistas, porque o texto desta "Carta Magna"<sup>64</sup>, inspirada na constituição americana consagrava as ideais liberais de não intervencionismo do Estado.

Arnaldo Süssekind ao mencionar Afonso Arinos de Mello Franco salientou que"

"Como registrou Afonso Arinos de Mello Franco, a constituição brasileira, estada na doutrina vigente nos Estados Unidos, achava que a legislação trabalhista infringia o princípio da liberdade contratual e que, além disso, ainda que fosse permitida, seria competência dos Estados."<sup>65</sup>.

Sob o Estado Federal recém criado, nenhum direito social ganhou destaque pois este ainda não permitiu uma abordagem a tais direitos no texto constitucional, mesmo diante da proliferação, na Europa, da ideia de positivação de direitos fundamentais de segunda geração, restando ainda um tratamento contratual às relações de trabalho subordinado e uma não intervenção do estado nestas relações. Porém nesta edição, a Constituição já garantiu alguns direitos que mais tarde se tornariam a fundamento para os direitos dos trabalhadores, quais sejam, o livre exercício de qualquer profissão e o direito de associação, este último

<sup>62</sup> BELTRAN, Ari Possidônio. Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais. São Paulo: LTr, 2002. p. 315-318.

<sup>63</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. Direito Constitucional do Trabalho. 3. ed. (ampl. e atual.) Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.29-30.

<sup>64</sup> Usamos o termos Carta Magna a exemplo de Arnaldo Süssekind é de que seria uma Carta Magna, uma vez que sua elaboração em nada percorreu os procedimentos constituintes. Ibidem. p. 29.

<sup>65</sup> Ibidem.p.30.

reconhecido como embrião do direito de sindicalização.<sup>66</sup>

Apesar de algumas constituições, como a Suíça e a Francesa, conterem em seus textos disposições importantes sobre os direitos dos trabalhadores, foi somente na Constituição de Querétano no México em 1917 e de Weimar na Alemanha em 1919, que houve uma significativa abordagem dos mesmos, o que inspirou outros países a repetir o rol desses direitos sociais em suas Constituições.<sup>67</sup>

"A doutrina tem reconhecido maior importância à Constituição de Weimar de 1919, porquanto, embora cronologicamente primeiro viesse a Constituição mexicana de 1917, além de mais bem sistematizada, a repercussão da Constituição germânica foi instantânea e profunda. Não ocorreu o mesmo com a do México, que, como visto, representou importante marco histórico"<sup>68</sup>

Ainda que a doutrina possa atribuir maior eficácia à Constituição germânica, é inegável que ambas se tornaram o marco histórico da constitucionalização de direitos fundamentais e sociais, e ainda, imediatamente a estas Constituições o início do século XX foi marcado por uma alteração no paradigma do Estado, que iniciou o processo de passagem de Estado liberal para o Estado de Bem Estar Social; paradigma este, que é caracterizado por uma participação do Estado na busca de garantias ao maior número de indivíduos, de acesso a bens e direitos, em um momento em que foi atribuída aos direitos sociais a chamada segunda geração dos direitos humanos.<sup>69</sup>

Junto com estas duas Constituições que inspiraram a inserção de direitos fundamentais nas constituições dos países latino americanos, o Tratado de Versalhes trouxe pela primeira vez a exclusão do trabalho humano do rol das mercadorias negociáveis por contrato civil, criando a Organização Internacional do Trabalho, (OIT) como organismo internacional de proteção da dignidade do trabalho humano e justiça social.<sup>70</sup> Este tratado, de 1919, foi o responsável pelo destaque que os direitos individuais e sociais passaram a ter nas constituições promulgadas subsequentemente, sendo que, os direitos sociais se tornaram responsabilidade positiva do Estado, na mesma proporção em que os direitos fundamentais individuais se tornaram responsabilidades negativas.<sup>71</sup>

No Brasil, os Direitos Sociais somente apareceram em textos constitucionais a partir

---

<sup>66</sup> Ibidem.

<sup>67</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. Direito Constitucional do Trabalho. 3. ed. (ampl. e atual.) Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.14.

<sup>68</sup> BELTRAN, Ari Possidônio. Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais. São Paulo: LTr, 2002. p. 79.

<sup>69</sup> SOARES, Mario Lúcio Quintão. Teoria do Estado: Novos paradigmas em face da globalização. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 199-200.

<sup>70</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. Direito Constitucional do Trabalho. 3. ed. (ampl. e atual.) Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 30.

<sup>71</sup> Ibidem. p. 14-15.

da Constituição de 1934, promulgada pelo governo provisório de Getúlio Vargas. A partir deste momento, tendo o texto constitucional incluído uma mistura de ideais sociais democratas com os liberais individualistas<sup>72</sup>, realizou-se o que até então não se havia conseguido: a promulgação de um texto que abordava direitos sociais. Entre esses direitos,<sup>73</sup> podemos citar, juntamente com a organização da ordem econômica, o estabelecimento de que "a lei promoveria o amparo a produção e o estabelecimento das condições de trabalho com vistas à proteção social do trabalhador e dos interesses econômicos do país"<sup>74</sup>.

Mas, este ainda não foi o momento de consagração dos direitos sociais. Seu momento de perpetuação ocorre anos depois com inserção destes nas seguidas declarações de direitos e pactos internacionais que fundaram uma ordem internacional, passando a influir nos Estados de Direito e suas constituições. Esta ordem internacional, naquele momento, estava a cargo da Organização das Nações Unidas a partir de sua Assembleia Geral.<sup>75</sup>

Portanto, os Direitos sociais surgiram posteriormente e, até mesmo, em decorrência dos direitos fundamentais tendo, em determinado momento da sua história, passado a sofrer os reflexos de seu predecessor. À medida que os direitos fundamentais foram ganhando destaque por sua importância para sobrevivência do ser humano, os direitos sociais se tornaram, da mesma forma, fundamentais para sobrevivência da sociedade. Entre estes direitos fundamentais à vida em sociedade podemos destacar o direito do trabalho, os direitos sindicais, o da seguridade social, e os de qualidade de vida.

Tão importantes se tornaram os Direitos Sociais, exclusivamente aqueles que diziam respeito ao trabalho, que em 1944, após conferência na cidade de Filadélfia - USA, a Organização Internacional do Trabalho aprovou uma das mais importantes fontes dos direitos sociais que foi a Declaração da Filadélfia. Antes mesmo da Declaração Universal dos Direitos do Homem que somente foi adotada pela ONU em 1948, a declaração da Filadélfia consagrou princípios que foram repetidamente incorporados às constituições que a seguiram como princípios basilares dos direitos sociais do trabalho. Como exemplo destes princípios, pode-se citar dignidade da pessoa humana, liberdade de expressão e associação, formação profissional

---

<sup>72</sup> Ibidem. p. 34.

<sup>73</sup> Os direitos sociais elencados na Constituição de 1934 foram: existência digna (art. 115), O amparo da produção tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país (art. 121), a pluralidade e a completa autonomia dos sindicatos (art. 120), reconhecimento das convenções coletivas de trabalho (121), instituição da justiça do trabalho (art. 122), a equiparação dos profissionais liberais aos trabalhadores (art. 123).

<sup>74</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. Direito Constitucional do Trabalho. 3. ed. (ampl. e atual.) Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 30.

<sup>75</sup> Ibidem. p 16.

e busca do pleno emprego, adequadas condições de trabalho e remuneração, a proteção especial à infância e juventude e à maternidade e à seguridade social.<sup>76</sup>

Completando a consagração dos Direitos fundamentais e sociais, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, também cuidou de incorporar em seus textos, além de direitos e proteções individuais, os direitos sociais do trabalho (art.XXIII), que foram posteriormente regulamentados pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos e Sociais, de 1966, (arts 6-9)<sup>77</sup>.

Após a consagração na da década de 40 dos direitos fundamentais e sociais, entre eles os direitos trabalhistas, alguns países passaram a expressar em seus textos constitucionais os princípios enunciados por aquelas declarações. Entre estes países temos uma predominância dos chamados países ibero-americanos<sup>78</sup>, além de outros que estavam massivamente envolvidos com a segunda guerra mundial, uma vez que as declarações de direitos surgem como resposta ao contexto bélico de 1939-1945.

### **1.5 A constitucionalização do Direito do Trabalho.**

Continuando a trajetória histórica do direito do trabalho, passa-se a analisar a forma como tais direitos foram elevados ao patamar de direito social. Ainda na primeira metade do século XIX, o México e a Alemanha saíram na frente com suas constituições, respectivamente de 1917 e 1919 já prevendo direitos fundamentais, sociais e trabalhistas.<sup>79</sup> Porém entre 1960 e 1962, as revisões da constituição mexicana procuraram aprimorar o que antes já havia sido estabelecido acrescentando outros direitos que somente tinham sido propostos nas declarações posteriores. Já a Constituição alemã de 1919, que não sobreviveu a Segunda Grande Guerra, teve uma nova composição, ainda mais social em 1949 e foi eivada dos princípios enunciados nas declarações, tanto em relação aos direitos fundamentais, quanto em relação aos direitos sociais-trabalhistas.

A primeira constituição do pós-guerra foi a japonesa, de 1946. Em seu texto, tratou somente, em linhas gerais, sobre o direito/dever de todos os cidadãos japoneses de trabalharem e se organizarem, deixando para as demais leis a atribuição de regulamentar os

<sup>76</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. Direito Constitucional do Trabalho. 3. ed. (ampl. e atual.) Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 14-15.

<sup>77</sup> O conteúdo integral das declarações: Declaração da Filadélfia, Declarações dos Direitos do Homem Cidadão e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos e Sociais podem ser consultados no endereço eletrônico <http://www.direitoshumanos.usp.br>. Biblioteca virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo. acessado em 07/09/2016.

<sup>78</sup> O termo ibero-americação é utilizado para indicar países que foram colonizados por Espanha e Portugal.

<sup>79</sup> Todos as constituições aqui mencionadas foram acessadas em traduções em português ou espanhol, obtidas em seus respectivos sites, conforme apontado nas referências bibliográficas.

direitos do trabalhador.<sup>80</sup>

A Constituição Italiana de 1947, à época, foi uma das que mais conformou os princípios os sociais e trabalhistas, sendo que a identificação da forma de governo adotada pelo Estado Italiano já traz em seu texto a importância que terá o trabalho para aquela nação, "L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro"<sup>81</sup>. Também consagrou em seu texto um expressivo rol de direitos do trabalhador, em um capítulo denominado Relações Econômicas, desde o artigo 35 até o artigo 47.<sup>82</sup>

Em 1946, foi a vez da Constituição Francesa tornar aplicável as declarações de direitos sociais ao afirmar em seu preâmbulo que os direitos sociais eram "particularmente necessários ao nosso tempo". Em 1958, ao confirmar o preâmbulo de 1946 e enunciar que os tratados internacionais ratificados ou aprovados teriam "autoridade superior à das leis" ampliou a aplicação dos direitos sociais e do trabalho decorrentes das normas da OIT ao Estado Francês.<sup>83</sup>

Na Venezuela a Constituição de 1961, ainda em seu preâmbulo, a proteção do trabalho já estava garantida "proteger y enaltecer el trabajo, amparar la dignidad humana, promover el bienestar general e la seguridad social..."<sup>84</sup>, porém a partir do artigo 84 até o artigo 94 podemos verificar um extenso rol de direitos sociais e do trabalho, seguidos pelo capítulo V que trata dos "Derechos Económicos".<sup>85</sup>

A "Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967", trouxe a proteção especial do trabalho em seu artigo 53 à 59, destacando se o artigo 57 que tratou da organização dos sindicatos e agremiações.<sup>86</sup> Apesar de dar um bom destaque aos direitos sociais e do trabalho, Sússekind, citando Oscar Ermida Uriarte, conclui que as convenções coletivas e a auto regulação das atividades sindicais prevaleceriam sobre as normas emanadas do governo Uruguaio,<sup>87</sup> o que ocorreu até meados dos anos 2000, quando as Leis

<sup>80</sup> JAPÃO, Constituição do Japão. Disponível em: <<http://www.br.emb-japan.go.jp/cultura/constituicao.html>>. Acesso em: 07 set. 2016.

<sup>81</sup> ITÁLIA, Costituzione della Repubblica Italiana. Disponível em: <[http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/ostituzione\\_della\\_Repubblica\\_italiana\\_agg2014.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/ostituzione_della_Repubblica_italiana_agg2014.pdf)>. Acesso em: 07 set. 2016.

<sup>82</sup> Idem.

<sup>83</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. Direito Constitucional do Trabalho. 3. ed. (ampl. e atual.) Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 30

<sup>84</sup> VENEZUELA, Constitución de la República de Venezuela de 1961. Disponível em: <<http://americo.usal.es/oir/legislatura/normasyreglamentos/constituciones/Venezuela1961.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2016.

<sup>85</sup> Idem.

<sup>86</sup> URUGUAI, Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Parties/Uruguay/Leyes/constitucion.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2016.

<sup>87</sup> URIARTE, Oscar Ermida apud SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. Direito Constitucional do Trabalho. 3. ed. (ampl. e atual.) Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 26.

Infraconstitucionais Uruguaias passaram a abordar um maior protecionismo aos trabalhadores tornando-se exemplo de respeito aos direitos dos trabalhadores.<sup>88</sup>

A Constituição Suíça de 1798, posteriormente reformada em 1866 e 1874, dividiu a competência para legislar em matéria de Direito do Trabalho à Confederação e aos Cantões Suíços<sup>89</sup>, após várias atualizações, todas mantendo os textos sobre os direitos sociais e do trabalho chega a sua atual edição, de 1999, trazendo a liberdade sindical e o direito de greve e lock-out em seu artigo 28, direitos sociais no artigo 41 e 110, competência legislativa e contrato de trabalho no artigo 110.<sup>90</sup>

Em Portugal os direitos dos trabalhadores encontram-se dentro do título III, capítulo II, da Constituição portuguesa de 1976, "Dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais", a partir do artigo 51 até o 61, atribuindo a leis complementares a disposição sobre os assuntos não tratados pela constituição.<sup>91</sup>

Neste mesmo ano, 1976, a "Constitución de la Republica de Cuba", consagrando seus ideais comunistas de Marx, Engels e Lenin, tratados direitos sociais e do trabalho em seus capítulos VI e VII, expressando no segundo, "Derechos, Deberes y Garantías Fundamentales, apenas dois artigos, os artigos 45 e 46, que tratam diretamente sobre os direitos do trabalho, enquanto os demais, desde o artigo 41 até o 66, tratam dos direitos de seguridade e fundamentais de forma geral.<sup>92</sup>

Na Espanha, no ano de 1978, as garantias fundamentais ganharam destaque preambular, sendo que a "Constitución Española" em seu artigo 28, parágrafo segundo, reconheceu os direitos dos trabalhadores atribuindo à lei posterior regulamentar o exercício destes. O parágrafo primeiro, da mesma forma, disciplinou o direito de sindicalização. Também no artigo 35, 37 e 40, observou os parâmetros da remuneração, de convenções coletivas, além de seguro desemprego, descanso mediante limitação de jornada e férias periódicas. E por fim no artigo 129, tratou da seguridade social da mesma forma, atribuindo a

<sup>88</sup> Palestra proferida pelo Professor Mário Garmendia Arigon na Escola do Judiciário do TRT15 em 11 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://trt-15.jusbrasil.com.br/noticias/100244038/mario-garmendia-arigon-aborda-o-sistema-trabalhista-uruguaio-em-palestra-na-escola-judicial>>. Acesso em: 07 set. 2016.

<sup>89</sup> A expressão Cantões Suíços é correspondente as divisões administrativas do território Suíço, o que podemos comparar a divisão dos seus "Estados".

<sup>90</sup> SUÍÇA, Constituição Federal da Confederação Suíça de 1999. Tradução em Português. [s.n.]. Disponível em: <[http://www.swisstopogeodata.ch/org/polit/00083/Bundesverfassung\\_prfd24.pdf?lang=de&download=NHzLpZeg7t,lnp6I0NTU04212Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCDdH9,fmym162epYbg2c\\_JjKbNoKSn6A](http://www.swisstopogeodata.ch/org/polit/00083/Bundesverfassung_prfd24.pdf?lang=de&download=NHzLpZeg7t,lnp6I0NTU04212Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCDdH9,fmym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A)> Acesso em: 07 set. 2016.

<sup>91</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. Direito Constitucional do Trabalho. 3. ed. (ampl. e atual.) Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 22.

<sup>92</sup> CUBA, Constitución de la Republica de Cuba. Disponível em: <<http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm>>. Acesso em 07 set. 2016.

leis posteriores a sua regulamentação.<sup>93</sup>

A República Popular da China, socialista e subordinada à ditadura democrático-popular, foi uma das nações que apresentou em seu texto os direitos e deveres fundamentais de seus cidadãos na Constituição de 1982 enunciando no artigo 42 um duplo privilégio aos trabalhadores, que seria o trabalho como direito e dever dos cidadãos chineses, e descreveu os direitos dos trabalhadores do artigo 41 ao 44 e o da seguridade social no artigo 45.<sup>94</sup>

Em 1993, foi a vez da Constituição da Federação da Rússia apresentar sua Constituição atribuindo o capítulo II aos Direitos e Liberdades Humanas e do Cidadão. O direito de sindicalização foi garantido no artigo 30, o direito ao trabalho no artigo 37 e a seguridade social 39.<sup>95</sup>

Na Argentina, a "Constitución de la Nación Argentina", que tem seu texto original datado de 1853, observadas as várias modificações até a revisão de 1994, trouxe a alteração no texto do artigo 14, para incluir o artigo 14-bis que enuncia a proteção ao trabalho e as formas de se assegurar esta proteção.<sup>96</sup>

Por fim, as Constituições brasileiras de 1946, 1967-1969 e a de 1988. A começar pela Constituição de 1946 que, notavelmente, enunciou em seu artigo 145 a necessidade de uma ordem econômica com vistas a uma justiça social e responsável pelo equilíbrio entre a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano. No artigo 157 ditou as diretrizes para as legislações do trabalho e da seguridade social, desde aquele momento coibindo a discriminação entre gênero, garantindo um salário mínimo capaz de suprir as necessidades do trabalho, tratando da organização sindical e reconhecendo o direito de greve que seria regulamentado em termos de lei posterior.<sup>97</sup>

Em 1967, uma nova constituição foi decretada e promulgada, já sob o regime militar, porém ainda com garantias fundamentais elencadas a partir do artigo 150. Nos artigos 158 ao 169, disciplinou os direitos dos trabalhadores e apesar das alterações sofridas pela

<sup>93</sup> ESPANHA, Constitución Española. Disponível em: <[http://www.lamoncloa.gob.es/ documents/ constitucion\\_es1.pdf](http://www.lamoncloa.gob.es/ documents/ constitucion_es1.pdf)>. Acesso em: 07 set.2016.

<sup>94</sup> CHINA, Constituição da República Popular China. Tradução [s.n.]. Disponível em: <http://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/constituicao/index.asp>>. Acesso em: 7 set. 2016.

<sup>95</sup> RÚSSIA, Constituição da Federação da Rússia. Tradução: Centro de Estudos Russos da Universidade de Brasília. Disponível em: <[http://www.cer.unb.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=225:constituicao-da-russia-em-portugues&catid=35:construssia&Itemid=63](http://www.cer.unb.br/index.php?option=com_content&view=article&id=225:constituicao-da-russia-em-portugues&catid=35:construssia&Itemid=63)> Acesso em: 7 set. 2016.

<sup>96</sup> ARGENTINA, Constitución de la Nación Argentina. disponível em: <<http://www.ttn.gov.ar/ descargas/ constitucion.pdf>> Acesso em: 7 set. 2016.

<sup>97</sup> BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)> Acesso em: 7 set. 2016.

Constitucional número 1 de 1969, os direitos dos trabalhadores não sofreram alterações significativas, alterando porém as disposições relativas à organização sindical e incluindo o direito de greve, omitido na anterior.<sup>98</sup>

Após o longo período de intervenção militar, o Brasil então retoma o ideal democrático, promulgando a Constituição de 1988 e com ela passa a atuar no campo do constitucionalismo social de um Estado Democrático de Direito.<sup>99</sup> Oriundo de uma gama de articulações políticas, o texto constitucional brasileiro pela primeira vez separou o direito social do trabalho do direito econômico, e no nos artigos 6º ao 11 tratou de dispor os direitos sociais, do trabalho e da associação sindical.<sup>100</sup>

Também foi esta mesma Constituição que pela primeira vez afirmou que a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais e que estes eram direitos fundamentais proporcionando assim uma maior visibilidade da comunidade internacional, uma vez que os direitos humanos suscitam o interesse e os olhares da ordem jurídica internacional.<sup>101</sup>

O objetivo deste capítulo então, foi possibilitar uma análise histórica do Direito do Trabalho, analisando suas raízes e o processo com o qual este ramo especializado do direito chegou a ser reconhecido internacionalmente como direito de proteção e efetivação da justiça social. Inclusive, abordou-se a maneira como foram dispostos nas Constituições modernas, a partir de 1945 que reproduziram, de algum modo, as Declarações da Filadélfia de 1944 e a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, possibilitando assim a visualização dos caminhos percorridos no processo de solidificação e consolidação os direitos fundamentais sociais do trabalho. A sua afirmação histórica,<sup>102</sup> indubitavelmente, imprimiu nestes direitos uma exigibilidade que pode e deve estar além da sua consagração constitucional, devendo ser observada, não somente sob a ótica da comunidade jurídica interna, mas internacionalmente constituída, supranacionalmente.<sup>103</sup>

---

<sup>98</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. Direito Constitucional do Trabalho. 3. ed. (ampl. e atual.) Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 36.

<sup>99</sup> BELTRAN, Ari Possidônio. Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais. São Paulo: LTr. 2002. p. 113.

<sup>100</sup> Ibidem.

<sup>101</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. et al. (coord.) Direitos Fundamentais Sociais. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 54-55.

<sup>102</sup> Fizemos um comparativo com o título do livro de Fábio Konder Comparato, "A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos", pra demonstrar que como àqueles, os direitos sociais do trabalho percorreram uma longa trajetória até firmarem à Constituição brasileira de 1988.

<sup>103</sup> O Termo supranacional é um conceito apresentado pela primeira vez no Tratado de criação da Comunidade do Carvão e do Aço (CECA artigo 9º) e que posteriormente ganhou notoriedade ao ser repetido no Tratada da União Europeia. Naquele ato serviu para reforçar a autoridade dos membros da Alta Autoridade (espécie de diretoria) e aplicação internacional do Tratado aos Estados-membros. Texto em Português do Tratado que

Conforme salienta Maurício Godinho Delgado:

"Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos existem, inevitavelmente, no universo regulado pelo Direito do Trabalho.

"Aliás, esse campo do Direito foi o primeiro a despontar na Idade Contemporânea enfocando e regulando condutas, interesses e direitos massivos, sendo essa, por várias décadas, uma de suas peculiaridades em contraponto aos demais ramos jurídicos. Apenas na segunda metade do século XX é que outros campos estruturaram-se no Direito, de modo claro e sistemático, em torno de temas, relações, interesses e pretensões de caráter massivo- é o que se passou com os novos Direito Ambiental e Direito do Consumidor, por exemplo."<sup>104</sup>

A evolução histórica do direito do trabalho, juntamente com a sua consagração constitucional e conseqüentemente sua consolidação como direito social constituem elementos de relevante importância na discussão sobre a flexibilização das normas trabalhistas, por substanciarem o pressuposto fundamental daqueles que defendem a impossibilidade de aplicação desta teoria a um Direito com peculiaridades tão importantes como por exemplo, a realização da justiça. Por outro lado, a crise econômica e o arcaísmo da legislação brasileira tem sido um dos elementos mais utilizados por aqueles que desejam aplicar amplamente a teoria da flexibilização à legislação trabalhista brasileira. Diante destas considerações, no capítulo seguinte, promover-se-á uma abordagem Teoria da Flexibilização.

## CAPÍTULO II

### 2. A TEORIA DA FLEXIBILIZAÇÃO

#### 2.1 Uma análise terminológica.

A tarefa de conceituar ou de se analisar a chamada teoria da flexibilização inicia-se com a concepção terminológica da palavra flexibilizar. Segundo o dicionário Aurélio da língua portuguesa, flexibilizar significa: fazer com que se torne flexível; tornar menos rígido. Na origem latina da palavra, "flexibilis", que significa dobrável e que no século XV adotado pela botânica para classificar alguns tipos de vegetação que tinham como característica a possibilidade de envergadura de suas estruturas, sem que se quebrassem ou alterasse sua formação.<sup>105</sup>

O verbo flexibilizar então, constitui uma ação e, assim sendo, poderá revestir-se de certo grau de intensidade, ou seja, é possível medir o nível de rigidez em diferentes escalas, tornando o objeto menos e menos rígido e mais e mais flexível, inclusive, ao final, obtendo-se um resultado totalmente maleável.

O neologismo flexibilização surgiu no vocábulo português a partir de uma transliteração da expressão "flexibilización", que significa a ação ou o efeito de flexibilizar.<sup>106</sup> O termo "flexibilización", por sua vez, foi inserido no idioma espanhol durante a crise petrolífera/econômica da década de 70 para fazer referência à necessidade de adaptação do setor produtivo às necessidades do mercado daquela época. Portanto, flexibilização seria o ato ou ação capaz de tornar maleável/flexível os processos produtivos. Em se tratando de normas jurídicas, torná-las adaptáveis ao contexto socioeconômico da época.<sup>107</sup>

Conceituar, porém, o termo flexibilização de maneira isolada e relativa às normas jurídicas, limitado à ótica do direito, seria leviano por ser imprescindível que sejam observados outros fatores, como os inferidos a partir dos ensinamentos de Jean-Claude Javillier,<sup>108</sup> no se refere ao tema. Informa o autor que há uma imensa dificuldade em conceituar flexibilização apenas por seu viés jurídico, uma vez que a flexibilização também tem suas origens e reflexos em outros setores, como o cultural, o social, o político, o

<sup>105</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio. São Paulo: : Positivo, 2004. A palavra Flexibilizar origina se do Latin: Flexibilis, que significa "dobrável", de Flectere, dobrar.

<sup>106</sup> Flexibilización- Accion e efecto de flexibilizar. Dicionário da Real Academia de Língua Espanhola < disponível em: <http://dle.rae.es/?id=I5GHHZu> . Acessado em: 06/11/2016.

<sup>107</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. O mercado de trabalho humano: a globalização econômica, as políticas neoliberais e a flexibilidade dos direitos sociais no Brasil. São Paulo: Ltr. 1998. p. 75-76.

<sup>108</sup> Jean-Claude Javillier atualmente é Diretor Sênior do Departamento de Normas Internacionais do Trabalho no Bureau Internacional do Trabalho da ONU. Professor Emérito de Direito na Universidade de Paris, Catedrático de Direito do Trabalho na Universidade de Burdeos na França.

tecnológico e o econômico.

"Dificultad porque pienso que este tema no puede ser analizado solamente deste punto de vista juridico, y me parece que sobre todo es necesario tener en cuenta los diferentes aspectos del problema de la flexibilidad como son los aspectos culturales, económicos, sociales y políticos; es cierto que el derecho interviene, pero me parece que hay que abrir las puertas para um mejor conocimiento"<sup>109</sup>

No setor tecnológico e econômico, por exemplo, não se justificaria em um mundo aberto, "globalizado", que se mantivesse um sistema rígido de produção. Seria necessária uma flexibilização do setor de produção de acordo com a necessidade do mercado. Para solucionar o impasse entre tecnologia e economia em contraponto com a produção, foi criado um novo conceito, flexibilizando o sistema de produção, o que foi denominado Toyotismo;<sup>110</sup> em substituição ao superado modelo tido por Fordismo,<sup>111</sup> que alterou consideravelmente os métodos de gerenciamento da empresa e utilização dos recursos humanos.<sup>112</sup>

No que concerne ao tratamento cultural e social sobre o tema flexibilização, a rigidez das instituições e do poder são flexibilizadas a partir do momento em que não se sustentam sobre os rígidos princípios iniciais, devendo adaptarem-se às realidades sociais contemporâneas. Por exemplo, ao falar sobre os fatores de poder, em relação ao familiar, por exemplo, quase não é possível obter atualmente uma obediência cega dos filhos sem que sejam apresentadas as devidas razões para o cumprimento das tarefas mais comuns do meio. Nestas áreas, ainda considerando o exemplo familiar e a educação dos filhos, a tomada de decisão depende de um processo de flexibilização, um verdadeiro diálogo de negociação, para que se possa alcançar o objetivo, muitas vezes simples, como um destino para as férias de verão. A imposição de uma decisão justificada simplesmente pelo poder de decisão dos pais ou de um deles poderia desestabilizar a relação familiar e não é mais compatível com o modelo social. Diante deste novo modelo social, farto de interações sociais e rico de relações interpessoais, a flexibilidade vem a somar e a velha premissa se torna verdadeira; o que é

<sup>109</sup> JAVILIER, Jean-Claude. Vigencia y Transformacion en el Derecho Laboral. Derecho y Sociedad n° 8-9. 1994. p. 87.

<sup>110</sup> Toyotismo. O sistema de produção "just in time" ou Toyotismo caracteriza se pela produção pela demanda existente no mercado. O termo Toyotismo foi utilizado em substituição ao Fordismo onde prevalecia a produção em massa gerando a necessidade de estocar os produtos até seu efetivo consumo. Já o Fordismo caracterizava se pela produção e armazenagem do produto e pela concentração da mão de obra especializada e do conhecimento técnico de forma fragmentada, ou seja, cada empregado era capaz de realizar apenas uma tarefa. MARTINS, Sergio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. São Paulo: Editora. 2ª. ed. Atlas, 2002. p. 18-19.

<sup>111</sup> Fordismo. Esta forma de produção segundo Martins era caracterizado pela adoção de um sistema generalizado, sem qualquer especialização; uma hierarquização que estratificava os empregados; auto suficiência; além de uma tecnologia de longa maturação e estoques de insumos e matérias primas. Também contavam com grande número de trabalhadores vinculados a baixos salários. Destacava se a produção em massa feita por linhas de montagens. MARTINS, Sergio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. São Paulo: Editora. 2ª. ed. Atlas, 2002. p. 18-19.

<sup>112</sup> JAVILIER, Jean-Claude. Vigencia y Transformacion en el Derecho Laboral. Derecho y Sociedad n° 8-9. 1994. p. 87- 94.

rígido e não se flexiona tende a quebrar-se. Segundo Javillier:

"Existe una crisis de legitimidad del poder a todo nivel; por ejemplo le obedecía sin preguntar, ahora mi hijo no me obedece si yo no te explico con razones. En consecuencia, vamos todos a negociar formal e informalmente, porque toda decisión es producto de un proceso de flexibilización, haya que flexibilizar para mantener el poder ya que lo que es inflexible se va a fraccionar."<sup>113</sup>

A partir desta premissa, pode-se verificar então o surgimento de um paradoxo; o que não se flexibilizar poderá, como consequência, sofrer um processo de deterioração, vindo a tornar-se obsoleto e até mesmo desaparecer. Mas, por outro lado flexibilizar significa individualizar. Uma vez que a ação de flexibilizar depende da vontade de cada envolvido, a individualização nas relações interpessoais pode ser tida como sinônimo de individualismo e este, por sua vez, gera a fragmentação. "Flexibilizar es segmentar los grupos, las personas, es individualizar"<sup>114</sup> e uma vez fragmentado, os grupos e até mesmo a sociedade sofrerão pela falta de solidariedade.

No Direito, a flexibilização surge como consequência de sua própria aplicação aos demais segmentos, sejam sociais, políticos, tecnológicos, econômicos, uma vez que ao Direito cabe a regulamentação das relações. Assim sendo, tão logo surgiram as necessidades de flexibilização no setor econômico por conta da crise, surgiram os questionamentos no Direito visando à satisfação de tais problemas. Principalmente, na seara trabalhista, houve, ao mesmo tempo, uma responsabilização do Direito do Trabalho como principal óbice ao desenvolvimento da economia e patrocinador de sua crise e, por outro, a alternativa à situação de recessão seria sua flexibilização. Dois lados de uma mesma moeda, melhor dizer, duas faces de um mesmo Direito; uma como responsável pela crise e outra, única opção para desvencilhar-se dela.

Assim, a partir da conceituação de um Direito do Trabalho rígido, supostamente inflexível e, por isso, capaz de abalar as bases econômicas, surgiu a discussão no continente europeu sobre a necessidade de flexibilização das normas trabalhistas como forma de ampliar a concorrência das empresas frente à globalização e enquanto meio de combate à crise econômica.

## **2.2 Considerações sobre a teoria.**

Muito embora o assunto seja recorrente no meio jurídico, poucos doutrinadores descrevem a teoria da flexibilização das normas trabalhistas de acordo com sua concepção

---

<sup>113</sup> Ibidem. p 89.

<sup>114</sup> Ibidem. p 89.

inicial. Assim para que se possa demonstrar de forma prática e sistemática referida teoria, recorrer-se-á nesta pesquisa aos conceitos apresentados pelo autor Freddy Arancibia Fernández, no artigo publicado pela Revista Ciencias Sociales nº 26, no primeiro semestre de 2011, intitulado Flexibilidad Laboral: elementos teórico-conceptuales para su análisis<sup>115</sup> e, posteriormente, apresentar-se-á a classificação exposta pelo professor Sérgio Pinto Martins na obra Flexibilização das Condições de trabalho,<sup>116</sup> para que se possa contrapor em análise a concepção inicial e a construção atual, erodida pelo tempo e pelas experiências vivenciadas.

Na investigação apresentada por Fernández pode-se verificar que referida teoria se subdivide em quatro modalidades<sup>117</sup>, ou conforme descrito pelo autor, em quatro dimensões, que, novamente, podem se subdividir, formando um sistema que se utiliza de o conceito "tornar flexível" para justificar alterações das estruturas rígidas dos processos produtivos e laborais.

"En base a un acucioso análisis bibliográfico se pudo constatar la existencia de cuatro dimensiones que compondrían el concepto de flexibilidad laboral...estas cuatro grandes dimensiones, junto a sus respectivas subdimensiones, enfatizando en las diversas denominaciones utilizadas por distintos autores para referirse a cada una delas (...)"<sup>118</sup>

A primeira destas modalidades diz respeito à flexibilização da organização produtiva. Diferentemente do modelo fordista, onde uma só empresa, chamada de empresa horizontal, seria responsável por todo o processo produtivo, a flexibilização da organização produtiva diz respeito à descentralização da produção, sendo que as pequenas e médias empresas (através dos distritos industriais) assumiriam a produção de componentes diversos por meio da contratação externa. Caberia então às pequenas e médias empresas o dever de se adaptar às necessidades das grandes empresas, flexibilizando seus horários, postos de trabalho, tarefas, produção e etc., às necessidades das grandes empresas.

"De cualquier forma, la flexibilidad de la organización productiva pone énfasis en la flexibilidad desarrollada por la asociación que se da entre PyMEs, y de éstas con grandes empresas. Asociaciones de cooperación que elevarían sus ventajas con respecto a las grandes corporaciones, formando lo que hoy se conoce como "empresa red"."<sup>119</sup>

<sup>115</sup> FERNÁNDEZ, Freddy Arancibia. Flexibilidade Laboral: Elementos Teóricos- Conceptualies para su análisis. Disponível em <<http://www.revistacienciasociales.cl/archivos/revista26/pdf/rca-art3.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

<sup>116</sup> MARTINS, Sergio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. São Paulo: Editora. 2ª. ed. Atlas, 2002.

<sup>117</sup> Preferimos utilizar o termo modalidade por entendermos que dimensão requer a passagem de uma para outra, quando na verdade a aplicação da teoria de flexibilização se dá em seguimentos e não em fases.

<sup>118</sup> FERNÁNDEZ, Freddy Arancibia. Flexibilidade Laboral: Elementos Teóricos- Conceptualies para su análisis. Disponível em <<http://www.revistacienciasociales.cl/archivos/revista26/pdf/rca-art3.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

<sup>119</sup> DE LA GARCIA, Enrique. apud FERNÁNDEZ, Freddy Arancibia. Flexibilidade Laboral: Elementos

A segunda modalidade de flexibilização seria aquela denominada flexibilização da organização do trabalho. Nesta modalidade, a flexibilização se apresenta na forma como é aproveitado o "material intelectual" disponível na empresa. A ideia de um grupo de trabalhadores realizando tarefas repetitivas e específicas dá lugar a um grupo de "colaboradores"<sup>120</sup> adaptáveis a diversas funções e em busca da melhoria contínua e aperfeiçoamento pessoal em prol de um bem comum. Para o sucesso desta flexibilização o trabalhador é estimulado a se organizar coletivamente, em grupos de trabalho e a participar de discussões em busca da resolução de problemas internos partindo da ideia de que como sócio e colaborador seria o responsável pelo bom funcionamento da empresa.<sup>121</sup>

Javillier abordou esta modalidade de flexibilização como sendo uma das principais formas que "no futuro" atingiria a prestação de serviços:

"La noción de flexibilización está vinculada con la idea que no sería posible más en el futuro la existencia de un puesto de trabajo como tal, esta es una cuestión muy interesante para nosotros los laboristas. El hecho es que tenemos un trabajador en un momento dado en relación de subordinación con un empleador, con una determinada clasificación, que va a producir de la manera que todos conocemos y la idea es que este trabajador tiene que evolucionar en su puesto de trabajo o de lo contrario lo va perder. todo esto significa para los trabajadores la posibilidad de cambiar puesto de trabajo, de no estar especializados solamente en una tarea. El taller flexible, en donde cambia la producción, las clasificaciones, los horarios; no puede ser analizado de una normativa clásica ya que la flexibilidad es una manera de vivir en la empresa... En la flexibilización existe también la situación de participación del trabajador en el incremento de la productividad, su posibilidad de modificar la producción es importante para la empresa. La motivación y la integración del trabajador esta vinculada con a idea de flexibilización, es decir, no hay posibilidad de ver las cosas con grupos de trabajadores y empleadores separados, es la idea de un gran consenso en la empresa donde todos están flexibles, de una manera tecnológica, mas también ideológica..."<sup>122</sup>

A próxima modalidade diz respeito à gestão produtiva, ligada intimamente ao processo produtivo. O objetivo desta modalidade é tornar flexível a produção quantitativa, possibilitando alterações a depender da necessidade de mercado. Também compreende a flexibilização da quantidade de itens diferentes oferecidos pela empresa e a flexibilidade para enfrentar falhas no processo de produção, sejam elas advindas da qualidade da matéria prima ou de sua escassez ou, até mesmo, para alterar a produção geral em razão de um maior ou menor mercado de consumidores. Como salienta Álvaro Díaz:

---

Teóricos- Conceptuales para su análisis. p. 42. Disponível em: <<http://www.revistacienciasociales.cl/archivos/revista26/pdf/rca-art3.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

<sup>120</sup> Colaboradores é uma expressão utilizada no meio empresarial para causar a impressão de que os empregados são sócios da empresa e portanto responsáveis pela geração de riqueza tanto quanto os empregadores.

<sup>121</sup> FERNÁNDEZ, Freddy Arancibia. Flexibilidad Laboral: Elementos Teóricos- Conceptuales para su análisis. p.43. Disponível em <<http://www.revistacienciasociales.cl/archivos/revista26/pdf/rca-art3.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

<sup>122</sup> JAVILLIER, Jean-Claude. Vigencia y Transformacion en el Derecho Laboral. Derecho y Sociedad nº 8-9. 1994. p. 88.

"(...) sin pérdidas de los márgenes operacionales cuando hay retracción de la demanda, o sin costos extraordinarios significativos, cuando hay expansión de producción y/o capacidad productiva... capacidad de rectificación o modificación en la secuencia o ritmo de producción, debido a fallas en la predicción de las ventas o en el uso de insumos, sin que ello implique recargar excesos en los costos de recurso, etc." <sup>123</sup>

A quarta modalidade é chamada flexibilização do mercado de trabalho e corresponde diretamente ao sistema normativo trabalhista. Aqui, leva-se em conta o grau de flexibilidade encontrado na legislação trabalhista de cada país ou região e a forma como serão administradas as relações da empresa com seus trabalhadores. Subdivide-se em duas, a flexibilização interna e a flexibilização externa. <sup>124</sup>

É importante destacar a lição de Javillier no que concerne à demanda de cada país ou região:

"El movimiento de flexibilidad no significa la misma cosa en todos los países. Nosotros no halhamos como hacen frecuentemente aquellos que están a nivel intelectual tal que pretenden dar siempre una respuesta teórica general a un problema... siempre hay que tener en cuenta los contextos porque los temas de flexibilización no son de la misma naturaleza sino que varían de significación según el contexto económico... hay que ser cuidadosos antes de analizar la flexibilidad en Europa, America Latina etc." <sup>125</sup>

Assim sendo é importante observar que na busca de um processo flexibilizatório é necessário observar as peculiaridades específicas de cada país, não tendo por certo que a experiência de um seja a solução para o outro.

### **2.3 O conceito de flexibilização aplicado ao Direito do Trabalho.**

A flexibilização das leis trabalhista e, conseqüentemente, do Direito do Trabalho como um todo emerge diante das demandas de reestruturação econômica na década de 70, especificamente com as crises do petróleo de 1973 e 1979 que foram responsáveis pelo aumento do desemprego no oeste europeu. A reação imediata à crise foi a alteração de normas trabalhistas, baseada em uma justiça social vinculada ao desenvolvimento econômico e à redução do desemprego. Esta situação foi admitida como uma situação de emergência econômica, enquanto cenário de crise, que deveria ser tratada por um Direito do Trabalho também de emergência ou, como foi chamado, Direito do Trabalho de Crise. Assim, na

<sup>123</sup>DIÁZ, Álvaro. p.40-41 apud FERNÁNDEZ, Freddy Arancibia. Flexibilidade Laboral: Elementos Teóricos- Conceptuales para su análisis. Disponível em <<http://www.revistacienciasociales.cl/archivos/revista26/pdf/rca-art3.pdf>>. p. 44. Acesso em: 29 nov. 2016.

<sup>124</sup>FERNÁNDEZ, Freddy Arancibia. Flexibilidade Laboral: Elementos Teóricos- Conceptuales para su análisis. Disponível em <<http://www.revistacienciasociales.cl/archivos/revista26/pdf/rca-art3.pdf>>. p.44. Acesso em: 29 nov. 2016.

<sup>125</sup>JAVILLIER, Jean-Claude. Vigencia y Transformacion en el Derecho Laboral. Derecho y Sociedad nº 8-9. 1994. p. 89.

Europa e demais países industrializados surge a proposta de uma nova perspectiva ao Direito do Trabalho, desvinculando-se da proteção ao trabalhador e orientando-se pela instrumentalização dos objetivos econômicos.

"Na Europa, com reflexos no Brasil, uma diretriz fundada na concepção econômica é conhecida como flexibilização do direito do trabalho, proposta segundo a qual os imperativos econômicos devem justificar a postergação de direitos dos trabalhadores como meio necessário para o desenvolvimento, condição para a melhoria da situação dos assalariados, sustentando a conveniência de novas concepções sobre velhos institutos." <sup>126</sup>

A discussão a respeito de flexibilização da legislação trabalhista, muito embora surgida no já citado contexto de crise, decorre de ideia anterior a esse período consistente em um direito protecionista e rígido que não permitiria avanços nas relações de trabalho, que causaria um “engessamento” do ordenamento jurídico.

Segundo Javillier, as normas trabalhistas são questionadas por muitos governos, por serem tidas por normas rígidas, inflexíveis; tanto aquelas emanadas pelo Direito Internacional, através das convenções da OIT, quanto aquelas normas de direito interno, sendo assim classificadas como excessivamente protetoras e prejudiciais à economia.

"Seja ao se tratar de direito internacional do trabalho: as convenções da OIT são questionadas por certos governos. Seja ao se tratar de direito interno: o patronado denuncia a rigidez de uma legislação de uma legislação excessivamente protetora, com efeitos nefastos para economia. Portanto, no alvorecer do século XXI, os juristas do trabalho encontram-se diante de um verdadeiro desafio normativo." <sup>127</sup>

Tendo em vista esta "pseudo"<sup>128</sup> rigidez, a legislação trabalhista é constantemente questionada, ocasião em que, oportunamente, os neoliberais sustentam a necessidade de romper com o desafio de confeccionar normas excessivamente rígidas e de utilizar de meios de reformas legislativas e construções jurisprudenciais para flexibilizar a legislação pré-existente.

"No que se refere ao direito internacional do trabalho, as normas são elaboradas de tal maneira que já nascem sob o signo da flexibilidade (conceitos originais; possibilidade de ratificação parcial; elaboração de programas etc.). Em direito interno é conveniente mencionar debates e evoluções que ocorrem sobre esta matéria. O princípio, há muito tempo, é o de que a flexibilidade do Direito do Trabalho deve permitir melhor proteção ao assalariado." <sup>129</sup>

A ideia de direcionar a redação e aplicação do Direito do Trabalho a interesses

<sup>126</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. São Paulo: Ltr. 1999. p. 67-68.

<sup>127</sup> JAVILIER, Jean-Claude. Manual de direito do trabalho. Tradução de Rita Asdine Bozacian. São Paulo: Ltr, 1988. p.55.

<sup>128</sup> Utilizamos o termo "pseudo" pois no decorrer da pesquisa demonstraremos que as normas trabalhistas são naturalmente compostas de certo grau de flexibilidade, ainda que heterônomas, o que não justificaria a sua apresentação como normas inflexíveis.

<sup>129</sup> JAVILIER, Jean-Claude. Manual de direito do trabalho. Tradução de Rita Asdine Bozacian. São Paulo: Ltr, 1988. p.55.

econômicos é o cerne da viabilização da relativização dos direitos sociais a fim de concretizar o que conceitua a Teoria da Flexibilização.

Preliminarmente, é essencial que algumas diferenciações práticas sejam ressaltadas, como por exemplo, identificar quando se trata de uma situação de deslegalização ou desregulamentação ou de uma situação de precarização. Enquanto deslegalização ou desregulamentação relacionam-se com uma total ausência de legislação heterônoma e, conseqüentemente, permitem que as relações entre os trabalhadores e empregadores sejam por eles mesmos desenvolvidas e reguladas, podendo inclusive não haver qualquer intervenção estatal na sua constituição e posterior resolução de conflitos, a flexibilização se diferencia destas pois, manteria o mínimo necessário de normas heterônomas e de intervenção do Estado quando se tratasse da dignidade da pessoa humana e princípios constitucionalmente aceitos como protetores desta dignidade.

Porém, manter este mínimo de proteção pode não ser suficiente quando se trata da efetiva proteção do trabalhador, conforme se pode inferir da ideia de Jorge Reis Novais:

"A invocação do princípio da dignidade da pessoa humana não dispensa o recurso a outros critérios e à valoração das circunstâncias concretas do caso. Se a dignidade da pessoa humana é, também, fundamento do poder de autovinculação, tudo residirá em saber de que medida é que o exercício desta liberdade, por redundar em limitação excessiva, se pode converter em obstáculo que anule ou destrua as condições da autodeterminação e do livre desenvolvimento da personalidade."<sup>130</sup>

Nesse sentido, não bastaria haver um mínimo de direitos fundamentais, se sobre esta justificativa pesar limitação tão excessiva, que o trabalhador perca a sua autonomia, sendo obrigado a se submeter a situações que travestidas de flexibilização, se efetivem como desregulamentação.

Também não se pode confundir o processo flexibilizatório com a já existente precarização das leis trabalhistas, pois precarizar é, mesmo havendo leis de proteção ao trabalhador, mantê-los em situação marginal, o que necessariamente constitui desrespeito aos direitos humanos do trabalhador.<sup>131</sup> Como exemplo desta situação de precariedade podemos citar os muitos casos em que o trabalhador é mantido em situação análoga à escravidão. Quando isso ocorre, não se vivencia uma situação em que se busca flexibilizar leis, mas sim em desrespeito àquelas existentes, chegando-se ao ponto de o empregador apropriar-se de todas as liberdades do trabalhador negando-lhe inclusive direitos fundamentais de primeira

---

<sup>130</sup> NOVAES, Jorge Reis. apud GEDIEL, José Antonio Peres. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p.160-161.

<sup>131</sup> MARTINS, Sergio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. São Paulo: Editora..Atlas. 2ª. ed. 2002. p. 27.

geração, como o direito de liberdade.

"Com efeito os direitos essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador estão sempre em risco nas relações de trabalho subordinadas aos poderes do empregador, que pode utilizar, inclusive, de novas tecnologias para instrumentalizar o sujeito e reduzir sua autonomia na esfera privada"<sup>132</sup>

Gediel ainda salienta que:

"A Justiça do Trabalho brasileira, mais uma vez, tem dado mostras de sua exata compreensão dos problemas contemporâneos, ao vincular tais questões à dignidade humana e ao limitar os poderes derivados de relações contratuais patrimonializadas, interpretadas conforme a Constituição..."<sup>133</sup>

E termina citando uma decisão da 1ª Vara do Trabalho de Curitiba-PR, que traduziu a necessidade se acabar com a ideia de senhorio do empregador:

"(...) Evidentemente as relações de trabalho não podem mais ser concebidas como um círculo em que imperaria o poder absoluto do empregador, como outrora fora a soberania indivisa do senhor feudal no âmbito de seu feudo, imune a obrigação de respeito à dignidade da pessoa do trabalhador..."<sup>134</sup>

Souto Maior<sup>135</sup> define inicialmente a ideia de flexibilização como sendo uma adaptação das normas justralhistas a uma determinada realidade, contemporânea, e relacionada às necessidades do mercado de trabalho, no entanto, sem que, a princípio, vise à redução de direitos e, muito menos, à desregulamentação. Para o autor, neste momento não haveria uma identificação entre flexibilização e a desregulamentação, sendo que a flexibilização somente seria possível se visasse a pressupostos identificados na proteção do trabalhador. Porém, uma análise mais profunda permite verificar que a intenção maior da flexibilização é a realização do progresso econômico. Então o autor se posiciona da seguinte forma:

" (...) Ambas, no entanto, (flexibilização e desregulamentação) quando apoiadas no pressuposto da necessidade de alteração das relações de trabalho, para fins de interesse econômico, no que se refere a concorrência internacional, e mesmo sob o prisma interno, acabem constituindo se na mesma ideia, sendo que o termo "flexibilização" ainda possui um forte poder ideológico, por ter conceitualmente, um significado, mas atuar em outro sentido. Como a ideia de flexibilização, em nossa realidade tem sido utilizada com o pressuposto da satisfação de interesse econômico, optamos em examinar os dois termos como sinônimos, para desmascarar a ideologia que o termo "flexibilização" carrega."<sup>136</sup>

Assim sendo ainda que inicialmente não tenha o mesmo significado, o fim da

<sup>132</sup> GEDIEL, José Antonio Peres. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p.160-161.

<sup>133</sup> Ibidem. p.162.

<sup>134</sup> Ibidem.

<sup>135</sup> Jorge Luiz Souto Maior é juiz do trabalho da 15ª Região (Jundiaí-SP) e professor na Faculdade de Direito da USP e opositor expressivo da teoria da flexibilização, com diversos artigos nesse sentido, publicados desde o fim da década de 90.

<sup>136</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. O Direito do trabalho como instrumento de Justiça Social. São Paulo: Ltr, 2000. p.139.

aplicação da teoria da flexibilização poderá adquirir o mesmo caminho da precarização ou da desregulação, ou seja, a desproteção do trabalhador. Isso poderá ocorrer se a sua justificativa ficar somente servindo a interesses de sobreposição de princípios econômicos em detrimento de princípios sociais.

Para que se possa melhor visualizar uma iniciativa de flexibilização que não tenha como pressuposto a redução de direitos e desregulação, considere-se o exposto por Javillier, quando apresenta a ideia de uma "flexibilidade de mão única"<sup>137</sup>. Para o autor, a principal função da flexibilização da norma trabalhista seria a proteção do trabalhador. Esta flexibilização favorável seria avalizada por princípios do próprio Direito do Trabalho, como por exemplo, o princípio da aplicação da norma mais favorável, que permite um afastamento da norma heterônoma para que seja acolhida uma cláusula lançada em uma convenção ou acordo coletivo, que seja mais favorável ao trabalhador. E, ainda, pelo revestimento social das normas trabalhistas que lhes garantem a aplicabilidade imediata e uma natureza de norma de ordem pública, afastando assim princípios do direito civil que se relacionam a irretroatividade e imediatismo da nova lei.<sup>138</sup> Assim sendo, havendo norma mais favorável, seja ela heterônoma ou autônoma, a aplicação desta será imediata e retroagirá aos contratos anteriores a ela, perfazendo desta forma uma "flexibilidade de mão única".<sup>139</sup>

Por outro lado, tem-se a definição de Sérgio Pinto Martins, que conceitua flexibilização como sinônimos das expressões "adaptabilidade" e "capacidade de acomodação" assinalando assim haver uma necessidade de alteração das normas para amoldar-se a um momento de crise que necessita de um novo Direito do Trabalho, como já foi anteriormente abordado, um direito adjetivado de Direito do Trabalho da Crise ou de Emergência.

" A crise não é apenas uma questão que envolvem a necessidade de mudança das normas trabalhistas rígidas, mas também as novas tecnologias, o desemprego, a falta de criação de empregos, a globalização etc. É a crise uma das causas da flexibilização do Direito do Trabalho. A crise econômica contudo é uma companheira de viagem indesejável, mas histórica, do Direito do Trabalho."<sup>140</sup>

Assim, para Martins, a crise é a principal justificativa para se flexibilizar as normas

<sup>137</sup> JAVILIER, Jean-Claude. Manual de direito do trabalho. Tradução de Rita Asdine Bozaciyan. São Paulo: Ltr, 1988. p.55.

<sup>138</sup> Ibidem.

<sup>139</sup> O termo Flexibilidade de mão única é utilizada pelo autor para demonstrar que a flexibilização é aplicada sem maiores constrangimentos quando asseguram direitos aos trabalhadores, dada a necessidade de proteção a ele inerente. JAVILIER, Jean-Claude. Manual de direito do trabalho. Tradução de Rita Asdine Bozaciyan. São Paulo: Ltr, 1988. p.55.

<sup>140</sup> MARTINS, Sergio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. São Paulo: Editora..Atlas. 2ª. ed. 2002. p. 21.

trabalhistas. Entretanto, as expressões por ele apresentadas conotam uma transitoriedade, ou seja, um tempo de crise econômica, e, assim, tais definições mais se enquadrariam a uma teoria de resiliência<sup>141</sup> do que à teoria da flexibilização. Neste sentido, o que a flexibilização das leis trabalhistas estaria proporcionando seria uma quebra na sua estrutura rígida para adaptar-se às dificuldades de mercado e, assim, imperioso é que, após o momento de crise ou emergência, o direito retornasse a sua rigidez anterior.<sup>142</sup>

Outra expressão utilizada para conceituar flexibilização é "atenuação da rigidez", que, por sua vez, expressa uma acomodação do Direito do Trabalho a uma nova realidade econômica. Seria um abrandamento das normas trabalhistas para fomentar o mercado de trabalho. Desta forma, abordando a concepção neoliberal, porém com pleno entendimento de que a flexibilização não é capaz de gerar empregos,<sup>143</sup> José Felipe Ledur escreve:

"Sinteticamente, a flexibilização das normas de Direito do Trabalho se traduz pela atenuação da rigidez que, supostamente, conteria, e que impediria alterações contratuais exigidas pela nova realidade econômica. Em consequência, sustentam os prosélitos do modelo neoliberal de Estado e da Economia que o fim dessa rigidez normativa será mais um mecanismo imprescindível para a geração de empregos."<sup>144</sup>

Na mesma direção, tem-se como sinônimo de flexibilização o "causar transformações" deixando a expressão "atenuação" para ser entendida como a forma com que o Estado intervém ou se abstém de intervir nas relações laborais. Assim, o estado é responsável em atenuar as leis existentes ao ponto de ficar, sob sua responsabilidade, somente um mínimo de normas que assegurem a proteção da dignidade humana do trabalhador; sem que, com isso interfira na autonomia privada. Com isso, a flexibilização das normas trabalhistas, seria o fenômeno fundamentalmente necessário às transformações capazes de enfrentar os desafios da contemporaneidade.<sup>145</sup>

Cabe ressaltar que não há na doutrina somente um conceito de flexibilização, sendo que cada autor tem utilizado de uma conceituação diferente para explicar a teoria da flexibilização e quando deve ou não ser aplicada ao Direito do Trabalho. Como já visto

<sup>141</sup> O termo resiliência foi adotado no sentido de que se a situação é emergencial ou momentânea, o Direito do Trabalho então não se flexibilizaria, mas sim se resiliria, voltando ao seu estado anterior tão logo a situação que o alterou chegue ao fim. Resiliência: capacidade de adaptar-se às exigências externas (mudança) e retornar ao seu estado original, sem alterar sua essência.

<sup>142</sup> MARTINS, Sergio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. São Paulo: Editora. 2ª. ed. Atlas, 2002. p. 21-22.

<sup>143</sup> Ledur ao encerrar seu trabalho conclui que em relação a flexibilização: "Soluções como a flexibilização dos direitos constituem vã tentativa de gerar emprego digno" LEDUR, José Felipe. A Realização do Direito do Trabalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p.185

<sup>144</sup> LEDUR, José Felipe. A Realização do Direito do Trabalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p.139.

<sup>145</sup> CREPALDI, Joaquim Donizeti. O Princípio de Proteção e a Flexibilização da Normas do Direito do Trabalho. São Paulo: Ltr, 2004. p. 57.

anteriormente, é possível encontrar conceituações que definem flexibilização como sinônimo de desregulamentação ou como sinônimo de deslegalização, Outros também a classificam de acordo com sua conformação terminológica, ou seja, flexibilização como forma de tornar a legislação menos rígida, amoldar a legislação ao contexto atual, ou somente em favor do trabalhador, enfim muitas definições diferentes para um mesmo fenômeno, qual seja, o repetido apelo de sujeição do Direito do Trabalho a imperativos econômicos. Conforme salienta Orlando Teixeira da Costa:

"A flexibilização é o instrumento ideológico neoliberal e pragmático de que vêm se servindo os países de economia de mercado, para que as empresas possam contar com mecanismos capazes de compatibilizar seus interesses e os de seus trabalhadores, tendo em vista a conjuntura mundial, caracterizada pelas rápidas flutuações do sistema econômico, pelo aparecimento de novas tecnologias e outros fatores que exigem ajustes inadiáveis."<sup>146</sup>

E ainda, nas palavras de Nelson Mannrich:

" A flexibilização exprime o processo de ajustamento das instituições jurídicas às novas realidades da sociedade capitalista. Vincula-se às questões do desemprego, novos processos de administração de produção, dentre outros. Por meio dela, a empresa ajusta sua produção, mão de obra e condições de trabalho às flutuações do sistema econômico".<sup>147</sup>

Na maioria das conceituações o principal argumento apresentado para se operar esta teoria acaba sendo, quase que unanimemente, a apresentação de argumentos vinculado à situação de alterações do sistema econômico diante das crises, o que será refutado mais adiante na pesquisa, por ocasião dos argumentos contrários apresentados para impedir sua proliferação no ordenamento justralhista.

## **2.4 A aplicação prática.**

Para compreender a ideia original da flexibilização das normas trabalhistas, deve-se analisar a sua classificação conforme apresentado em sua gênese fazendo algumas comparações com o direito brasileiro. Retoma-se o conceito de flexibilização de mercado de trabalho, que foi didaticamente subdividido em flexibilização interna e externa e sucessivamente, conforme explana-se a seguir.

A flexibilização interna corresponde à abertura legislativa para celebração e alteração de contratos individuais e, pode-se observar como exemplo o que ocorre no ordenamento brasileiro através da abertura Constitucional do artigo 7º incisos VI, XIII, XXVI, que prevê

<sup>146</sup> COSTA, Orlando Teixeira da. "Direito alternativo ou flexibilização". Revista LTr, São Paulo, nº 52. In: SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de direito do trabalho, cit., v. I, p. 211-212.

<sup>147</sup> MANNRICH, Nelson. A modernização do contrato de trabalho. São Pulo: LTr, 1998, p. 75.

possibilidade de alterações das condições salariais e de jornada de trabalho mediante acordo e convenção coletiva, sendo que estas possibilidades de alteração contratual devem ser consideradas por seguirem a formalidade prescrita do acordo ou convenção coletiva. Assim, ao abordar a flexibilização interna, nos moldes iniciais da teoria da flexibilização, esta refere-se à flexibilização salarial, do horário de trabalho, da jornada de trabalho e flexibilização funcional.<sup>148</sup>

Considere-se então como se opera esta modalidade de flexibilização:

A flexibilização salarial trata da forma de composição do salário pago pelo empregador. Os contratos individuais, nesta modalidade de flexibilização, trariam remunerações variáveis, dependentes do nível de produção e desempenho praticado pelo trabalhador em determinado período. Manter-se-ia se um valor mínimo fixo, que seria majorado pela quantidade produzida ou número de horas trabalhadas.

"De esta forma, lo que se intenta es mantener una parte del sueldo fijo mientras que la otra varíe por productividad alcanzada o por horas trabajadas. La intensidad más alta de este tipo de flexibilidad corta de raíz la parte fija del sueldo, pasando esta a depender de su totalidad de la productividad alcanzada u horas de trabajo efectivamente realizadas."<sup>149</sup>

Ao aplicar esta modalidade de flexibilização à realidade brasileira, provavelmente seriam percebidos alguns obstáculos principiológicos como inalterabilidade e da irredutibilidade salarial que servem de contrapeso à vontade do empregador de alterar a forma remuneratória unilateralmente, porém esta inalterabilidade e irredutibilidade comporta as exceções já apresentadas, que segundo Amauri Mascaro Nascimento seriam:

"A primeira, a redução geral de salários só será lícita se resultante de acordo ou convenção coletiva de trabalho. A segunda refere se a redução do trabalho e do correspondente salário mediante negociações com sindicato. È admitida a redução da jornada de trabalho através de acordo ou convenção coletiva (CF, art 7º, XIII)"<sup>150</sup>

Ou seja, as alterações salariais previstas na Constituição Federal.

Também, ao tratar da questão de redução salarial é conveniente diferenciar redução salarial de remuneração por comissão. A remuneração por comissão é modalidade totalmente aceita no Brasil, principalmente no setor comercial. Difere de redução salarial pois comissão constitui forma exclusiva de remuneração sendo regida por lei específica, ( Lei 3207/1957) e disciplinada, também, pelo artigo 457 § 1º da CLT, sendo totalmente aceitável sua variação,

<sup>148</sup> FERNÁNDEZ, Freddy Arancibia. Flexibilidade Laboral: Elementos Teóricos- Conceptuales para su análisis. Disponível em <<http://www.revistacienciasociales.cl/archivos/revista26/pdf/rcs-art3.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

<sup>149</sup> Ibidem. p. 45.

<sup>150</sup> NASCIMENTO. Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 25 ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 337.

porém possuindo, a comissão, a mesma natureza salarial do salário fixo. Assim a redução salarial visada pela flexibilização refere-se à possibilidade de alteração na base salarial para remunerar conforme desempenho e a produtividade.<sup>151</sup>

As flexibilizações de horário de trabalho e de jornada de trabalho também estão inseridas na flexibilização interna. Nesta modalidade, o contrato individual de trabalho disporia de formas diferenciadas para prestação de serviços. O primeiro subtipo desta flexibilização diz respeito à quantidade de horas a serem trabalhadas, sendo que caberia à empresa administrar a tal quantitativo diário com base na demanda da produção, podendo, assim, intensificar a prestação de serviços em períodos de alta produção e diminuir a quantidade de horas a serem prestadas pelo empregado em períodos de baixa demanda. O segundo subtipo seria a flexibilização de toda a jornada de trabalho, o que possibilitaria à empresa o funcionamento ininterrupto cabendo-lhe a administração da prestação pessoal nos dias e horas que lhes fossem mais convenientes.<sup>152</sup>

"A flexibilização visa atender às necessidades variáveis de mão de obra que a jornada de trabalho a tempo pleno não é capaz de suprir. Desse modo, as empresas passaram a buscar uma "distribuição ótima de tempo de trabalho", através de contratos que contemplem a anualização da jornada de trabalho. Também aumentam os sistemas de horários de trabalho em tempo parcial. Visam, com os primeiros, à redução do "tempo morto" de trabalho e, com os segundos, a utilização plena do potencial produtivo, de acordo com as necessidades. Essas ideias fazem nascer, no Direito brasileiro, a noção de jornada de trabalho como tempo efetivamente trabalhado. No novo modelo de horário de trabalho, o objetivo é o de eliminar os "períodos mortos de trabalho" e limitar as horas extraordinárias."<sup>153</sup>

O objetivo da flexibilização do horário de trabalho é a adequação da necessidade de produção ao tempo que efetivamente o trabalhador prestará seus serviços, reduzindo assim o tempo de trabalho sem aumentar os custos de produção, sendo admitida a contratação a tempo parcial, a anualização da jornada de trabalho, através da implementação de compensação de jornada e horários modulares e ainda a possibilidade de redução da jornada de trabalho, através da livre negociação coletiva. Busca-se ainda, neste caso, o favorecimento ao trabalhador que passaria a ter horários mais adaptáveis às suas próprias necessidades. Como exemplo podemos citar o trabalho da mulher que não se limita às atividades na empresa, mas vai muito além, com os cuidados com os filhos e com a casa, estudos e etc.<sup>154</sup>

Por fim, ainda como subdivisão da flexibilização interna haveria a flexibilização

<sup>151</sup> Ibidem. p. 350.

<sup>152</sup> FERNÁNDEZ, Freddy Arancibia. Flexibilidade Laboral: Elementos Teóricos- Conceptuales para su análisis. Disponível em <<http://www.revistacienciasociales.cl/archivos/revista26/pdf/rca-art3.pdf>>. p. 46. Acesso em: 29 nov. 2016.

<sup>153</sup> NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. Flexibilização do Horário de Trabalho. São Paulo: LTr, 2002. p. 197.

<sup>154</sup> Ibidem.

funcional. Esta compreende a possibilidade de alteração de função do trabalhador dentro da empresa. O conceito de polivalência, ou seja, um trabalhador com capacidade de desenvolver diversas funções seria facilmente direcionado a desenvolver suas funções segundo os interesses de produção, segundo Sérgio Pinto Martins: "são todas as mobilidades internas que o empregador poderá fazer para evitar, até mesmo, a dispensa, de forma a adaptar mão de obras às necessidades organizacionais da empresa. Não se afeta a continuidade do contrato de trabalho."<sup>155</sup>

Nesta mesma direção, Fernández salienta que as alterações funcionais dependem de abertura na legislação trabalhista para que haja legalidade nas alterações de função, sem que resulte um novo contrato de trabalho.

"Ésta dice relación con el el intento de flexibilizar el uso de la fuerza de trabajo. se espera que los trabajadores pudan desarrollar más de una función al interior de la empresa o cambiar de una función a otra cuando se requiera, rotando en distintos puestos de trabajo según las necesidades de la producción. De esta forma un trabajador polivalente o polifuncional será un elemento adaptable de acuerdo a las exigencias o requerimientos de cada momento."<sup>156</sup>

O conceito de flexibilização funcional, conforme apresentado inicialmente pela teoria da flexibilização, seria então a possibilidade de total mobilidade do trabalhador, seja ela em relação ao posto de trabalho, seja em relação à função ocupada, sem que dessa mobilidade houvesse, a grosso modo, alteração financeira, o que por um lado garantiria a empresa manter ou reduzir custos e, por outro lado, garantiria ao trabalhador a possibilidade de se manter empregado.

Outra modalidade de flexibilização é a externa, que também dependeria da abertura legislativa, que pode ser encontrada em determinados países ou regiões, e consiste na forma de contratação de pessoal em modalidades diferentes daquelas tidas como sendo comuns, como a denominada contratação por tempo indeterminado. Busca-se com essa modalidade de flexibilização inserir um contrato individual de trabalho que possibilite uma forma mais ágil e de baixo custo em caso de necessidade de dispensa imotivada. Também é nessa modalidade que se busca a abertura legislativa para as subcontratações, quais sejam, por obra fixa, meio período, trabalhador eventual, trabalhador por hora entre outras modalidades que possam ser mais vantajosas no momento da dificuldade de produção e necessidade de dispensa.<sup>157</sup>

<sup>155</sup> MARTINS, Sergio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. São Paulo: Editora Atlas. 2ª. ed. 2002. p. 39.

<sup>156</sup> FERNÁNDEZ, Freddy Arancibia. Flexibilidad Laboral: Elementos Teóricos- Conceptuales para su análisis. Disponível em <<http://www.revistacienciasociales.cl/archivos/revista26/pdf/rcs-art3.pdf>>. p.47. Acesso em: 29 nov. 2016. p. 47.

<sup>157</sup> MARTINS, Sergio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. São Paulo: Editora..Atlas. 2ª. ed. 2002. p.

Amauri Mascaro Nascimento, no entanto, posiciona-se em relação às modalidades de contrato da seguinte maneira:

"A forma comum é contrato por prazo indeterminado. Não só a forma comum como a presumível em todos os contratos. O contrato por prazo determinado deve ser provado pelo interessado. Observe-se também que o contrato por prazo determinado deve ser uma exceção. Não beneficia o empregado do mesmo modo que o contrato por prazo indeterminado. Nos países em que o empregado tem direito a estabilidade desde o início do contrato do vínculo de emprego, os contratos a prazo são desfavoráveis porque neles não haverá estabilidade. Outra restrição de direitos do trabalhador refere-se ao aviso prévio, indevido tanto no término como na rescisão antecipada."<sup>158</sup>

Assim a ideia de vantajosa, refere-se totalmente às atividades empresariais, sem nada proporcionar ao empregado, diferindo-se do ideal, em que se configuraria um balanceamento de vantagens entre empresa e empregado.

A última modalidade, seria a flexibilização do contrato comercial. Esta modalidade envolve a transformação de contratos individuais de trabalho em contratos comerciais. Depende também de abertura legislativa e é mais conhecida como terceirização. O contrato comercial permite a subcontratação de mão de obra em qualquer fase da produção deixando a empresa contratante com responsabilidade de adimplência somente no contrato principal, enquanto os contratos individuais de trabalho estariam sob a responsabilidade da empresa contratada. Neste ponto também há necessidade de ser levada em conta a situação econômica encontrada no país no momento em que se discute a terceirização e ainda, a forma como a economia tem afetado as taxas de emprego e desemprego.<sup>159</sup>

Seguindo com a análise da teoria da flexibilização das normas trabalhistas, abordar-se-á a forma como esta teoria foi apresentada pela doutrina justrabalhista pátria, especificamente com base nos autores já mencionados, que se tornaram disseminadores desta doutrina que visa a flexibilização das leis em busca de uma maior competitividade empresarial.

Segundo Sergio Pinto Martins, as flexibilizações das normas trabalhistas podem ser observadas quanto: à legalidade; legal ou autorizada, se proveniente de lei, ou ilegal ou ilícita se feita com objetivo de violação de direitos. Também poderá ser classificada como negociada, quando há a possibilidade de flexibilização através de acordos e convenções coletivas, possibilitando assim, disciplinar o tema em questão conforme melhor convier às

---

50.

<sup>158</sup> NASCIMENTO. Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 25 ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 147.

<sup>159</sup> FERNÁNDEZ, Freddy Arancibia. Flexibilidade Laboral: Elementos Teóricos- Conceptuales para su análisis. Disponível em <<http://www.revistacienciasociales.cl/archivos/revista26/pdf/rca-art3.pdf>>. p.48. Acesso em: 29 nov. 2016.

partes.<sup>160</sup>

Observa-se que, em relação à possibilidade de flexibilização ilegal ou ilícita de uma norma, esta deverá ter sido objeto de convenção ou acordo coletivo que criou uma norma alheia a que a legislação permite ou que tenha criado norma sobre legislação em que haja proibição da alteração. Se assim não for, estaríamos diante de uma alteração da finalidade da própria flexibilização, ou seja, a simples supressão de direitos trabalhistas de forma potestativa não pode ser tida como processo de flexibilização e sim como uma situação que revelaria uma situação de desproteção e não de criação de norma ilegal.

A classificação quanto à finalidade da flexibilização, apresentada pelo autor, discorre sobre situações de adaptação, fundamentadas em derrogação de normas existentes, sem se preocupar, inclusive, que durante o processo possa ocorrer a total desproteção do trabalhador em relação àquela norma que foi derogada. A desproteção é o termo utilizado para referir-se à intensidade de aplicação da teoria da flexibilização que acarrete supressão de direitos do trabalhador.<sup>161</sup>

A flexibilização também pode ser classificada pela forma de tratamento dada às normas trabalhistas, que passariam de normas heterônomas para regras mistas onde a intervenção estatal estaria a cargo de uma mínima proteção simplesmente para efetivação dos direitos fundamentais; e os acordos e convenções (normas autônomas) tratariam da forma como seriam efetivamente prestado os serviços. Um terceiro modelo seria o que preconiza uma abertura total para a autonomia da vontade, consoante ao direito contratual civil do código de 1916, em que o estado se abstém totalmente de intervir nas relações particulares.<sup>162</sup>

Outras classificações apresentadas pela doutrina brasileira são semelhantes às apresentadas por Fernández na concepção original da teoria da flexibilização, principalmente quando trata da divisão quantitativa externa e interna, pois discorrem, igualmente, sobre a flexibilização de mercado de trabalho e suas subdivisões, não acrescentando qualquer novidade a elas.

Enfim, a doutrina brasileira almeja uma flexibilização tão aprofundada que busca alteração à própria função do Direito do Trabalho, que deixaria de tutelar direitos eminentemente individuais e passaria a proteger somente direitos fundamentais de cunho coletivo. Abriria mão de proteções pontuais, deixando ao encargo da livre negociação, a

---

<sup>160</sup> MARTINS, Sergio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. São Paulo: Editora. 2ª. ed. Atlas, 2002. p. 39-40.

<sup>161</sup> Ibidem.

<sup>162</sup> Ibidem. p. 41-42

criação de normas de proteção ao caso concreto, (contrato individual de trabalho), que seria regido pelos acordos coletivos, enquanto sua atuação estaria vinculada a proteção dos direitos fundamentais coletivos, discutidos em convenções e em caso de descumprimento destes. E, ainda, sugere uma flexibilização das leis para adequação às diferentes empresas quanto ao seu potencial; se pequenas ou médias empresas restringir-se-ia os direitos trabalhistas visando sua capacidade econômica; se grande ou transnacional, haveria maiores responsabilidades trabalhistas evitando assim o tratamento igualitário, que é apontado como um dos maiores responsáveis pelo fechamento de inúmeras empresas de pequeno e médio porte, e com isso estar-se-ia proporcionando uma "sobrevida às empresas". Isso influenciaria diretamente na capacidade de cada empresa, dentro de sua modalidade, em estabelecer direitos e cumprir com suas obrigações.

Sugere-se que deveria haver tratamento diferenciado para as inúmeras categorias de trabalhador a depender do tipo de função desempenhada, amparando de forma distinta cada categoria dentro de uma mesma empresa. Chega ao ponto de admitir que a flexibilização pode se tornar desregulamentação ou adaptação livre das normas trabalhistas desde que se encontre em momentos de crise econômica.<sup>163</sup>

A ideia de flexibilização das normas trabalhistas apresentada pela doutrina brasileira, com pequenas e raras divergências entre os autores é aquela que sempre foi defendida pelos juristas e doutrinadores favoráveis à aplicação da teoria da flexibilização das normas trabalhistas, através da chamada "reforma trabalhista". Esta reforma trabalhista, por sua vez tem sido a mesma apresentada desde as décadas de 80 na Europa e décadas de 90 no Brasil, com pouquíssimas variações. Porém ao se sobrepôr esta concepção, modelo brasileiro, com a concepção inicial surgida na Europa na década de 70, observa-se que há um alargamento das possibilidades de flexibilização que visam, atualmente, atingir o direito do trabalho.

Assim o que se pode concluir sobre a teoria da flexibilização é que: tendo sido apresentada como forma de reação à crise econômica na Europa, há 4 décadas, esta teoria visava a adaptação das estruturas produtivas, tornando-as totalmente moldáveis às situações atuais e futuras relacionadas ao mercado e a economia. Primeiramente foi aplicada diretamente no setor empresarial, alterando consideravelmente o modelo de produção que passou de modelo Taylorista/Fordista, de acúmulo da produção para o modelo Toyotista; onde a produção se dá a partir de mecanismos de administração "enxutos", como por exemplo o Lean Production (produção enxuta) e Just in Time (pronto atendimento).

---

<sup>163</sup> Ibidem.

"A produção enxuta torna-se rentável na medida em que as empresas passam a não estocar mercadorias- produzidas com alto grau de especialização, porém em pequena escala- atendendo, tão somente às demandas de públicos específicos. Ou melhor, a demanda do mercado é que define o que será fabricado pelas empresas."<sup>164</sup>

Com o sucesso da aplicação da teoria ao setor administrativo, tornando as empresas mais competitivas com a redução dos custos de produção e ainda com o surgimento do fenômeno da globalização, passa-se a visualizar a possibilidade de flexibilizar as relações de trabalho como forma de reduzir ainda mais o custo final do produto e de adaptar as força de trabalho à demanda produtiva. Como a relação de trabalho depende de fatores exteriores à administração da empresa, a aplicação da teoria da flexibilização deverá ser feita a partir das legislações existentes em cada país ou região observando suas peculiaridades.

Porém, a aplicação da teoria da flexibilização enfrenta oposições, dentre as quais se encontra a própria questão historico-social do Direito do Trabalho e ainda, não se opera de forma autônoma, sendo necessário o crivo do legislativo e de um cenário favorável à sua aceitação pela sociedade. Assim, no próximo capítulo tratar-se-á das discussões favoráveis e contrárias a aplicação desta teoria.

---

<sup>164</sup> DELGADO, Gabriela Neves. Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo. São Paulo: LTr, 2003, p. 94.

## CAPÍTULO III.

### 3. AS DISCUSSÕES SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DA FLEXIBILIZAÇÃO NAS NORMAS TRABALHISTAS

#### 3.1 O cenário favorável: globalização, crise econômica, aspectos culturais e sociológicos.

Primeiramente, retome-se a ideia de que os argumentos utilizados em defesa da aplicação da teoria da flexibilização de normas trabalhistas não são atuais, sendo que têm sido repetidos ao longo de mais de 40 anos e em períodos específicos. Sempre que se depara com um contexto de crise econômica, ressurgirão os argumentos favoráveis à aplicação da teoria da flexibilização que, quase sempre é apresentada na forma de uma "necessidade de reformas trabalhistas" como salienta José Pastore:

"A reforma trabalhista, sempre adiada, surge como necessidade imprescindível. O Brasil não pode continuar com uma lei tamanho único para todos os tipos de empresas. Se de um lado uma montadora de automóveis pode pagar as despesas de 103,46% (embora isso passe para o preço), de outro, um salão de barbeiro não tem a menor condição enfrentar a burocracia e gastar mais de R\$ 800,00 para contratar um oficial com um salário de R\$ 400,00".<sup>165</sup>

A necessidade de uma reforma trabalhista não é algo totalmente refutado pelos defensores dos direitos trabalhistas. Assim como estes desejam que sejam feitas a reforma política e a reforma tributária, também desejam alterações nas legislações do trabalho. O problema é que a forma como se deseja operar esta reforma é retirando direitos, o que não se tem admitido.

Analisemos como se desenvolvem os argumentos favoráveis à aplicação da teoria da flexibilização a começar pela globalização e pela crise econômica

A globalização é um fenômeno que pode ser observado em um amplo contexto, para além da economia. Atualmente, quando se fala em conectividade e mídia mundial refere-se à globalização dos sistemas tecnológicos; quando se fala em comunidades estrangeiras instaladas em uma determinada região ou bairro de uma cidade, transcendendo sua cultura e costumes e sendo influenciados por outras culturas e costumes, trata-se de uma forma de globalização; sempre que se fala de aquecimento global ou qualquer outra discussão de assuntos de interesse de uma coletividade internacional, então há relação, também, com a

---

<sup>165</sup> PASTORE, José. As mudanças no mundo do trabalho: leituras de sociologia do trabalho. São Paulo: LTr, 2006. p. 73-110.

globalização.<sup>166</sup>

Porém, o termo globalização por si só remete, quase que de imediato, à sua aplicação na economia e, conseqüentemente, a associá-lo ao sistema capitalista. O capitalismo, por sua vez, pode ser definido como "Um modo de organização Social que gera riqueza e a distribui. Tem por base o trabalho assalariado e por motivação a acumulação abstrata de riqueza abstrata, preferencialmente na forma de dinheiro- o capital."<sup>167</sup> Ocorre, pois, que é a partir da economia do sistema capitalista que se pode observar o desenvolvimento da competitividade empresarial atrelado à expansão do comércio internacional e, neste contexto de movimento expansionista do mercado e do capital, a globalização encontra seus fundamentos.<sup>168</sup> A busca do chamado mercado consumidor, bem como a necessidade de crescimento financeiro do setor privado, são os principais responsáveis pelas diversas formas possíveis de se enxergar a globalização, seja ela a econômica, a social, a cultural, ou qualquer outra.<sup>169</sup>

E ainda, é em meio a crise econômica que se encontra a gênese da globalização, que deve ser entendida como forma de reação do capitalismo em prol da superação da crise,<sup>170</sup> tendo sido responsável pelo aumento da competitividade entre as empresas, tornando necessária a sua expansão internacional. Em meio à crise do petróleo da década de 70, tanto as empresas petrolíferas quanto as empresas dos demais setores produtivos foram estimuladas a aumentar a competitividade e expandirem além de seus territórios nacionais em busca de meios para sua própria sobrevivência. A crise econômica e a globalização geraram uma nova perspectiva empresarial, a redução do custo e incremento de melhores benefícios de seus produtos, ou seja, melhores produtos com menores custos de produção.<sup>171</sup> Para alcançar esta nova perspectiva seria então necessária a redução dos custos de produção, através da qualificação da mão de obra, da automação das empresas e da diminuição do custo do trabalho.

Aliás, em se tratando de custo do trabalho era defendida a hipótese de que se houvesse a necessidade de redução da mão de obra por determinada empresa, o custo nas demissões

<sup>166</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. O Direito do trabalho como instrumento de Justiça Social. São Paulo: Ltr, 2000. p. 127.

<sup>167</sup> MORAIS, Lécio. A Crise Capitalista Contemporânea e suas Conseqüências Econômicas e Políticas no Sistema Internacional. In: Crise Financeira Mundial: Impactos Sociais e no mercado de trabalho. BISPO, Carlos Roberto; MUSSE, Juliano Sander et al. (org.). Brasília: ANFIP, 2009. p. 45.

<sup>168</sup> MARTINS, Sergio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. São Paulo: Editora. 2ª. ed. Atlas, 2002. p. 43.

<sup>169</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. O Direito do trabalho como instrumento de Justiça Social. São Paulo: Ltr, 2000. p. 127-128.

<sup>170</sup> Ibidem. p. 127-128.

<sup>171</sup> MARTINS, Sergio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. São Paulo: Editora. 2ª. ed. Atlas, 2002. p. 43.

afetaria diretamente os lucros da empresa, e, desta forma, este encarecimento causado pelo "custo do trabalho" inviabilizaria novas contratações. Assim sendo, a simples redução deste custo através da diminuição das indenizações por despedida imotivada seria suficiente para aumentar as contratações em momento posterior à crise. Este seria um argumento utilizado para justificar a flexibilização das legislações que se relacionam com os custos de demissão. Outro empecilho levantado neste momento foi o de que seriam altos os custos de contratação formal do trabalhador e o encarecimento da mão de obra causado pelo Direito do Trabalho.<sup>172</sup>

Desta forma, haveria a necessidade de revisão e, conseqüentemente, abrandamento das normas heterônomas do direito do trabalho para que se pudesse atingir um custo aceitável de produção, sendo que este seria responsável pela garantia dos postos de trabalho. Esse abrandamento na legislação teria sua razão de ser a partir do incremento que a pós-modernidade trouxe consigo, pois, para além de novas tecnologias, novas formas de prestação de serviços foram criadas, e estas se diferenciam substancialmente daquelas que, no início do século XIX foram responsáveis pelo surgimento do Direito do Trabalho como ramo autônomo e protetivo. E, ainda em contexto de pós-modernidade, o paradigma industrial passou para pós-industrial, onde atualmente não há somente interesses dos empregados "formalmente contratados pela indústria", mas há interesses dos trabalhadores supostamente informais, assim denominados por não terem formalizadas suas relações de trabalho, e que se contrapõem aos interesses da própria empresa por com elas concorrer em termos de permanência no mercado, e que somaram, no fim de 2016, o total de 22,1 milhões de brasileiros.

Esta seria uma das situações que estariam forçando as relações de trabalho a uma autonomia negocial; uma prevalência das normas, sejam elas individuais ou coletivas autônomas, sobre as normas heterônomas.<sup>173</sup>

Outra situação que gera a reivindicação da flexibilização é aquela encontrada no custo do trabalho. No desdobramento deste custo são inseridos os encargos sociais. Há sempre uma reivindicação, talvez equivocada, de que os encargos sociais estariam inclusos no custo do trabalho, mas um e outro seriam de naturezas distintas. Como exemplo, pode-se citar o vale

---

<sup>172</sup> LYON-CAEN apud ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Flexibilização do Direito do Trabalho: crise econômica, novas tecnologias e política social do Estado. São Paulo: Revista LTr, 1990, vol. 54, nº 4, pg. 430-434.

<sup>173</sup> RÜDIGER, Dorothee Susanne (Coord.). Tendências do Direito do Trabalho para o Século XXI. São Paulo: LTR, 1999, p. 236.

alimentação e vale transporte, que nas planilhas dos empregadores são classificados como encargos sociais, mas em consonância com as normas do Programa de Alimentação do Trabalhador, o vale alimentação pode ser deduzido em dobro o valor gasto. O mesmo acontece com vale transporte; ambos não constituindo, assim, uma despesa real.<sup>174</sup> Outra atribuição equivocada é o FGTS e a multa de 40%, que na verdade correspondem a uma forma de flexibilização articulada pelo empregador/empresa em desfavor da estabilidade decenal e à vedação da dispensa sem justa causa, mesmo antes de se falar em teoria da flexibilização.<sup>175</sup>

Arnaldo Süssekind conceitua o FGTS e a multa de 40% da seguinte maneira:

"O FGTS corresponde a créditos do trabalhador, que se acumulam mediante depósitos mensais em conta vinculada, enquanto a indenização de antiguidade, agora denominada de compensatória, se esteia na responsabilidade objetiva do empregador por denunciar o contrato de trabalho arbitrariamente ou seja, sem justa causa"<sup>176</sup>

A natureza jurídica do FGTS e da multa de 40% não é pacificada pela doutrina, e transita, desde uma natureza híbrida, por constituir crédito do trabalhador, obrigação do empregador e contribuição social, no âmbito da sociedade, até a salário diferido, ou indenização.<sup>177</sup> Diante desta indefinição e da forma como foi constituído, não se pode incluir este ao rol das contribuições sociais por, inclusive, ter surgido através de reivindicação patronal.

Erroneamente, a partir do entendimento de que estes custos seriam sociais, concluir-se-ia que constituem, portanto, empecilhos ao desenvolvimento das atividades empresariais. Essa forma de pensamento tem sido repetida ao longo dos anos e foi intensificada nas décadas de 80 e ecoa até os dias atuais. O objetivo desta premissa é apresentar uma crise econômica causada principalmente pelos altos custos dos encargos trabalhistas, o que não se verifica verdadeiro, pois é possível demonstrar que é a partir da "saúde financeira" do trabalhador que se observa, por exemplo, o crescimento da economia de um determinado local. Trabalhador e consumidor se confundem, quase que na totalidade, em uma mesma pessoa. O ciclo produção/consumo/lucro/produção, passa necessariamente pelas mãos e bolsos dos trabalhadores.

<sup>174</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. O Direito do trabalho como instrumento de Justiça Social. São Paulo: Ltr, 2000. p. 173.

<sup>175</sup> Ibidem .

<sup>176</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. Direito Constitucional do Trabalho. 3.ed. (ampl.e atual.). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 150.

<sup>177</sup> Ibidem.

Atualmente, este argumento perdeu sua força e não tem sido amplamente utilizado, pois desde aquela época já havia sido eficazmente combatido através do levantamento de outros fatores que foram responsáveis pelo desemprego, como a abertura de mercado para produtos estrangeiros, a valorização da moeda nacional, que possibilitou a compra de produtos importados a custos iguais ou inferiores aos nacionais, elevação das taxas de juros, baixa qualificação de mão de obra.<sup>178</sup> Também foi responsável pela desmistificação do custo do trabalho, a demonstração de que em outros países, a exemplo, Estados Unidos da América, Japão e oeste europeu o custo efetivo com a contratação formal chega a oito vezes mais que o Brasil.

"Em primeiro lugar, torna se difícil, senão impossível crer seja o desemprego causado, no Brasil, pelos custos de contratação formal do trabalhador. Os salários pagos no país mostram se, em média, bastante inferiores aos praticados em outros países (...). Logo, por mais elevados que apresentem os encargos incidentes sobre a remuneração, ainda que atinjam 100% ou mais do salário nominal estabelecido, como tanto se apregoa, sempre permaneceria bastante baixo o custo total e final do trabalho subordinado no Brasil, não podendo explicar, por si só, o crescimento do desemprego"<sup>179</sup>

Outro argumento utilizado é que se utilize da teoria da flexibilização para atribuir tratamento trabalhista diferenciado para as diferentes categorias de empresas, uma vez que o Direito do Trabalho trata de forma igual todas as modalidades empresariais sem levar em conta suas peculiaridades. Nesse sentido também é defendida que no âmbito de uma reforma tributária, a carga com tributos diretamente ligados ao trabalhador seja igualmente alterada para privilegiar, por exemplo, as micro e pequenas empresas.<sup>180</sup>

Ainda dentro do tema globalização e crise econômica abordaremos as questões referentes ao desenvolvimento econômico e tecnológico por estarem estritamente ligados, o desenvolvimento tecnológico com a globalização e o econômico com a crise econômica.

Segundo Sergio Pinto Martins, países em desenvolvimento estão suscetíveis à flexibilização para que haja manutenção e criação de postos de trabalho. Por outro lado, países desenvolvidos flexibilizam suas relações de trabalho para diminuir o desemprego. Quanto ao desenvolvimento tecnológico, o incremento de maquinários de última geração e da automação seria também, fator causador da redução dos postos de trabalho.

<sup>178</sup> MALETT, Estevão. Temas de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1998, p. 87.

<sup>179</sup> Ibidem.

<sup>180</sup> PASTORE, José. As mudanças no mundo do trabalho: leituras de sociologia do trabalho. São Paulo: LTr, 2006. p. 112.

"A Inglaterra foi o primeiro país a dar salto rumo à sociedade industrial. Depois de acumular sucessivamente os dividendos do mercantilismo colonial, desenvolver tecnologias produtivas (como a eletricidade, o motor a vapor e o tear automático) e da conquista do poder político pela burguesia, essa nação estava pronta para a era industrial. A criação de novas tecnologias gerou o desemprego e contribuiu para a exploração da mão de obra, uma vez que a demanda de trabalhadores superava em muitas vezes a oferta de empregos."<sup>181</sup>

A industrialização obteve os mesmos resultados em todos os lugares por onde passou e mais modernamente, as inovações tecnológicas se prestam, quase sempre, ao mesmo destino da industrialização: o aumento do desemprego. Consequentemente, tentando reduzir as taxas de desemprego, são utilizados argumentos de que é necessário enfrentar a modernização tecnológica com a aplicação da teoria da flexibilização.<sup>182</sup> Ou seja, se o país industrializado se utiliza da flexibilização para reduzir o índice de desemprego, e o país em desenvolvimento se utiliza desta mesma flexibilização para manter os empregos, não haveria alternativa para enfrentar a modernidade que não fosse flexibilizar as normas trabalhistas para manutenção do emprego. Ironicamente, no dizer popular estaríamos diante do provérbio: "se correr, o bicho pega, se ficar, o bicho come".<sup>183</sup>

No que diz respeito às questões culturais, um dos argumentos apresentados em favor da criação e aplicação da teoria da flexibilização está relacionado, no âmbito cultural, ao aumento de mão de obra ocasionado pela inserção da mulher no mercado de trabalho em concorrência direta aos homens, ao passo que não houve aumento de postos de trabalho na mesma proporção.<sup>184</sup> Segundo José Pastore o século XX marcou positivamente o rol de conquistas das mulheres que se dedicaram à escolarização, em todos os níveis acadêmicos, inclusive superando consideravelmente os homens. Também se lançaram em mercados de trabalho onde, anteriormente, a predominância era masculina e tornaram-se empreendedoras. Esses fatores elevaram as possibilidades de contratação das mulheres, inclusive, nos cargos de gestão e conseqüentemente a todo o exposto, houve equiparação na qualificação técnica e uma considerável redução na desigualdade salarial.<sup>185</sup>

<sup>181</sup> NASCIMENTO, Sonia A.C. Mascaró. Flexibilização do horário de trabalho. São Paulo: LTr, 2002. p.19.

<sup>182</sup> MARTINS, Sergio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. São Paulo: Editora. 2ª. ed. Atlas, 2002. p. 43

<sup>183</sup> Com todo respeito ao autor, ironizamos sua posição pois, redundantemente, não traz alternativa a uma não flexibilização, dando a entender que qualquer que seja a situação econômica do país, seja em desenvolvimento ou desenvolvido, a saída é a flexibilização das normas trabalhistas.

<sup>184</sup> MARTINS, Sergio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. São Paulo: Editora. 2ª. ed. Atlas, 2002. p. 44-45.

<sup>185</sup> PASTORE, José. As Mudanças no mundo do trabalho: leituras de sociologia do trabalho. São Paulo: LTr, 2006, p. 53-54.

Sociologicamente argumenta-se sobre o arcaísmo da legislação trabalhista.<sup>186</sup> Em países como Espanha e Portugal, a flexibilização das normas trabalhistas tiveram por base uma modernização do Direito do Trabalho e já é uma realidade desde meados dos anos 2000. No Brasil a esse respeito, Carolina Masotti Monteiro escreveu que muitos foram os "ataques históricos à legislação trabalhista", desde argumentações políticas e ideológicas até a sociológica ou, conforme se denominou, um ataque cronológico. Sociologicamente, haveria uma incompatibilidade da legislação trabalhista, pois esta foi instituída na década de 40 e não estaria apta a resolver os conflitos da modernidade. Esta argumentação aponta para uma realidade de desenvolvimento econômico no Brasil, considerável, desde 1940, sem levar em conta que este desenvolvimento econômico não foi acompanhado pelo seu equivalente desenvolvimento social, o que seria tão necessário quanto.<sup>187</sup>

Ainda no contexto sociológico, levantam-se questões sobre a criação da Consolidação das Leis do Trabalho na era Vargas. Esta teria seguido o modelo fascista apresentado pela "Carta del Lavoro Italiana"<sup>188</sup> e, portanto, já não condizia com a realidade socioeconômica da época e, principalmente, com a realidade atual.

### **3.2 A rigidez da norma e as alterações propostas.**

O Estado de bem-estar social, marcado pelo intervencionismo e pela ideia de que esse mesmo Estado seria responsável pelo amparo e provisão de seus súditos seria uma ideia demasiadamente ultrapassada segundo argumentam os defensores da flexibilização das normas trabalhistas. A característica marcante de um novo modelo de Estado que se tentava adotar no Brasil na década de 90 é de um estado mínimo e não intervencionismo, idealizado pelas ideias neoliberais. Desta forma, não seria mais admissível que as relações entre particulares continuassem a serem ditadas pelo Estado, pois dessa forma não se prestigiariam a vontade das partes e esta ideia seria aplicada, também às relações entre empregador e empregado.<sup>189</sup> Este foi o argumento utilizado na Europa no início dos anos 80 e repetido no Brasil na década de 90.

Ainda na década de 90, paralelamente aos ideais neoliberais, surge a necessidade de uma reorganização econômica levando-se em conta as diretrizes do Banco Mundial, para

---

<sup>186</sup> MARTINS, Sergio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. São Paulo: Editora. 2ª. ed. Atlas, 2002. p. 44-45.

<sup>187</sup> MONTEIRO, Carolina Masoti. Ataques históricos à legislação trabalhista. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto (Coord.). O mito 70 anos da CLT: um estudo preliminar. São Paulo: Ltr., 2015. p. 221-227.

<sup>188</sup> Carta del Lavoro 21 de aprile de 1927. < Disponível em: <<http://www.historia.unimi.it/sezione/fonti/codificazione/cartalavoro.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2016

<sup>189</sup> MARTINS, Sergio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. São Paulo: Editora. 2ª. ed. Atlas, 2002. p. 128-133.

quem o Direito do Trabalho constitui entrave aos imperativos econômicos e a flexibilização das normas de trabalhistas se torna essencial. Assim, os alicerces da teoria da flexibilização são, quase que na sua totalidade, construídos sobre pressupostos econômicos e de mercado. A recuperação da economia e diminuição do desemprego estariam intrinsecamente ligados à mudança no núcleo das leis trabalhistas, argumentando, inclusive, que uma vez que as relações de trabalho se tornaram dinâmicas no mundo pós-industrial, o próprio Direito do Trabalho em breve "não fará mais parte da realidade do mundo do trabalho", se não se adequar a essa nova realidade. Essa foi a conclusão de Cássio Mesquita Barros, ainda em 2003.<sup>190</sup> Porém, esta previsão, mesmo depois de mais de uma década não se concretizou, pois, o Direito do Trabalho continua existindo quase que exatamente como era naquele momento.

Ainda, em relação à rigidez apresentada pelas normas trabalhistas, estas seriam incompatíveis com a realidade atual das relações de trabalho e a necessidade de uma alteração na forma como são compostas, seja em tempo de crise econômica ou não, torna-se o principal argumento para necessidade de flexibilização. E é neste contexto que a ideia flexibilizadora ganha força, ou seja; sempre que um determinado país, bloco político, ou até mesmo o mundo, se depara com uma possível crise econômica, surgem os discursos sobre a necessidade de se modificar a forma como são tratadas as relações de trabalho, pois estas teriam uma parcela considerável de responsabilidade pela crise, ou, se não forem diretamente responsáveis pela crise, serão meios pelos quais se superará a crise.

Atualmente, no Brasil, todo movimento de flexibilização de normas trabalhistas tem sido ligado aos adeptos de ideais neoliberais. Entretanto, na prática, a flexibilização já foi iniciada com a sanção, pelo governo, de normas tidas por flexibilizadoras, ainda no governo social iniciado em 2003 através da eleição do presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Seja por meio de leis ou decisões da suprema corte brasileira, a flexibilização estaria vagarosamente permeando o ordenamento jurídico brasileiro, e isso também constitui argumento favorável à aplicação da teoria da flexibilização. A disseminação de pequenos focos de flexibilizações pode ser entendida como mais argumentos para uma implantação completa desta teoria, pois

---

<sup>190</sup> BARROS, Cássio Mesquita. O futuro do Direito do Trabalho. In: ZAINAGHI, Domingos Sávio; FREDIANI, Yoni. (Coord). *Novos rumos do Direito do Trabalho na América Latina*. São Paulo: LTr, 2003. p.11-22.

se aproveita de momentos de estabilidade política ou de tensões sociais para se efetivar, garantindo a aceitação paulatina dos efeitos da flexibilização.<sup>191</sup>

O atual discurso sobre flexibilização defende que a legislação deveria somente prescrever direitos que sejam aplicáveis à coletividade dos trabalhadores como direito fundamental, e o que for peculiar a cada categoria deveria ser amparado por acordo e/ou convenção coletiva. Atualmente, a argumentação favorável à aplicação da teoria se restringe à necessidade de que as convenções e acordos coletivos de trabalho se sobreponham à legislação infraconstitucional uma vez que aquelas representam uma adequação fática à realidade. Para justificar a ideia de sobreposição da norma autônoma sobre a heterônoma é invocada a aplicação de duas Convenções emanadas da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de nº 98/49<sup>192</sup> e 154/81<sup>193</sup>, posteriormente ratificadas pelo Brasil, que dispõem sobre a forma como deve ser abordada a atividade sindical e as convenções e acordos coletivos. Inclusive esta é a justificativa apresentada no atual projeto de lei número 4962/16, que pretende a alteração do artigo 618 da Consolidação das Leis Trabalhista, que passará a dispor que "as condições de trabalho, ajustadas mediante convenções ou acordo se coletivo de trabalho prevalecem sobre o disposto em lei".<sup>194</sup>

A própria ideia de direito do trabalho como fundamental social é colocada em xeque quando se levanta o questionamento sobre a real conceituação de direito fundamental, no qual o termo deveria ser utilizado somente quando inerente a todos os seres humanos, conforme sua concepção jusnatural. Também se questiona que não há necessariamente um ramo de direito que seja única e especificamente social, pois todo o Direito está para benefício da sociedade, assim todo ramo do direito tem cunho social, pois foram criados para proporcionar o bem-estar social.<sup>195</sup> Com esse argumento, intenta-se quebrar a resistência à aplicação da flexibilização, pois desmistificaria as discussões contrárias.

---

<sup>191</sup> Como momento de estabilidade política podemos citar o atual momento brasileiro, onde o representante do executivo tem a maioria dos votos do Congresso Nacional e assim consegue aprovar medidas entendidas como polêmicas. Também é possível visualizar a questão da tensão social no mesmo contexto, ou seja, em nome da redução do atual índice de desemprego o cidadão se torna inerte frente a alterações legislativas que em momentos de maior desenvolvimento não toleraria.

<sup>192</sup> OIT 98/1943. Disponível em: <[http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT\\_098.html](http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_098.html)> . Acesso em: 06 dez. 2016.

<sup>193</sup> OIT 154/81. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and\\_1256-94.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and_1256-94.pdf)> Acesso em: 06 dez. 2016.

<sup>194</sup> PL 4962 de 2016. Disponível em : <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1452540.pdf>> acessado em: 06 dez. 2016.

<sup>195</sup> Martins, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 11.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2000, p.53.

No que diz respeito as alterações propostas, a teoria da flexibilização visa atingir temas específicos do Direito do Trabalho mesmo quando apresentada de forma genérica, como é o caso da alteração pretendida do artigo 618 da Consolidação das Leis do Trabalho. A prevalência do "negociado sobre o legislado" tem como objetivo garantir a autonomia negocial em determinados institutos que, pela rigidez atribuída pela atual normatização, impossibilitariam o empregador de manter o posto de trabalho em situações de crise. Dentre os temas do Direito do Trabalho que devem ser flexibilizados, segundo a doutrina favorável, tem-se o salário e sua forma de composição. A Constituição Federal, no seu artigo 7º, inciso VI, consagrou o princípio da irredutibilidade salarial, anteriormente disposto a partir da interpretação do artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, porém mitigou seu efeito atribuindo a possibilidade de redução à convenção coletiva. Mas esta redução já era anteriormente disciplinada pela legislação que a condicionou à proporcional redução correspondente na jornada de trabalho conforme se pode visualizar através da Lei 4.923 de 1965, que possibilitou em seu artigo segundo a redução da jornada de trabalho em até 25 % com conseqüente redução salarial e por um período máximo de três meses prorrogáveis por mais três meses, para as empresas que se encontrarem em comprovada dificuldade econômica, obedecida a deliberação sindical, votada a aceitação ou não da medida apresentada.

Em 2015, diante da crise econômica foi editada a medida provisória 680 de 6 de julho posteriormente transformada na Lei 13.189 de 2015 com alterações dadas pela Medida Provisória 761 de 2016. Atualmente, esta lei institui o Programa de Seguro-Emprego, responsável pela preservação dos postos de trabalho em momentos de retração econômica e em seu artigo 5º, amplia a redução na jornada de trabalho de 25% da lei 4923/65 para até 30%, com conseqüente redução salarial na mesma proporção, mediante convenção coletiva.

Esta medida direciona trabalhadores que recebem seus salários, tendo por critério o tempo de serviço, seja ele efetivamente prestado ou à disposição da empresa, sem qualquer critério de diferenciação. Assim, torna-se facilmente criticável e motivo de interesse de aplicação da flexibilização, pois, segundo Américo Plá Rodrigues, "apresenta inconvenientes; é impreciso, é injusto e não favorece o rendimento".<sup>196</sup>

---

<sup>196</sup> É impreciso porque remunera da mesma forma qualquer classe e quantidade de trabalho, tanto o trabalhador mais ativo, hábil, como o incapaz..., injusto não só porque remunera igualmente esforços desiguais, mas também porque se o trabalhador aumenta seu esforço o empregador se beneficia com um preço de custo diminuído sem que o trabalhador participe dessa vantagem; não favorece o rendimento, porque o trabalhador não tem interesse

Outras formas de flexibilização do salário então estariam relacionadas, não a um período sazonal ou específico de crise, mas sim à questão produtiva da empresa, ou seja, relacionam-se ao salário pago por produção ou por tempo efetivamente trabalhado, mesmo que seja necessário manter uma quantia mínima, pré-fixada como o valor atribuído pela Constituição Federal no artigo 7º, inciso IV, (salário mínimo), que então seria acrescido de outras remunerações provenientes da produtividade do empregado e/ou da produção empresarial.<sup>197</sup>

Argumenta-se assim que, havendo possibilidade de flexibilizar salários, haveria a possibilidade de adequação do empregador aos momentos de crise ou de maior ou menor produtividade da empresa, garantindo-se assim uma maior empregabilidade.

Outro tema recorrente na discussão sobre flexibilização é a jornada de trabalho. Flexibilizar o horário de trabalho, segundo a argumentação favorável, traria benefícios à qualidade de vida do trabalhador, que passaria a dispor de mais tempo livre para se dedicar às atividades recreativas ou educacionais, possibilitaria um maior nível de satisfação pessoal e, conseqüentemente, aumentaria a produtividade na empresa.<sup>198</sup>

No que diz respeito ao contrato de trabalho, a flexibilização também apresenta modificações substanciais. Conforme já mencionado anteriormente, uma forma de flexibilizar o contrato de trabalho individual seria a substituição deste por um contrato comercial, através da ampliação da terceirização de mão de obra discutida no Congresso Nacional através do Projeto de Lei 4330 de 2004. Defende este projeto a possibilidade de contratação terceirizada para todas as atividades, abandonando o entendimento atual da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que admite a terceirização somente para as atividades denominadas "atividades meio".

A possibilidade de contratação por tempo determinado e contratação temporária também é reivindicada como forma de flexibilização, pois a primeira flexibiliza o custo de dispensa do trabalhador, não havendo a imposição da multa de 40% em caso de dispensa do empregado e com redução dos custos com encargos sociais, e a segunda pretende atender à necessidade transitória da empresa em relação à produtividade e, assim sendo, ambas divergem da forma normal de contratação amparada pela legislação, que seria a contratação por tempo indeterminado e que gerariam custos demasiados e prejudiciais ao

---

no resultado. RODRIGUEZ, Américo Plá apud. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação Ao Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1999. p. 322.

<sup>197</sup> MARTINS, Sergio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 72.

<sup>198</sup> Ibidem. p.68.

desenvolvimento da atividade da empresa.<sup>199</sup>

Outros modelos de contrato de trabalho surgiram nos últimos anos como modelos flexibilizatórios e que atenderiam interesses econômicos quando necessário. Entre eles, pode-se encontrar aquele regulamentado pela medida provisória 2164-41/2001 que acrescentou à CLT os artigos 58-A, 130-A, 476-A, dispondo sobre o contrato para trabalho a tempo parcial. Este contrato de trabalho idealiza a prestação de serviço por períodos reduzidos, com proporcionais reduções salariais e do período de férias, observada a necessidade de negociação coletiva e privilegiando aqueles que por particularidades não podem trabalhar todo período, como exemplo, estudantes e mulheres que dividem a vida doméstica com a profissional, além de proporcionar renda extra para os demais trabalhadores que podem ser contratados por algumas horas do dia.<sup>200</sup>

O contrato de trabalho em domicílio, amplamente celebrado nos dias atuais, também é um tipo de contrato de trabalho que flexibiliza a forma de prestação de serviços. Neste contrato é possível verificar a flexibilização em relação à subordinação, pois não haverá interferência direta sobre o empregado como acontece quando a prestação ocorre no domicílio da empresa, mas haverá comprovação da relação de trabalho através do controle sobre a produção.<sup>201</sup>

A utilização de medidas que flexibilizam as normas trabalhistas existe desde sempre.<sup>202</sup> Desde que se constituiu uma normatização que amparou a classe trabalhadora, surgiram os movimentos de flexibilização destas normas por parte dos empregadores. Porém, a corrente favorável à flexibilização não se restringe somente aos empregadores, mas possui adeptos em diversos seguimentos da sociedade, seja político, judicial ou até mesmo entre os sindicatos.

No cenário político, constantemente encontram-se projetos de alteração normativa que visam à flexibilização dos direitos trabalhistas, como os Projetos de Lei<sup>203</sup>, que tramitam há

<sup>199</sup> MARTINS, Sergio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 51-55.

<sup>200</sup> Ibidem. p 59-65.

<sup>201</sup> MARTINS, Sergio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 57-58.

<sup>202</sup> MONTEIRO, Carolina Masoti. Ataques históricos à legislação trabalhista. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto (Coord.). O mito 70 anos da CLT: um estudo preliminar. São Paulo: Ltr., 2015. p. 221-227.

<sup>203</sup> Regulamentação da terceirização sem limite permitindo a precarização das relações de trabalho (PL 4302/1998 – Câmara, PLC 30/2015 – Senado, PLS 87/2010 – Senado); Instituição do Acordo extrajudicial de trabalho permitindo a negociação direta entre empregado e empregador (PL 427/2015 – Câmara); Impedimento do empregado demitido de reclamar na Justiça do Trabalho (PL 948/2011 – Câmara e PL 7549/2014 – Câmara); Suspensão de contrato de trabalho

décadas no Congresso Nacional e que, vez ou outra, mudam sua roupagem, mas que, na íntegra, intentam flexibilizar as normas trabalhistas. Isso ocorre desde há muito tempo, como por exemplo em 1966, com a aprovação de leis, como a Lei do FGTS (Lei 5107 de 1966 e atual Lei 8039 de 1990), que mitigam a estabilidade decenal. E ainda, contamos com as medidas provisórias editadas em meio às crises econômicas em nome de um bem maior, que flexibilizam direitos sem o crivo do Congresso Nacional.

É em meio ao cenário político que se encontram os maiores pressupostos de concretização da aplicação da Teoria da Flexibilização. As manipulações político-partidárias, são às mais ofensivas ao Direito do Trabalho, pois quando favoráveis a interesses de governo, aprovam leis que objetivam flexibilizar indiscriminadamente, sob os argumentos próprios dos defensores da aplicação da Teoria da Flexibilização. Estes argumentos, como veremos mais adiante, revestem-se de principalmente de justificativas econômicas em detrimento de outras fundamentais sociais.

A, já mencionada, reforma trabalhista foi recentemente acolhida pelo Congresso Nacional, sob o regime de urgência e mesmo debaixo de protestos sobre a necessidade maiores debates em relação às consequências e ao impacto social que causará, as alianças político-partidárias tornaram-se a principal responsável por sua aprovação.

O judiciário também colaborou com a aplicação da flexibilização e preparou o cenário

---

(PL 1875/2015 – Câmara); Prevalência do negociado sobre o legislado nas relações trabalhistas (PL 4193/2012 – Câmara e PL 4962/2016 - Câmara); Prevalência das Convenções Coletivas do Trabalho sobre as Instruções Normativas do Ministério do Trabalho (PL 7341/2014 –Câmara); Livre estimulação das relações trabalhistas entre trabalhador e empregador sem a participação do sindicato (PL 8294/2014–Câmara); Regulamentação do trabalho intermitente por dia ou hora (PL 3785/2012–Câmara); Estabelecimento do Código de Trabalho (PL 1463/2011–Câmara); Redução da jornada com redução de salários (PL 5019/2009–Câmara); Vedação da ultratividade das convenções ou acordos coletivos (PL 6411/2013 – Câmara); Criação de consórcio de empregadores urbanos para contratação de trabalhadores(PL 6906/2013 – Câmara); Regulamentação da emenda constitucional 81/2014, do trabalho escravo, com supressão da jornada exaustiva e trabalho degradante das penalidades previstas no Código Penal (PL 3842/2012 – Câmara, PL 5016/2005 – Câmara e PLS 432/2013 – Senado); Estabelecimento do Simples Trabalhista criando outra categoria de trabalhador com menos direitos (PL 450/2015 – Câmara); Susta a Norma Regulamenta 12 sobre Segurança no Trabalho em Máquinas e Equipamentos(PDC 1408/2013 – Câmara e PDS 43/2015 – Senado); Execução trabalhista e aplicação do princípio da desconsideração da personalidade jurídica (PL 5140/2005 – Câmara); Deslocamento do empregado até o local de trabalho e o seu retorno não integra a jornada de trabalho (PL 2409/2011 – Câmara); Estabelecimento da jornada flexível de trabalho (PL 2820/2015 – Câmara e PL 726/2015 – Câmara); Estabelecimento do trabalho de curta duração (PL 3342/2015 – Câmara); Aplicação do Processo do Trabalho, de forma subsidiária, as regras do Código de Processo Civil. (PL 3871/2015–Câmara); Reforma da execução trabalhista (PL 3146/2015 – Câmara). Disponível em < <http://www.diap.org.br/index.php/noticias/agencia-diap/25839-55-ameacas-de-direitos-em-tramitacao-no-congresso-nacional>> Acesso em: 15 dez. 2016.

para uma maior aceitação da flexibilização. Neste caso, não se tratou de decisões de tribunais regionais, pois estas podem ser revistas pelos tribunais superiores, não sendo de aplicação erga omnes, apesar de constituírem flexibilizações de fato aos reclamantes por elas atingidos após seu trânsito em julgado. As decisões que realmente importam são aquelas que, tomadas no seio do Supremo Tribunal Federal ao decidir conflitos que atinjam toda a população trabalhadora no Brasil, flexibilizam normas trabalhistas desconstituindo entendimentos e direitos há muito consagrados. As decisões que mais flexibilizaram nos últimos anos foram: Prescrição quinquenal do FGTS<sup>204</sup>, que retirou o entendimento, anteriormente consolidado e sumulado através da súmula 362 do TST, de que o prazo prescricional para reclamação sobre o não recolhimento do FGTS era de 30 anos (trintenário), declarando a inconstitucionalidade do dispositivo e fixando novo entendimento de que se deve observar a prescrição constitucional dos direitos trabalhistas, enunciados pela Constituição Federal de 1988, que são de cinco anos (quinquenais);

Também, o novo entendimento sobre a quitação geral nos planos de demissão voluntária<sup>205</sup>; esta decisão também contraria entendimento anterior, pois considera válida a quitação ampla e irrestrita do contrato de trabalho, em casos em que haja previsão expressa no acordo coletivo que ensejou. Com isso, o funcionário que aderir ao PDV não terá êxito ao recorrer ao judiciário trabalhista, caso se depare posteriormente à demissão, com violações de seus direitos.

A prevalência do negociado sobre o legislado<sup>206</sup>: talvez seja a mais comemorada entre aqueles que militam pró flexibilização. Ter a garantia de que a autonomia da vontade se sobreporá à heteronímia da legislação é o principal ponto de discussão dos atuais Projetos de Lei, inclusive, sendo a base da reforma trabalhista proposta pelo atual Presidente da República. Em discussão sobre pagamento de horas in itinere, a decisão do Supremo alterou o entendimento anterior de que com promulgação da Lei 10.243 de 2001 que insere parágrafo 2º ao artigo 58 da Consolidação das Leis do Trabalho, a norma sobre horas in itinere estariam postas como normas de ordem pública, impossibilitando sua supressão por meio de convenção coletiva<sup>207</sup>, para validar a possibilidade de total afastamento das horas se o acordo

<sup>204</sup> Agravo Regimental 709.212 . Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianticiastf/anexo/are709212voto.pdf>> Acesso em: 15 dez. 2016.

<sup>205</sup> Recurso Extraordinário 590.415 <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE590415Voto.pdf>> Acesso em: 15 dez. 2016.

<sup>206</sup> Recurso Extraordinário 895.759. Disponível em < [www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310267537&tipoApp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310267537&tipoApp)> Acesso em: 16 dez. 2016.

<sup>207</sup> Voto da ministra Rosa Weber no E-RR-108900-92.2007.5.09.0669. Disponível em:< <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numer>

estiver dentro dos limites da razoabilidade, ou seja, houver contrapartida. Ao analisar a decisão, torna-se evidente a propensão do Tribunal Constitucional em aplicar "o negociado sobre o legislado" e fortalecer a teoria da flexibilização.

Outro tema que foi submetido ao Supremo Tribunal Federal, tendo este se negado a apreciar, foi a precarização da justiça do trabalho promovida pela redução orçamentária das verbas destinadas à Justiça do Trabalho no ano de 2016. Esta redução foi entendida, pelos tribunais regionais, como prejudicial ao andamento desta especializada, sendo levantada inclusive a hipótese de sua paralisação por falta de verba. Porém o STF entendeu não ser de alçada revisar a decisão tomada pelo executivo em nome da independência dos poderes.

A suspensão dos efeitos da Súmula 277<sup>208</sup>. Em tese, esta súmula garante ao empregado que, até que seja constituída uma nova convenção ou um novo acordo coletivo de trabalho, haverá a aplicação do acordo anterior. Assim, em caso de demora na negociação coletiva, o empregado mantém seus direitos anteriormente negociados. Mas ao decidir sobre a suspensão da súmula, justificou-se sobre a falta de embasamento legal e/ou constitucional, argumentando que a lógica trazida pela súmula beneficia apenas os trabalhadores, o que não se compatibiliza com a gênese da convenção ou acordos, pois estes visam adequação mútua.

Ainda há a decisão que tornou nula a desaposentação<sup>209</sup>. Discutia-se que o trabalhador aposentado que permanecesse trabalhando e contribuindo para Previdência Social, teria direito a nova avaliação dos seus vencimentos. A decisão do STF justificou a nulidade por não haver dispositivo legal, constitucional ou infraconstitucional, que previsse a situação, declarando a inconstitucionalidade da medida.

Por fim, aquela Corte decidiu pelo corte nos vencimentos de servidores em greve<sup>210</sup>, abrindo uma ampla discussão sobre o próprio direito constitucional de greve. O corte nos vencimentos dos funcionários em greve gera uma desconfiança no instrumento constitucional, pois este havia atuado, por muito tempo, como meio de reivindicação de melhorias.

Estas atitudes do Superior Tribunal Federal, geraram instabilidade no Direito do Trabalho, servindo de prévia para as decisões sobre terceirização e reforma trabalhista, ou

---

oTst=0108900&digitoTst=92&anoTst=2007&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0669&submit=Consultar>. Acesso em: 18 dez. 2016.

<sup>208</sup> ADPF 323. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF323.pdf>> Acesso em: 18 dez 2016.

<sup>209</sup> Recurso Extraordinário 661.256. Disponível em < <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4157562&numeroProcesso=661256&classeProcesso=RE&numeroTema=503>> Acesso em: 19 dez. 2016.

<sup>210</sup> Recurso Extraordinário 693.456. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2016

seja, o entendimento é que o Tribunal concorda com a flexibilização das normas trabalhistas, desde que as subsistências das empresas sejam garantidas e o crescimento econômico retome seu lugar.

Por fim, com base nas argumentações apresentadas até este momento, e desde já se enfatiza que não são as únicas, mas as mais recorrentes apresentadas pela doutrina, pode-se verificar que os argumentos favoráveis à aplicação da teoria da flexibilização encontram respaldo em imperativos econômicos, deixando de lado as questões sociais e históricas. Acredita-se que, para que a economia retome o seu nível de desenvolvimento, será necessária uma mudança considerável das normas trabalhistas que passariam a privilegiar tratativas autônomas, principalmente quando estas se referissem aos incisos VI, XIII, XIV e XXVI da Constituição Federal vigente, que tratam dos seguintes institutos do direito do trabalho: possibilidade de flexibilização do salário, flexibilização do horário de trabalho e reconhecimento das convenções e acordos coletivos sem observância do patamar legal. Também são objetos de reivindicação da teoria da flexibilização a mudança na forma de tratamento dado à contratação e dispensa do trabalhador, e aos princípios do Direito do Trabalho.

### **3.3 A validade histórico-social e a vedação do retrocesso social.**

Tratou-se até então da argumentação que fundamenta o discurso pró-flexibilização, porém a partir deste ponto serão apresentados alguns argumentos antiflexibilistas que se configuram como os mais relevantes.

O primeiro deles e mais aclamado nos discursos que tentam desconstruir a legitimidade desta teoria nefasta é aquele que invoca a consagração do Direito do Trabalho como Direito Fundamental Social. Assim sendo, o Direito do Trabalho tem uma função instrumental<sup>211</sup> na busca da justiça social e, portanto, não seria passível de retrocesso, pois visa a programaticidade.

Como anteriormente apresentado, é necessário observar a constituição histórico-social do Direito do Trabalho, para que se possa discutir as alterações que nele serão feitas que

---

<sup>211</sup> "Uma efetiva luta pela justiça social, utilizando se o direito do trabalho como instrumento, culmina com a constitucionalização das normas protetivas do trabalho e a normatização de seus princípios fundamentais, possibilitando a interpretação das normas infraconstitucionais com base nestes postulados". MAIOR, Jorge Luiz Souto. O Direito do trabalho como instrumento de Justiça Social. São Paulo: Ltr, 2000. p. 259.

realmente poderão ser consideradas, a longo prazo, como avanços sociais, pois ao contrário, se esquecidas as suas bases histórico-sociais, esquecer-se-á de que a função fundamental deste ramo de direito especializado é a realização da justiça social.

Em busca da justiça social Maurício Godinho Delgado salienta que:

"Todo direito é, por isso, teleológico, finalístico, na proporção em que incorpora e realiza um conjunto de valores socialmente considerados relevantes. O direito do trabalho não escapa a essa configuração a que se submete todo fenômeno jurídico. Na verdade, o ramo juslaboral destaca-se exatamente por levar a certo clímax esse caráter teleológico que caracteriza o fenômeno do Direito. De fato o ramo justralhista incorpora, no conjunto de seus princípios, regras e institutos, um valor finalístico essencial, que marca a direção de todo sistema jurídico que compõe. Esse valor- e a consequente direção teleológica imprimida a esse ramos jurídico especializado- consiste na melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica. Sem tal valor e direção finalística, o Direito do Trabalho sequer se compreenderia, historicamente, e sequer justificar-se-ia, socialmente, deixando, pois, de cumprir sua função principal na sociedade contemporânea."<sup>212</sup>

Com isso, o que se pretende é que o trabalhador inserido no mercado de trabalho conte com garantias fundamentais e sociais, para que a sua força de trabalho não seja mercantilizada, na mesma proporção dos bens e produtos, pois constituem extensão de sua personalidade. O Direito do Trabalho, então, intervém na medida da desproporção, a chamada hipossuficiência do trabalhador.

E sendo assim, deve ser analisado, não somente em meio a uma situação de crise econômica, mas como um todo, desde seu surgimento histórico iniciado através das reivindicações coletivas da massa trabalhadora explorada pela era industrial, passando pela sua consolidação nos diversos países democráticos, incluindo sua constitucionalização no rol dos direitos sociais no pós-guerra, meados do século XIX, e, por fim, culminando no momento atual de crise do sistema econômico, onde sempre haverá uma expressiva aclamação (neoliberal) sobre a necessidade eminente de flexibilização de suas normas.

Uma análise ampla da evolução do Direito do Trabalho assume a função de explicitar a sua definição e os princípios sobre os quais este direito foi constituído que, por sua vez, servem como parâmetros para as ações em busca da concretização destes direitos e para a efetivação, ainda que modestamente, da justiça social.<sup>213</sup> José Joaquim Gomes Canotilho salienta que, para conformação constitucional das normas sociais, estas podem ser analisadas sob quatro vieses: como normas programáticas, como normas de organização, como garantias

---

<sup>212</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 57-61.

<sup>213</sup> Ibidem. p. 259-261.

institucionais ou como direitos subjetivos públicos. No tocante à realização da justiça social, destacam-se: as normas sociais como garantias institucionais, pois:

"Os direitos fundamentais como garantias institucionais é a terceira possibilidade de positivação de direitos sociais. A constitucionalização das garantias institucionais traduzir-se-ia numa imposição dirigida ao legislador, obrigando-o, por um lado, a respeitar a essência da instituição e, por outro lado, a protegê-la tendo em atenção os dados sociais, econômicos e políticos"<sup>214</sup>

Desta forma, a função teleológica do Direito do Trabalho, poderá ser traduzida no conceito apresentado por Octávio Bueno Magano, que condensou em uma só definição as concepções subjetivistas<sup>215</sup> e objetivistas<sup>216</sup>, definindo o Direito do Trabalho como: "conjunto de princípios, normas e instituições, aplicáveis à relação de trabalho e situações equiparáveis, tendo em vista a melhoria da condição social do trabalhador, através de medidas protetoras e da modificação das estruturas sociais".<sup>217</sup>

No que tange à definição Social dada ao Direito do Trabalho, ainda que sob ataques quanto à sua aplicação, essa atribuição é necessária, até porque esta proposta "Direito Social" pode ser verificada ao analisar o conceito apresentado por Cesarino Júnior, de que junto com o direito social, surge a noção de hipossuficiência, e assim sendo a função dos direitos adjetivados por esta concepção tem a finalidade de tutelar o trabalhador que está exposto à relação trabalho e capital, devendo os trabalhadores serem, inegavelmente, considerados hipossuficientes, economicamente ou subordinadamente, pois dependem do empregador. Somente o reconhecimento dessa hipossuficiência tornará a relação equilibrada, na medida em que houver a intervenção do Direito. Assim, na tentativa de alcançar objetivos maiores ligados às questões sociais e à promoção da justiça social, surge a consagração constitucional do Direito do Trabalho no rol dos Direitos Sociais.<sup>218</sup>

<sup>214</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 473-485.

<sup>215</sup> Subjetivistas são as definições de direito do trabalho que têm como vértice os sujeitos ou pessoas a que se aplica e que figuram nas relações jurídicas que pertencem ao âmbito da sua disciplina normativa. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 290-291.

<sup>216</sup> Objetivistas são as definições que consideram o objeto, a matéria disciplinada pelo direito do trabalho e não as pessoas que figuram nas relações jurídicas que pertencem ao seu âmbito. Diferem, portanto, das subjetivistas, que se ocupam do âmbito pessoal do direito do trabalho, enquanto as definições objetivistas tratam do âmbito material do direito do trabalho. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 292-293.

<sup>217</sup> MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho. Parte Geral*, 4 ed. São Paulo: LTr, 1991. p.59.

<sup>218</sup> JÚNIOR, Antônio Ferreira Cesarino. p. 29. apud NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 286.

Quanto às questões de princípios enunciadas, verifica-se que, segundo Robert Alexy, os princípios são "mandamentos a serem otimizados" que, apesar de não conterem um dever definitivo, contém um dever que, a princípio exige que "algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas" são "mandamentos de otimização" "algo que exige mais do que é possível."<sup>219</sup>

Desta forma, os princípios encontrados em todo o Direito do Trabalho, sejam eles constitucionais ou infraconstitucionais são, no mínimo, mandamentos de otimização, pois não surgiram da crise econômica, sazonal, mas da histórica constitucionalização e socialização do direito a que pertencem, assim, os objetivos já alcançados pelo Direito do Trabalho que os elevam ao patamar de direito de proteção dos hipossuficientes, não podem ser afastados frente a imperativos econômicos, sob pena de um se perder a sentido do próprio conceito de Direito.

Neste sentido e para que não haja um esvaziamento do próprio conceito de direito, as normas sociais constituem um núcleo essencial de um direito fundamental conforme o próprio J.J Canotilho salientou que "todos têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais"<sup>220</sup>, assim, aos direitos trabalhistas deve ser atribuída a garantia de núcleo essencial, tanto por sua construção histórica como por sua constitucionalização. E é nisto que se funda um dos principais argumentos desfavoráveis à aplicação da Teoria da Flexibilização das normas trabalhistas, principalmente no tocante ao direito brasileiro.

Outro argumento de igual relevância apresentado em contradição à teoria é a vedação ao retrocesso social. A Constituição Federal de 1988, ao enunciar em seu texto os fundamentos do Estado Democrático de Direito e os objetivos que constituem este Estado, nos artigos primeiro e terceiro e ainda, ao integrar esses princípios com o artigo 170 e seguintes que versam sobre a constituição econômica, incorporou em seu texto, ainda que tacitamente, o princípio da democracia econômica, social e cultural. Este princípio deve ser observado da mesma maneira que o princípio do estado de direito, sendo que suas funções são semelhantes, qual seja, limitar leis que tenham por objetivo perverter o ordenamento jurídico. O princípio da democracia econômica, social e cultural age em duas vertentes: a primeira, de forma programática, como objetivos a serem alcançados e de um "Estado Social como processo"; a segunda, de forma impositiva, obrigando os entes estatais a caminharem em

---

<sup>219</sup> ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.37.

<sup>220</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 518.

direção à realização da política econômica social e cultural.<sup>221</sup> É um princípio que incorpora um "mandato constitucional juridicamente vinculativo, que limita a discricionariedade legislativa".<sup>222</sup>

Decorre deste princípio a proibição de retrocesso em matérias a ele inerentes, e por conta disso surge um "subprincípio" o qual pode ser encontrado sob as seguintes nomenclaturas: regra de não retorno da concretização, proibição da revolução reacionária (efeito cliquet), proibição de contrarrevolução social, não retrocesso social, ou como é conhecido no Brasil, princípio de vedação ao retrocesso que, em regra, tem a função de impedir que conquistas normativas ou principiológicas sejam excluídas do ordenamento sem que se apresentem meios para compensação dos direitos já efetivados, impondo um dever de progressividade nas conquistas fundamentais e sociais.<sup>223</sup>

O princípio da vedação do retrocesso, decorre do próprio Estado Democrático e Social de Direito<sup>224</sup>, estando diretamente ligado aos princípios da Dignidade da Pessoa Humana e Valor Social do Trabalho e ainda relaciona-se com outros tais como o da Máxima Eficácia, o da Proteção da Confiança, do Mínimo Existencial, todos analisados sob a ótica trabalhista e, em conformidade com o artigo sétimo da Constituição, se relaciona a tantos outros quantos forem necessários para a melhoria da condição social.

A impossibilidade de retrocesso em matéria de direitos fundamentais e sociais e econômicos, encontra sua gênese na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, no artigo 30, quando aponta os caminhos da interpretação das disposições daquela declaração, salientando que, qualquer interpretação aos artigos daquela declaração, não poderia ser feita

---

<sup>221</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 335-355.

<sup>222</sup> *Idem*. p. 338.

<sup>223</sup> *Idem*.

<sup>224</sup> "O princípio da vedação do retrocesso justamente do princípio do Estado de Democrático e Social de Direito, do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, do princípio da proteção da confiança e da própria noção de mínimo existencial. Já princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, consiste na aplicação imediata das normas de direitos fundamentais, inclusive visando que ao serem interpretadas tais conteúdos normativos e principiológicos, possam se atingidas aplicadas objetivando atingir os resultados máximos de suas potencialidades e o princípio da proteção da confiança, resumidamente se conceitua como inerente ao princípio da segurança jurídica e da boa fé e visa garantir, constitucionalmente, que o Estado não agirá frustrando as expectativas dos indivíduos, quanto a previsibilidade, estabilidade de seus atos." BARROSO, Luis Roberto. *O direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 158.

com intuito de "destruir"<sup>225</sup> direitos e liberdades a ela mesma inerente, criando assim um limite interno à sua própria interpretação.<sup>226</sup> Assim, posteriormente, foi melhor explicitado no artigo 5º do texto referente ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que os direitos fundamentais não podem ser objetos de normas que os restrinja ou derogue e, nos artigos 6º, 7º e 8º, foram incluídos os direitos básicos do trabalhador como forma de elevá-los ao patamar de Direito Fundamental, para que sobre eles pairasse a mesma proteção.<sup>227</sup> Observa-se que, no mesmo artigo 5º deste pacto, no item 2 encontra-se a proibição de se praticar atos que visem o retrocesso sob o argumento de que certo direito não faça parte do pacto ou que o pacto os ampare em menor grau.<sup>228</sup>

Salienta Canotilho que:

"O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, na "anulação", "revogação" ou "aniquilação" pura e simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captados em termos ideológicos ou formulados em termos gerais ou de garantir em abstração um status quo social, mas de proteger direitos fundamentais sociais, sobretudo no seu núcleo essencial."<sup>229</sup>

Quando se refere a medidas legislativas já realizadas e efetivadas, o autor está referindo-se às legislações infra constitucionais, responsáveis pela criação e efetivação de direitos sociais, cumprindo assim, a programaticidade e imperatividade do princípio da democracia econômica, social e cultural. Portanto estas leis carecem da mesma proteção que é conferida aos textos constitucionalmente positivados. Esta proteção não depende de outros fatores para se concretizar, como por exemplo previsão orçamentária, ou capacidade financeira do Estado, mas somente da abstenção deste mesmo Estado em relação a legislações que alterem negativamente os direitos sociais, e no caso em estudo, os direitos trabalhistas já conquistados e previstos.

<sup>225</sup> O termo "destruir" utilizado no original do Texto das Declarações Universais dos Direitos Humanos expressam uma impossibilidade de se admitir atos atentatórios aos direitos fundamentais, os quais posteriormente entendemos abranger também os direitos sociais, que visem a derrogação de qualquer direito fundamental já adquirido pelos países signatários.

<sup>226</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

<sup>227</sup> Ibidem.

<sup>228</sup> Ibidem.

<sup>229</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Almedina, 2003. p. 339-340.

O princípio da vedação do retrocesso social é um dos argumentos mais importantes, dos que são invocados pela corrente antiflexibilista, pois atrai para si a responsabilidade de garantir que não haja alterações que proporcionem a ruptura da progressividade social. Desta forma, não se pode falar em "reforma trabalhista" sem um amplo debate que observe os limites principiológicos dos direitos fundamentais sociais, além de ser tão importante quanto necessário, verificar se, no seio destes debates, as propostas apresentadas como reformadoras, satisfazem "esquemas alternativos ou compensatórios"<sup>230</sup> capazes de melhorar as condições sociais e promover a justiça social.

### **3.4 A terceirização e a lei 13.429 de 31 de março de 2017.**

Para que possamos entender a terceirização é necessários, primeiramente, entendermos o conceito de empregado e empregador, assim definidos nos primeiros artigos da Consolidação das Leis Trabalhistas Lei 5451 de 1º de Maio de 1943. Segundo o artigo terceiro desta lei, empregado é pessoa física, prestadora dos serviços de maneira habitual e subordinada e que, portanto, recebe um determinado salário em contrapartida aos serviços prestados. No capítulo segundo temos o conceito de empregador, como sendo a empresa, individual ou coletiva entre outras responsabilidades, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço do empregado. E ainda, os empregadores equiparados que, ainda que não sejam empresas, admitem trabalhadores nas condições de empregado, conforme a definição anterior.

Nesta relação, empregado-empregador, temos a essência do Direito do Trabalho. É nesse binômio que encontramos a razão de ser desta disciplina especializada. E ainda, sob esse binômio a relação de emprego não admite a interferência de terceiros, intermediários.<sup>231</sup>

Porém, contrariando essa relação bilateral, é que surge a proposta de uma relação triangular denominada terceirização.

Maurício Godinho Delgado assim define:

"Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador sem que se estendam a este os laços justralhistas, que preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização

<sup>230</sup> Estes esquemas alternativos ou compensatórios visam a correta substituição de uma legislação ou a aplicação de uma emenda a constituição, que garantam, na mesma proporção o direito social que será modificado, sem que dessa alteração resulte o fim do direito social amparado anteriormente. CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Almedina, 2003. p. 340.

<sup>231</sup> PRUNES, José Luiz Ferreira. Terceirização do Trabalho. 1.ed. Curitiba: Juruá, 1997. p. 13- 27.

provoca uma relação trilateral em face da contratação da força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido"<sup>232</sup>

O termo terceirização, aplicado às relações trabalhistas então, se conceitua a partir da ideia de uma relação de emprego onde estarão presentes três sujeitos, sendo um deles o empregado, que se sujeita juridicamente a uma determinada empresa que o admitiu assume as responsabilidades financeiras; porém este empregado prestará seus serviços à terceira empresa para onde serão transferidas: a prestação pessoal, a subordinação e parte da direção, mitigando assim os tradicionais elementos conceituais da relação de emprego.<sup>233</sup>

No setor produtivo industrial, esta pode ser definida de duas maneiras diferentes: a terceirização externa: que ocorre, quando uma empresa produtora de um determinado bem, contrata outra para produção dos componentes necessários para finalização da produção, sem que haja a internalização dos empregados de uma na outra de forma efetiva ou duradoura. Neste caso os empregados da prestadora de serviços se identificam com sua própria contratante e têm como objeto final, de seu próprio processo de produção; o componente por ela produzido e não o produto final produzido pela contratante. As questões sobre terceirização externa, em regra, não causam qualquer discussão, pois não descaracterizam a aplicação dos direitos trabalhistas.<sup>234</sup>

Já a terceirização interna é aquela que traz para dentro da planta da empresa, a prestação de serviços de empregados contratados por outra empresa, porém sem que haja qualquer identificação dos contratos de trabalho dos prestadores de serviços com a empresa tomadora de serviços.<sup>235</sup>

O contrato comercial, que é realizado entre duas empresas, tendo por objeto a prestação de serviços de pessoa física é uma forma atípica de contratação que flexibiliza o binômio empregado-empregador. Apesar de ter surgido no ordenamento brasileiro através do Decreto 200/67 artigo 10, parágrafo 8º que trata de execução indireta de serviços públicos, somente passou a fazer parte da legislação trabalhista a partir da Lei 6019/74, como salienta Orlando Teixeira da Costa:

<sup>232</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11.ed. São Paulo:LTTr, 2012. p. 435.

<sup>233</sup> Ibidem.

<sup>234</sup> VIANA, Márcio Túlio. A terceirização revisitada: algumas críticas e sugestões para um novo tratamento da matéria. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 78, n. 4, p. 198-224, out./dez. 2012.

<sup>235</sup> Ibidem.

"No que diz respeito às formas "flexíveis" ou "atípicas" de contratação laboral, a Lei 6019, de 3 de Janeiro de 1974, instituiu o regime de trabalho temporário, assim chamado aquele que possibilita formas de contratação triangular, cujos vértices são representados pelo trabalhador e por duas empresas, a tomadora de serviço ou cliente, que pode ser uma pessoa física ou jurídica, e a empresa de trabalho temporário, que tem por finalidade colocar o pessoal especializado, por tempo determinado, à disposição de outras empresas que dela tem necessitem."<sup>236</sup>

Outra lei que possibilitou a contratação comercial foi a Lei 7.102 de 1983, que regulamentou a possibilidade de terceirizar os serviços de vigilante e transporte de valores pelos estabelecimentos financeiros, porém sem se ater às questões de tempo máximo pois primou-se pela característica da especialização da prestação, que deveria ser desenvolvida por profissional preparado através de curso de formação de vigilante.<sup>237</sup>

Porém, tão logo essa a abertura para as contratações terceirizadas foi explorada na década de 90, as empresas passaram a extremar a contratação terceirizada. Fato que podemos observar no exemplo trazido por José Luiz Ferreira Prunes citando matéria do Jornal Trabalhista de 1992:

"(...) Hoje existem empresas que não tem mais empregados, nem linha de produção ou serviços. (...) Os 120 executivos participantes do fórum ouviram a exposição do processo de terceirização total da Cia. de Ferro e Aço de Vitória (Cofavi), iniciado em 1989. quando a empresa contava com 2,8 mil funcionários. Hoje tem 750. A Cofavi propôs a funcionários que montassem empresas prestadoras de serviços. "percebemos que se deve investir mais nas parcerias com ex-funcionários do que com contratos comerciais, porque as negociações são mais produtivas", explicou Helen Silvestre Fernandes, diretora da Cofavi. Com estrutura de no máximo quatro níveis hierárquicos (de presidente a supervisor de fábrica, inclusive) a Cofavi pretende ficar apenas com duas unidades de negócio- a das áreas comercial e de marketing e a produção de laminados. Após terceirizar a administração, recursos humanos, restaurante entre outros departamentos, os próximos passos são suprimentos, almoxarifado e administração de materiais. (...)"<sup>238</sup>

Porém, tentando amenizar os prejuízos causados pela terceirização interna, a doutrina e jurisprudência, de forma majoritária, então, se posicionaram contrárias à celebração deste tipo de contratação através do enunciado na Súmula 256, do Tribunal Superior do Trabalho que limitava as hipóteses de terceirização somente às relativas às Leis acima citadas, quais sejam, do trabalho temporário e dos serviços de vigilância. Essa súmula foi substituída pela de número 331, que especificou melhor as possibilidades de contratação por empresa interposta, inclusive tratando da responsabilidade pela contratação irregular. Manteve as possibilidades expressas na Lei 6019/74 que se justificam pela necessidade transitória de substituição de pessoal ou acréscimo extraordinário de serviços; e também a contratação

<sup>236</sup> COSTA, Orlando Teixeira da. Rigidez e Flexibilidade do Direito do Trabalho no Brasil. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho. vol. 59. São Paulo: LTr, 1990. p. 121-126.

<sup>237</sup> PRUNES, José Luiz Ferreira. Terceirização do Trabalho. 1.ed. Curitiba: Juruá, 1997. p. 16.

<sup>238</sup> Matéria trazida pelo Jornal Trabalhista. Ano X, nº 474, 04.10.92, p.5, referindo-se a forma como a terceirização tornava-se amplamente utilizada nas grandes empresas, na busca da redução dos custos com mão de obra. apud PRUNES, José Luiz Ferreira. Terceirização do Trabalho. 1.ed. Curitiba: Juruá, 1997. p. 13- 27

terceirizada de pessoal especializado em vigilância da Lei 7.102/83.

O que se inseriu de novo a partir desta súmula foi a possibilidade de contratação de pessoal de limpeza e uma modalidade genérica relacionada às atividades denominadas como "atividades meio". Esta última, justifica, que ainda que mantenha relação com a empresa tomadora não faria parte do processo produtivo.<sup>239</sup>

A partir desta definição tornou-se necessário definir o que seria esta atividade meio da empresa e, portanto, em busca desta definição precisamos primeiramente entender qual é a atividade preponderante da empresa, que será inversamente denominada "atividade fim". Vejamos o conceito apresentado por Maurício Godinho Delgado:

" Atividades- fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São portanto atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços."<sup>240</sup>

Em outras palavras, a atividade fim da empresa é aquela que justifica sua existência. Citem-se por exemplo, as fábricas de automóveis do início do século passado, quando estas eram responsáveis por todo processo produtivo do veículo. Com o passar dos anos, com a implementação da terceirização externa, passaram-se a serem denominadas montadoras de automóveis, pois não mais fabricam os componentes, somente juntam as peças que já vêm prontas de outras empresas. Dessa forma, a atividade-fim e, portanto, essencial destas empresas é juntar as partes, "montar" o veículo, sendo que todos os envolvidos diretamente neste processo de montagem devem ser considerados trabalhadores da empresa.

Conceituada a atividades-fim, o que não se insere neste conceito poderá ser entendido como atividade-meio e assim definido: "São portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços," ou seja, ainda que colaborem com o bom andamento do processo produtivo, não influem diretamente neste.

Conforme saliente Jorge Luiz Souto Maior:

" A terceirização é, assim, apresentada como técnica moderna de produção fruto da reengenharia administrativas das empresas, inseridas num contexto de concorrência global, que lhes exige uma postura de encurtamento de custos e eficiência produtiva. A partir desses postulados, explica-se que uma empresa, para ser eficiente e global, deve preocupar-se com suas finalidades próprias deixando, para as "parceiras", outras que sejam periféricas ou menos importantes. E assim, justifica-se , juridicamente, que uma empresa contrate (a prestadora de serviços), mesmo no interior do estabelecimento da

<sup>239</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11.ed. São Paulo: LTr, 2012. p.448-483.

<sup>240</sup> Ibidem. p. 450.

primeira em se tratando de serviços desvinculados da atividade industrial desta."<sup>241</sup>

Outro ponto a ser observando é quanto à pessoalidade e subordinação que deverá permanecer a cargo da empresa que contrata o empregado, sob pena de ser, a terceirização, considerada ilícita por aparentar estar utilizando-se de uma fraude na contratação de pessoal.<sup>242</sup>

Assim sendo, a Súmula 331 do TST, tem caso de irregularidades no processo de terceirização, como forma de garantir ao trabalhador amplo acesso aos seus direitos, trouxe a responsabilização direta aos casos em que a terceirização é declarada ilegal e a responsabilização subsidiária quando houver insolvência da empresa de trabalho temporário.

Aparentemente, estes mecanismos de proteção seriam suficientes para garantir a efetivação dos direitos do trabalhador, porém mesmo com as restrições apresentadas por esta súmula, o entendimento é de que não há garantias ou proteções à dignidade dos trabalhadores terceirizados, nem mesmo do próprio trabalho, mesmo diante das possibilidades apresentadas de responsabilização, direta ou subsidiária, da empresa tomadora de serviços.<sup>243</sup>

Isso ocorre porque o trabalhador é levado a uma condição de mercadoria, conforme salienta Marcio Túlio Viana:

"(...) Além disso, pode -se muito bem concluir que essa terceirização, por si só, discrimina. Cria uma subespécie de trabalhadores, cujos corpos, como dizíamos, são virtualmente negociados por intermediário, que os aluga ou arrenda, nua e cruamente, como se fossem animais ou coisas."<sup>244</sup>

E continua:

"Ao mesmo tempo em que reduz salários e degrada as condições de segurança, a terceirização acelera os ritmos de trabalho. E isso pode acontecer muitas vezes de forma oculta, pelas mãos do próprio trabalhador. Pressionado pelo medo, ele responde, aflito, com o que parece ser coragem. Para usar um verbo da moda turbinar-se."<sup>245</sup>

Diante destas condições conclui-se que ante a fragmentação dos trabalhadores enquanto conjunto (coletividade), não haverá identidade entre os prestadores de serviços terceirizados e os funcionários diretos da empresa no momento em que estiverem reivindicando direitos de ordem coletiva, causando assim uma dificuldade em reivindicar

<sup>241</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. Curso de Direito do Trabalho: teoria geral do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2011. p. 650.

<sup>242</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11.ed. São Paulo: LTr, 2012. p.451.

<sup>243</sup> Ibidem.

<sup>244</sup> VIANA, Márcio Túlio. A terceirização revisitada: algumas críticas e sugestões para um novo tratamento da matéria. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 78, n. 4, p. 198-224, out./dez. 2012.

<sup>245</sup> Ibidem.

melhorias e direitos sonegados.<sup>246</sup>

Por razões semelhantes a estas, o entendimento jurisprudencial aplicado durante muito tempo às relações "triangulares"<sup>247</sup>, é que fossem somente limitadas àquelas possibilidades descritas nas leis já mencionadas, evitando assim um aumento desordenado deste tipo de contrato e uma impossibilidade de fiscalização e controle por parte do Estado, dos contratos fraudulentos. A declaração da ilegalidade da contratação terceirizada, elencada na súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, seria a principal ferramenta para desencorajar a celebração deste tipo de contrato em relação as atividades- meio.

Mesmo diante de toda a jurisprudência e decisões contrárias à terceirização das atividades-fim da empresa, que sempre foram motivo de muitas discussões doutrinárias, a legalização desta nova possibilidade de contrato foi aprovada em 31 de março de 2017, sob o número 13.429/17 .

A prestação de serviços, aprovada neste texto legal consiste na utilização de mão de obra, alheias àquelas já existentes, passando a ser legalmente possível a substituição do contrato individual de trabalho pelo contrato comercial de prestação de serviços, inclusive não havendo limitações aos setores empresariais que possam ser terceirizados. Uma empresa denominada tomadora de serviços, conforme discriminação dada pela atual Lei 13.429/17 em seu artigo 5º: "Empresa tomadora de serviços é a pessoa jurídica ou entidade a ela equiparada que celebra contrato de prestação de trabalho temporário com a empresa definida no art. 4º desta Lei", poderá celebrar um "contrato comercial"<sup>248</sup> com outra empresa, também discriminada nesta mesma Lei no artigo 4º como sendo: "Empresa de trabalho temporário é a pessoa jurídica, devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente", que terá por objeto a força de trabalho reunida por esta última a partir de contratos individuais de prestação de serviços temporários.

Observe-se que neste tipo de contratação o que se negocia é o próprio trabalhador, pois, detentor da força de trabalho, estará sujeito a prestar seus serviços onde e quando o contrato empresarial determinar, retomando a ideia do trabalhador como mercadoria, e não

---

<sup>246</sup> Ibidem.

<sup>247</sup> A palavra triangular é utilizada por A.F. Cezarino Júnior para classificar a relação jurídica de trabalho desenvolvida entre o empregador, empresa de trabalho temporário e empresa tomadora, o que seria o mesmo que terceirização. CEZARINO JÚNIOR, A.F. Direito Social. São Paulo: LTR, 1980. p. 226.

<sup>248</sup> O contrato comercial de prestação de serviços terceirizados, deverá ser concretizado por empresas que se enquadrem nos os requisitos legais elencados na nova redação da Lei 6019/74 que foi alterado pela lei 13.429/17. Ver [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm).

levando em conta que o trabalho constitui uma extensão da personalidade do trabalhador como bem salienta José Antônio Pires Gediel "O trabalho concebido como uma projeção indissociável da personalidade do trabalhador se identifica com as condições existenciais necessárias ao desenvolvimento físico, psíquico e social do sujeito e pode assumir significado próprio para a doutrina dos direitos da personalidade."<sup>249</sup>

Ressalte-se ainda que, conforme mencionado no tópico anterior, já havia as possibilidades de contratações deste nesta modalidade, através da Lei 6019/14 e da Lei 7102/83, não sendo necessária a sua ampliação, sendo talvez este o motivo que Marcio Túlio Viana concluiu ser "impossível viver com a terceirização sem conviver também com sua natureza "coisificante",<sup>250</sup> pois inerente ao processo de terceirização está a substituição contratual que passa de pessoal para comercial. Com a alteração introduzida a partir da lei 13.429/2017, a possibilidade de terceirização de toda a atividade da empresa, sem restrição aos conceitos de atividade meio e fim o trabalhador volta a ser, novamente, mercadoria à disposição do sistema capitalista. E mais, se a terceirização da atividade meio era somente tolerada por suas inúmeras possibilidades de configuração de ilicitude, tanto mais agora sendo possível terceirizar todo setor produtivo.<sup>251</sup>

Nem mesmo a manutenção das obrigações e responsabilidades para a empresa tomadora de serviços, é capaz de afastar a sensação de "desresponsabilização" da empresa frente aos empregados terceirizados pois, somente lhes serão imputadas as responsabilidades de forma subsidiária o que retarda a responsabilização e ainda, dependerá de sua inclusão no polo passivo da demanda trabalhista.<sup>252</sup>

Os motivos para se repelir esta prática estão muito além da ordem financeira.<sup>253</sup> Como já mencionado, esta modalidade de contrato gera a "fragmentação da coletividade operária", criando uma competição negativa entre empregados terceirizados e empregados comuns; uns desejando o posto dos outros, tornando se assim como inimigos no ambiente de trabalho quando na verdade deveriam fazer parte de uma coletividade com força de atuação e pactuação. Também gera a precarização do trabalho e desigualdade nos direitos de um

<sup>249</sup> GEDIEL, José Antonio Pires. A Irrenunciabilidade dos Direitos do Trabalhador. In: WOLFGANG, Ingo Sarlet. (org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privado;. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 151.

<sup>250</sup> VIANA, Márcio Túlio. As faces ocultas da terceirização: uma "mix" de velhos textos e novas ideias. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. v.80, n 3. p. 228-238. jul.-set, 2014. Disponível em: < [https://juslaboris .tst.jus.br/handle/1939/71186](https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/71186)> Acessado em: 05 de Jun. de 2016.

<sup>251</sup> Ibidem.

<sup>252</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11.ed. São Paulo: LTr, 2012. p.471.

<sup>253</sup> Ibidem.

trabalhador terceirizado e outro contratado diretamente pela empresa.<sup>254</sup>

Há muito tempo este tema é tratado com desconfiança por ensejar fraudes, conforme saliente Márcio Túlio Viana:

"Deste modo, para além de suas (reais ou falsa) justificações técnicas, a terceirização se insere numa estratégia de largo espectro, não apenas sob o prisma econômico, mas na dimensão política. É uma das formas mais potentes- e ao mesmo tempo sutis- de semear o caos no Direito do Trabalho, subvertendo princípios e corroendo seus alicerces. Além disso, num mundo em que tudo se move, ela oferece a empresa uma rota de fuga, não só confundindo responsabilidades como tornando menos visível a exploração da mão de obra. Assim, de certo modo, a terceirização não apenas pode conter fraudes, como é *em si mesma uma fraude*.<sup>255</sup>

Intentando reter a proliferação de contratos comerciais, o Direito do Trabalho, através de uma construção jurisprudencial, optou por uma modulação da prestação terceirizada à realidade da contratação direta. Para tanto, buscou a aplicação da isonomia salarial no sentido de garantir ao trabalhador terceirizado "remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora" conforme já prescrito no artigo 12 da lei 6019/74 e aplicado de forma análoga aos demais casos. Como já enunciado, buscou-se uma responsabilização ampla da empresa tomadora optando pela aplicação subsidiária da responsabilidade simplesmente a partir da inadimplência das verbas trabalhistas, sendo desnecessária a insolvência da empresa terceirizante.<sup>256</sup>

Outros dilemas causados pela terceirização poderiam ser resolvidos, como bem salienta Maurício Godinho Delgado, através de determinados "remédios":

"Entre esses novos remédios, destacam se quatro medidas principais; a) alargamento do conceito hoje prevalecente de isonomia; b) fixação de limites mínimos eficazes de capital integralizado para as empresas de terceirização; c) estabelecimento de garantias financeiras eficazes quanto ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias pelas empresas de terceirização; d) atribuição de plena efetividade à Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas para os contratos de terceirização entre as empresas (Lei 12.440/2011)".<sup>257</sup>

O autor, há muito defendia que além da limitações trazidas pela súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, ainda seriam necessárias, para amenizar os efeitos da terceirização, que houvesse a possibilidade de ampliar a isonomia salarial, aos demais benefícios percebidos pelo trabalhador direto da empresa, aos trabalhadores terceirizados, como forma de não discriminação. Também informa que a real integralização do capital

<sup>254</sup> VIANA, Márcio Túlio. A terceirização revisitada: algumas críticas e sugestões para um novo tratamento da matéria. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 78, n. 4, p. 198-199, out./dez. 2012

<sup>255</sup> Ibidem.

<sup>256</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11.ed. São Paulo: LTr, 2012. p.479-480.

<sup>257</sup> Ibidem p.481.

social das empresas deste ramo e a fixação de garantias financeiras, poderiam reforçar a segurança ao adimplemento dos contratos dos trabalhadores terceirizados, tanto no que tange às verbas trabalhistas quanto às verbas previdenciárias. Por fim, trata que a certidão negativa de débitos trabalhistas deve ser instrumento obrigatório para a realização de contratos de terceirização, sendo responsável pela "diminuição dos enormes problemas que a dinâmica terceirizante tem causado à ordem econômica".<sup>258</sup>

Mesmo com todas estas advertências, a Lei 13.429/17 ao alterar a Lei 6019/74 não tratou destas nuances, deixando a terceirização à deriva dos acontecimentos futuros, então não se pode precisar como procederão as empresas que se formarão a partir desta lei, nem mesmo daquelas que as aplicaram em suas unidades a "terceirização irrestrita", mas se observarmos o passado veremos que os efeitos da terceirização para o trabalhador brasileiro não foram os esperados pois, em outra oportunidade permitiu-se a criação de empresas de terceirização de mão de obra sendo que naquele momento as justificativas eram semelhantes as atuais, como desemprego e queda na economia, porém a experiência em terceirizar foi negativa uma vez que houve diversas situações de desrespeito a direitos, rebaixamento salarial por conta da competição empresarial da prestadoras de serviço, precarização das relações de trabalho, chegando a ser chamada até de "terceirização à brasileira", por ser realizado em meio à degradação do trabalho e do trabalhador.<sup>259</sup>

Assim sendo, não é possível visualizar outra alternativa que não seja entregar à produção jurisprudencial, a importante tarefa de apontar em quais limites os trabalhadores serão beneficiados pela nova legislação e refutar os excessos trazidos por esta modalidade de contratação.

---

<sup>258</sup> Ibidem. p. 482-483.

<sup>259</sup> BRESSIANI, Luiz Paulo apud BONIFÁCIO, G.M.O., QUEIROZ, B. L. Terceirização nos anos 90: o que mudou para os trabalhadores brasileiros. Disponível em: < [http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2010/docspdf/tema\\_13/abep2010\\_2486.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2010/docspdf/tema_13/abep2010_2486.pdf)>. Acesso em: 27 abr. 2017.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em meio à liberdade de negociação e contratação, ideal liberal preconizado nas legislações do início do período industrial, encontrou-se o trabalhador ofertando um produto abundante e desvalorizado denominado força de trabalho, com o empregador, detentor dos meios de produção e da capital.

As relações entre o capital e a força de trabalho, então, permitiram a degradação da condição humana do trabalhador, subjugando-o a situações em que a exploração da mão de obra, tornou-se a mais nova forma de escravidão. Não havia igualdade nestas relações pois, o detentor do capital sempre teria maior força na negociação pendendo o fiel da balança para seu lado. E é neste contexto que surge o Direito do Trabalho. Como fruto de conquistas individuais e coletivas que visavam equilibrar as relações trabalhistas, este ramo do Direito foi provado e aprovado ao longo dos tempos, sendo reconhecido como um Direito Fundamental Social e constitucionalizado na maioria dos países democráticos ao redor do mundo.

A importância histórica do Direito do Trabalho que se perfaz, desde a sua criação até a constitucionalização deste direito, é responsável então, pela força que o mesmo tem para resistir às tentativas de retrocesso. Um retorno ao estado anterior, quais sejam, a livre negociação e não intervenção nas relações de trabalho, esbarraria sempre no princípio da proibição do retrocesso social.

A Teoria da Flexibilização, criada em meio a crise econômica da década de 70, para ajuste do setor produtivo à realidade de mercado, teve uma notória aplicação na administração de empresa, sendo responsável pela mudança no sistema produtivo, que abandonou o conceito "fordista" criando um novo conceito de produção, o "toyotista" que revolucionou o sistema produtivo através de métodos, como por exemplo o "just in time" que se opera a partir da demanda.

Porém, ao Direito do Trabalho esta teoria não pode ser aplicada de forma ampla, pois desconsiderando os imperativos fundamentais e sociais já alcançados se torna uma ferramenta de precarização e redução de direito.

A flexibilização alteraria os direitos trabalhistas, dando maior operacionalidade, a partir da livre negociação e contratação, sendo resguardada a garantia de um mínimo de direitos fundamentais, essenciais a dignidade da pessoa humana. Essa ideia, de que o limite da

flexibilização deve ser o mínimo fundamental é equivocada, pois como já anteriormente abordado, os direitos garantidos ao trabalhador a partir do Direito do Trabalho, são responsáveis em equilibrar as relações. Garantir o mínimo, desequilibra, expõe, precariza e retrocede as relações de trabalho a um passado tenebroso, a escravidão.

A flexibilização das normas trabalhistas somente poderia ser aceita se trouxesse um maior equilíbrio às relações de trabalho, em regra beneficiando o trabalhador e garantindo, ainda mais a efetivação de direitos.

A discussão sobre o melhor momento para se inserir no ordenamento pátrio alterações legislativas flexibilizadoras, sempre são levantadas em meio a crises econômicas. Não porque a flexibilização seja o meio pelo qual a economia retomará seu crescimento, mas porque é neste momento que se verifica uma grande fragilidade da população por ocasião das altas taxas de desemprego. Esta fragilidade social torna suscetível de aceitação, pela população, de qualquer medida que aparentemente altere a condição dos desempregados.

As argumentações favoráveis à flexibilização das normas trabalhistas, apoiadas em imperativos econômicos, em que a rigidez da norma trabalhista aparece como impedimento para a retomada do desenvolvimento, não pode ser sustentada tendo em vista a redução de direitos fundamentais e sociais que, inclusive, devem funcionar como limitação ao processo de desconstrução de direitos e do retrocesso social.

A terceirização da mão de obra é um dos exemplos de como a flexibilização das normas trabalhistas podem ser prejudiciais ao Direito do Trabalho, uma vez que, além de precarizar, também fragmenta a coletividade operária tirando destes a sua maior força que é a reivindicação em massa.

Durante muitos anos, os limites desta terceirização foram apontados pela jurisprudência, que os fixava estritamente em favor do trabalhador, protegendo seus direitos e interesses; reduzindo suas possibilidades por ser entendida como prejudicial à efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Atualmente com a ampliação das possibilidades de terceirização, através da Lei 13.429/2017, ampliam-se também as possibilidades de fragmentação da coletividade trabalhadora e facilitam a precarização da prestação de serviços e isonomia entre os trabalhadores efetivos e os terceirizados.

Por fim, em resposta aos questionamentos lançados inicialmente, podemos concluir que os limites de flexibilização aceitáveis serão somente aqueles que melhorem a condição do

trabalhador no contexto social, ou seja, que ampliem a sua dignidade como ser humano e melhorem suas condições sociais e quanto ao que se espera para o futuro do Direito do Trabalho, caberá novamente aos tribunais ao construir a jurisprudência e ao meio acadêmico, quando da revisão da doutrina, fixar os parâmetros de aplicação da flexibilização, inicialmente da terceirização, para que seja garantida a aplicação de princípios como o da hipossuficiência do trabalhador nas relações laborais, da norma mais favorável e principalmente, o da vedação do retrocesso social. Se assim não forem analisadas todas as formas de flexibilização do Direito do Trabalho, corre-se o risco de se perder não só sua efetividade, mas também a efetividade de todos os direitos sociais já conquistados, pois se é possível flexibilizar um direito social em nome da economia seria, em tese, possível flexibilizar todos os demais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ADI 5468 MC/DF. Disponível em < [www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308969753&tipoApp.](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308969753&tipoApp.)> Acesso em: 16 dez. 2016.

ADPF 323. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/ADPF323.pdf>> Acesso em: 18 dez 2016.

Agravo Regimental 709.212 . Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiastf/anexo/are709212voto.pdf>> Acesso em: 15 dez. 2016.

ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ARGENTINA, Constitución de la Nación Argentina. disponível em: <<http://www.ttn.gov.ar/descargas/constitucion.pdf>> Acesso em: 7 set. 2016.

BARROS, Alice Monteiro . Curso de Direito do Trabalho.-9.ed.- São Paulo: LTR, 2013.

\_\_\_\_\_ Proteção à intimidade do empregado. São Paulo. LTr, 1997.

BELTRAN, Ari Possidônio. Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais. São Paulo: Ltr. 2002.

\_\_\_\_\_ Direito do trabalho e direitos fundamentais. São Paulo: LTr, 2002.

\_\_\_\_\_ Os impactos da integração econômica no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1998.

BISPO, Carlos Roberto; MUSSE, Juliano Sander et al. (org.). Crise Financeira Mundial: Impactos Sociais e no mercado de trabalho. Brasília: ANFIP, 2009.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos; Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo, Processo nº TST-RODC-00309/2009-000-15-00.4. Min. Rel. Maurício Godinho Delgado, julgado em 10.08.2009. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/ConsultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=0030900&digitoTst=12&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0000&submit=Consultar>>.

Acesso em: 28 set. 2015.

BRESSIANI, Luiz Paulo apud BONIFÁCIO, G.M.O, QUEIROZ, B. L. Terceirização nos anos 90: o que mudou para os trabalhadores brasileiros. Disponível em: <[http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2010/docs\\_pdf/tema\\_13/abep2010\\_2486.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2010/docs_pdf/tema_13/abep2010_2486.pdf)>. Acesso em: 27 Abr. 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_ (coord.) Direitos Fundamentais Sociais. São Paulo: Saraiva. 2010.

CHINA, Constituição da República Popular China. Tradução [s.n.]. Disponível em: <http://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/constituicao/index.asp>>. Acesso em: 7 set. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 2. ed. (rev. e ampl.) São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, Orlando Teixeira. O direito do Trabalho na Sociedade Moderna. São Paulo, LTr, 1999.

CUBA, Constitución de la Republica de Cuba. Disponível em: <<http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm>>. Acesso em: 07 set. 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. Introdução ao direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1995.

DECRETO 979/1903. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D0979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D0979.htm)>. Acesso em: 06 Abril 2017.

\_\_\_\_\_ Curso de Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

ESPANHA, Constitución Española. Disponível em: <[http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion\\_es1.pdf](http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf)>. Acesso em: 07 set. 2016.

FERRARI, Irany, NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Martins, Ives Gandra. História do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho. São Paulo: LTR, 1998.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana no contexto da globalização econômica: Problemas e perspectivas. São Paulo: LTr, 2005.

HABERMAS, Jürgen. Consciência moral e agir comunicativo. Tradução Guido A. de Almeida- Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre faticidade e validade. volume II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler- Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 1997.

ITÁLIA. Carta del Lavoro 21 de aprile de 1927. < Disponível em: <<http://www.historia.unimi.it/sezione/ fonti/codificazione/cartalavoro.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2016.

ITÀLIA, Costituzione della Repubblica Italiana. Disponível em: <[http://www.cortecostituzionale.it/ documenti/ download/pdf/ ostituzione\\_della\\_Repubblica\\_ italiana \\_agg2014.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/ documenti/ download/pdf/ ostituzione_della_Repubblica_ italiana _agg2014.pdf)>. Acesso em: 07 set. 2016.

JAPÃO, Constituição do Japão. Disponível em: <<http://www.br.emb-japan.go.jp/cultura/constituicao.html>>. Acesso em: 07 set. 2016.

MAGANO, Octávio Bueno. Manual de Direito do Trabalho. Parte Geral, 4 ed. São Paulo:LTr, 1991.

\_\_\_\_\_ O direito do trabalho na Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho. ed. São Paulo: Ltr, 2011.

\_\_\_\_\_ O Direito do trabalho como instrumento de Justiça Social. São Paulo: Ltr, 2000.

\_\_\_\_\_ O mito 70 anos da CLT: um estudo preliminar.São Paulo: Ltr., 2015.

MALETT, Estevão. Temas de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1998.

MARTINS, Sergio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. São Paulo: Editora. 2ª. ed.Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_ Direito do Trabalho. 11.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_ A terceirização e o direito do trabalho. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995.

MARTINS FILHO, Ives Granda. Manual esquemático de direito e processo do trabalho. São Paulo: Saraiva, 1997.

MORAES FILHO, Evaristo de. Introdução do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compêndio de direito sindical . 3. ed. São Paulo: Ltr, 2003.

\_\_\_\_\_ Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_ Iniciação Ao Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1999.

NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. Flexibilização do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1991.

NASSIF, Elaine Noronha. Fundamentos da flexibilização: uma análise de paradigmas e paradoxos do direito e do processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2001.

NETO, José Afonso Dallegrave. Inovações na legislação trabalhista: aplicação e análise crítica. São Paulo, LTr, 2000.

\_\_\_\_\_ Direito do Trabalho Contemporâneo: Flexibilização e Efetivação. São Paulo: LTr, 2003.

O GLOBO. Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/economia/presidente-do-tst-defende-flexibilizacao-das-leis-trabalhistas-18766412>>. Acesso em 16 de Mar. 2016.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. Convenção Coletiva de Trabalho no Direito Brasileiro, setor privado. São Paulo: LTr, 1996.

\_\_\_\_\_ Assédio Moral no Trabalho: Caracterizações e Consequência. São Paulo LTr, 2013.

\_\_\_\_\_ O Dano Pessoal no Direito do Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010

\_\_\_\_\_. Direito do Trabalho e cidadania. Revista Uniachieta. Disponível em: <[http://www.portal.anchieta.br/revistas-e-livros/direito/pdf/direito14\\_4.pdf](http://www.portal.anchieta.br/revistas-e-livros/direito/pdf/direito14_4.pdf)> Acesso em: 08 Mai. 2017.

OIT 98/1943. Disponível em: <[http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT\\_098.html](http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_098.html)>. Acesso em: 06 dez. 2016.

OIT 154/81. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and1256-94.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1256-94.pdf)> Acesso em: 06 dez. 2016.

PASTORE, José. As mudanças no mundo do trabalho: leituras de sociologia do trabalho. São Paulo: LTr, 2006.

PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/parlamento/documents/crp1976.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2016.

REIS, Daniela Muradas. O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Flexibilização do Direito do Trabalho: crise econômica, novas tecnologias e política social do Estado. São Paulo: Revista LTr, 1990, vol. 54, nº 4.

RODRIGUES, Américo Plá. Princípios do direito do trabalho. 3 ed. São Paulo: LTr, 2003. 453 p.

ROMITA, Arion Sayão. Os direitos Sociais na Constituição e outros estudos. São Paulo: LTr, 1991.

\_\_\_\_\_. O fascismo no direito do trabalho: influencia da Carta del Lavoro sobre a legislação brasileira. São Paulo: LTr, 2001.

RÜDIGER, Dorothee Susanne (Coord.). Tendências do Direito do Trabalho para o Século XXI. São Paulo: LTR, 1999.

RÚSSIA, Constituição da Federação da Rússia. Tradução: Centro de Estudos Russos da Universidade de Brasília. Disponível em: <<http://www.cer.unb.br/index.php?option=com>

\_content&view=article&id=225:constituicao-da-russia-em-portugues&catid=35:construssia &Itemid=63>. Acesso em: 7 set. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

SILVA, Reinaldo pereira e. O Mercado de Trabalho Humano. São Paulo: LTR, 1998.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do Positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico- Curitiba: Juruá, 2014.

SOARES, Celso (coord.). Direito do Trabalho: Reflexões Críticas. São Paulo: LTR, 2003.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado: Novos paradigmas em face da globalização. São Paulo: Editora Atlas. 2011. 387.

STF, Recurso Extraordinário 590.415 [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE590415\\_Voto.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE590415_Voto.pdf)>. Acesso em: 15 dez. 2016.

STF, Recurso Extraordinário 661.256. Disponível em < <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4157562&numeroProcesso=661256&classeProcesso=RE&numeroTema=503>>. Acesso em: 19 dez. 2016.

STF, Recurso Extraordinário 693.456. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2016.

STF, Recurso Extraordinário 895.759. Disponível em < [www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310267537&tipoApp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310267537&tipoApp)>. Acesso em: 16 dez. 2016.

SUÍÇA, Constituição Federal da Confederação Suíça de 1999. Tradução em Português. [s.n.]. Disponível em: < [http://www.swisstopogeodata.ch/org/polit/00083/Bundesverfassung\\_prfd24.pdf?lang=de&download=NHZLpZeg7t,lnp6I0NTU042I2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCDdH9,fmym162epYbg2c\\_JjKbNoKSn6A-->](http://www.swisstopogeodata.ch/org/polit/00083/Bundesverfassung_prfd24.pdf?lang=de&download=NHZLpZeg7t,lnp6I0NTU042I2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCDdH9,fmym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A-->)>. Acesso em: 07 set. 2016.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. Direito Constitucional do Trabalho. 3. ed. (ampl. e atual.) Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_ Convenções da OIT. São Paulo: LTr, 1994.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. Proteção à relação de emprego. São Paulo: LTr, 1998.

TST.Voto da ministra Rosa Weber. Disponível em:< <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=0108900&digitoTst=92&anoTst=2007&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0669&submit=Consultar>>. Acesso em 16 mar. 2016.

UOL NOTÍCIAS, uolnoticias/Economia. Dica de Leitura. Disponível em :< <http://economia.uol.com.br/ultnot/2008/12/11/ult4294u2001.jhtm>>. Acesso em 25 set. 2015.

URIARTE, Oscar Ermida. A flexibilidade. São Paulo: LTr, 2002.

URUGUAI, Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Parties/Uruguay/Leyes/constitucion.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2016.

VENEZUELA, Constitución de la República de Venezuela de 1961. Disponível em: <<http://americo.usal.es/oir/legislatina/normasyreglamentos/constituciones/Venezuela1961.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2016.

VIANA, Márcio Túlio. A terceirização revisitada: algumas críticas e sugestões para um novo tratamento da matéria. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 78, n. 4, p. 198-224, out./dez. 2012.

VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. Relação de emprego. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

WILLIAMS, Eric. Capitalismo e escravidão. Tradução de Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ZAINAGHI, Domingos Sávio; FREDIANI, Yoni. (Coord). Novos rumos do Direito do Trabalho na América Latina. São Paulo: LTr, 2003.