

OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO DIANTE DA FLEXIBILIDADE LABORAL

Sérgio Torres Teixeira*
Fábio Túlio Barroso**

“Es evidente que, una vez que el principio de la dignidad humana se interpreta, con respeto a la persona, tanto como valor ético-moral, o espiritual como en cuanto correspondiente al ser inmerso en la concreta existencia social y síntesis ideal de un ordenamiento democrático-pluralista, es en él que se descubre la raíz primera tanto de los derechos de libertad civil y política como, y es lo que aquí nos interesa, de todos los derechos sociales.”¹

I – PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO: EVOLUÇÃO E FINALIDADES

O conteúdo do Direito do Trabalho é composto em sua maior parte por normas oriundas da atividade legislativa do Estado, em virtude da natureza tutelar das diretrizes legais. A prevalência decorrente do monopólio estatal, contudo, não significa exclusividade. Ao lado da legislação laboral, além das normas oriundas das demais fontes de produção, integra o complexo de institutos do Direito do Trabalho um elenco de princípios², peculiares à seara jurídica das relações trabalhistas.

* Juiz do Trabalho do TRT da 6ª Região; Mestre e Doutor em Direito (UFPE); Professor da Unicap, FDR-UFPE, FBV e ESMATRA VI; Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho.

** Advogado; Especialista em Direito do Trabalho (Unicap); Doutor em Direito (Universidade de Deusto, Espanha); Professor da Unicap, FDR-UFPE, FBV e ESMATRA VI.

1 BALDASSARE, Antonio. *Los Derechos sociales*. Universidad Externado de Colombia. 1. ed. segunda reimpressão. Bogotá, 2004. p. 78.

2 Os princípios orientadores em análise não se confundem com os princípios gerais do Direito. Enquanto estes são aplicados a todos os ramos da Jurisprudência, aqueles são postulados próprios de determinada ramificação da árvore jurídica. Junto com a afirmação acerca da autonomia científica do Direito do Trabalho, normalmente segue-se a afirmação sobre a existência de princípios peculiares ao ramo, distintos daqueles encontrados nos demais que compõem a constelação jurídica. Exatamente por possuir um domínio vasto, com doutrinas homogêneas precedidas por conceitos gerais comuns e marcada por um

Os princípios constituem o fundamento do ordenamento jurídico, encontrando-se acima do direito positivo, servindo de inspiração aos preceitos legais. Atuam como os pressupostos lógicos, necessários aos frutos da atividade legislativa, ocupando a posição de alicerce da lei.

Em que pese a reconhecida autonomia científica do Direito do Trabalho, assim, fatores como a origem relativamente recente e a falta de uma legislação adequada às incessantes mutações das relações trabalhistas, levam a maior parte da doutrina a considerá-lo ainda em vias de amadurecimento. De igual forma, registra-se a constante introdução ao sistema positivo pátrio de novos institutos, oriundos da criatividade do legislador nacional ou da adoção de instrumentos alienígenas e, ainda, da ratificação de tratados internacionais. Em virtude de tais circunstâncias, por conseguinte, o uso de princípios norteadores assume indiscutível importância prática.

Como ramo especial, por sua vez, o Direito do Trabalho apresenta o seu próprio elenco de princípios clássicos, considerados como universais³.

Por certo que os princípios do Direito do Trabalho foram pensados para uma realidade produtiva que proporcionou uma certa uniformidade das relações de trabalho. A realidade industrial moderna, em que se tinha como relação ordinária a prestação de serviços dos obreiros em determinado lugar, geralmente fixo e a um específico tomador de serviços, com salários e jornadas estabelecidas em decorrência desta certa conjunção de fatores relativamente uniformes na execução das tarefas pelos trabalhadores e pela administração das atividades produtivas pelos donos do negócio.

Apesar da diversidade encontrada nas relações apresentadas pelos autores na literatura pátria e estrangeira, uma lista de princípios assume a posição de

método próprio, o ramo laboral da Jurisprudência revela o seu próprio elenco de princípios. O seu conteúdo, portanto, é composto de normas e de princípios peculiares, diferentes dos que caracterizam outros ramos. Como leciona RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995. p. 7: “Cada Direito, para ser autônomo – repetimos – deve ter seus princípios próprios que, no Trabalhista, são os que estão sendo analisados. Isso não quer dizer que os princípios gerais do Direito devem ser descartados *in totum*; valerão supletivamente e desde que não contrariem os princípios específicos da disciplina”.

- 3 Tais princípios peculiares, por definição, incidem sobre um ramo específico da Ciência Jurídica. Não precisam ser exclusivos, mas de forma alguma podem ser aplicados a todos os ramos do Direito, pois então perderiam o seu caráter de peculiaridade. O reconhecimento da existência de princípios peculiares do Direito do Trabalho é pressuposto essencial à admissão da sua autonomia. A relevância da temática dentro do contexto do Direito do Trabalho é salientada pelos tratadistas laborais. RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr/Edusp, 1993. p. 11, afirma que: “consideramos importante o tema, não apenas pela função fundamental que os princípios sempre exercem em toda disciplina, mas também porque, dada sua permanente evolução e aparecimento recente, o Direito do Trabalho necessita apoiar-se em princípios que supram a estrutura conceitual, assentada em séculos de vigência e experiência possuídas por outros ramos jurídicos”.

destaque em face da sua ampla aceitação por parte dos estudiosos da matéria trabalhista. É a relação elaborada classicamente por Américo Plá Rodriguez⁴.

No seu elenco de princípios peculiares do Direito do Trabalho, o mencionado doutrinador apresenta os seguintes postulados clássicos: princípio de proteção, princípio da irrenunciabilidade dos direitos, princípio da primazia da realidade, princípio da razoabilidade, princípio da boa-fé e princípio da continuidade da relação de emprego⁵.

O princípio de proteção revela a raiz histórica do Direito do Trabalho, se relacionando com o seu principal fundamento, cuja finalidade é assegurar uma maior proteção jurídica ao empregado economicamente hipossuficiente, para afinal alcançar uma igualdade proporcional entre os sujeitos da relação de emprego.

Por certo que esta proteção se fez premente e necessária, como instrumento de manutenção da ordem e da paz social na sociedade moderna, uma vez que a partir do princípio da proteção observa-se o desdobramento de um feixe principiológico e próprio da disciplina trabalhista, que tem também por finalidade integrar o trabalhador na dinâmica do sistema produtivo, eliminando uma possível insatisfação generalizada e estrutural já previamente

4 RODRIGUEZ, Américo Plá, p. 24, entretanto, admite que o tema não está suficientemente sedimentado e tampouco consolidado na literatura especializada. RUPRECHT, Alfredo J., apresenta a seguinte relação: princípio protetor, princípio da irrenunciabilidade de direitos, princípio da continuidade do contrato, princípio da realidade, princípio da boa-fé, princípio do rendimento, princípio da racionalidade, princípio da colaboração, princípio da não discriminação, princípio da dignidade humana, princípio da justiça social e princípio da equidade. Dentre os doutrinadores brasileiros, se destaca a relação de: MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. *Os princípios do Direito do Trabalho na lei e na jurisprudência*. 2. ed., São Paulo: LTr, 1997, que inclui os seguintes princípios específicos: princípio da norma mais favorável ao empregado, princípio do *in dubio pro operario*, princípio da condição mais benéfica, princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, princípio da continuidade da relação de emprego, princípio da primazia da realidade, princípio da razoabilidade, princípio da imodificabilidade *in pejus* do contrato de trabalho, princípio da irredutibilidade salarial, princípio da igualdade de salários, princípio da substituição automática das cláusulas contratuais pelas disposições coletivas e princípio da boa-fé.

5 O princípio de proteção, reflexo direto da índole tutelar do Direito do Trabalho, se concretiza no postulado do *in dubio pro operario*, bem como nas regras da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador e da incidência da condição mais benéfica. O princípio da irrenunciabilidade dos direitos segue idêntica diretriz, estabelecendo a indisponibilidade dos direitos trabalhistas e a conseqüente limitação à autonomia da vontade das partes, vedando o despojamento de direitos pelo hipossuficiente. O princípio da primazia da realidade, por sua vez, determina a prevalência dos fatos oriundos da realidade empírica sobre documentos ou acordos, na hipótese de colidência entre tais elementos. O princípio da razoabilidade consagra a tese de que o ser humano, em suas relações laborais, procede e deve proceder conforme a razão. E o princípio da boa-fé consiste na afirmação de que ambas as partes devem cumprir fiel e lealmente as obrigações e os deveres oriundos do contrato de trabalho.

estabelecida por uma série de acontecimentos e instrumentos de organização operária, com o intuito de contestar o então modelo liberal de produção⁶.

Nesta ordem, o princípio da proteção poderá ser entendido como um princípio de equiparação formal entre os sujeitos da relação de emprego, irradiando sua teleologia para os demais princípios, inclusive, com desdobramentos na seara processual do trabalho⁷.

Tal postulado, considerado pelos juristas o mais importante do elenco, se expressa através de três regras básicas: a regra *in dubio pro operario*, correspondente ao critério segundo o qual o intérprete deve preferir a interpretação mais vantajosa para o empregado na hipótese de ser a norma suscetível de diversos entendimentos; a regra da norma mais favorável, determinando que, na hipótese de existir mais de uma norma aplicável a um caso concreto, deve ser escolhida pelo aplicador aquela mais benéfica ao hipossuficiente, mesmo quando contrário ao critério tradicional da hierarquia das normas jurídicas; e a regra da condição mais benéfica, correspondente ao critério segundo o qual a incidência de uma nova norma jamais deve prejudicar as condições mais favoráveis nas quais se encontra o empregado⁸.

O princípio da irrenunciabilidade, por seu turno, corresponde ao postulado segundo o qual o empregado não pode se despojar dos direitos trabalhistas previstos no sistema normativo, por serem indisponíveis e assegurados em normas de ordem pública, imperativas e inderrogáveis, torna inadmissível a renúncia do empregado aos direitos que lhe são assegurados, devendo ser considerada nula de pleno direito⁹.

6 Um dos mais conhecidos documentos históricos que influenciou a classe trabalhadora contra o modelo de utilização da mão de obra na sociedade moderna, foi o Manifesto do Partido Comunista de Carl Marx e Frederich Engels, de 1848.

7 No âmbito do Processo do Trabalho, pode-se observar a incidência do princípio da proteção, por exemplo, quando da não incidência de custas processuais, ao se tratar de empregado beneficiário da Justiça Gratuita, nos moldes do art. 790 da CLT.

8 Tal postulado protecionista, ao deixar em clarividência o caráter tutelar do Direito do Trabalho, não deve levar o intérprete a crer que o aplicador do Direito, ao efetivar as normas trabalhistas, age sempre de forma favorável ao empregado. A proteção jurídica decorre dos institutos laborais, não do operador do Direito. Este, especialmente quando legalmente investido na função jurisdicional do Estado, não está legitimado a extrapolar os limites do ordenamento jurídico, e “proteger por caridade”, levando o caráter tutelar ao extremo, de acordo com o seu ponto de vista pessoal. O empregado é protegido pela lei e não pelo magistrado. É característica do direito subdesenvolvido o uso de postulados como este para solucionar conflitos com uma simplicidade excessiva, em consonância com a “lei do menor esforço”, sendo esta prática judicante intolerável dentro de um sistema jurídico moderno. Vide: RODRIGUEZ, Américo Plá. p. 28.

9 Uma parte da doutrina entende ser possível a admissibilidade da renúncia, desde que ocorra após o encerramento do vínculo. No período pré-contratual e durante o decorrer do contrato, a renúncia se revela em regra intolerável. Vide: SÜSSEKIND, Arnaldo e outros. *Instituições de Direito do Trabalho*. v. 1, 18. ed., São Paulo: LTr, 1999. p. 208 e ss.

O princípio da primazia da realidade, por outro lado, significa que, na hipótese de colidência entre a realidade empírica e o que surge de documentos ou acordos, prevalece aquela, ou seja, predomina a realidade fática. De acordo com as suas diretrizes, assim, o intérprete deve dar preferência ao que ocorre no campo dos fatos, em detrimento das formalidades. É a primazia dos fatos sobre a aparência formal, conforme já defendia o doutrinador mexicano Mario de la Cueva, ao pregar os argumentos da chamada teoria do “contrato-realidade”¹⁰.

O princípio da razoabilidade, por sua vez, corresponde ao postulado que estabelece a prevalência da razão dentro do âmbito das relações trabalhistas, definindo a consagração da racionalidade dentro da esfera laboral. A premissa, portanto, é que o homem age conforme a razão, e não de forma arbitrária. Revela-se importante na interpretação da conduta dos sujeitos da relação de emprego, servindo de relevante subsídio “naquelas áreas do comportamento onde a norma não pode prescrever limites muito rígidos, nem em um sentido, nem em outro, e sobretudo onde a norma não pode prever a infinidade de circunstâncias possíveis”¹¹.

O princípio da boa-fé, enquanto postulado do Direito do Trabalho, representa a suposição segundo a qual os sujeitos da relação de emprego, o empregado e o empregador, atuam de forma leal dentro da seara das suas obrigações contratuais. Ambas as partes do contrato de trabalho, portanto, devem cumprir o respectivo pacto de boa-fé¹².

Dentre os que compõem o elenco clássico, no entanto, é o chamado princípio da continuidade da relação de emprego¹³.

Seguindo esta lógica e sendo o contrato de trabalho um pacto de trato sucessivo e de caráter *intuitu personae* em relação à pessoa do empregado,

10 DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*. tomo 1, 8. ed., México: Porrúa, 1983. p. 453. Vide ainda: RUPRECHT, Alfredo J. p. 80.

11 RODRIGUEZ, Américo Plá. p. 252.

12 RODRIGUEZ, Américo Plá. p. 270 e MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. p. 166.

13 Para DE LA CUEVA, Mario, coube à Constituição mexicana de 1917 a consagração de tal princípio (sob a denominação de *estabilidad en el trabajo*). Na sua obra: *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, p. 219, sustenta o mais conhecido dos juslaboralistas mexicanos que “la idea de la estabilidad en el trabajo es una creación de la Asamblea Magna de 1917, sin ningún precedente en otras legislaciones, ni siquiera en la doctrina de algún escritor o jurista. Nació en Querétaro, sin que pueda decirse quién fue su autor, como una idea-fuerza destinada a dar seguridad a la vida obrera y a escalar la meta tan bellamente expresada por Máximo Dursi en su cuento *Bertoldo en la Corte*: ‘vivir sin temor es el destino del hombre’”.

existe uma tendência lógica à formulação de instrumentos tendentes a assegurar a permanência do negócio jurídico, em que pese a nocividade natural decorrente dos efeitos do tempo. Assim, surge o princípio da continuidade da relação de emprego¹⁴.

Tal postulado corresponde a um dos alicerces fundamentais do moderno Direito do Trabalho, por visar à durabilidade do seu objeto nuclear. Segundo Mauricio Godinho Delgado:

“(...) informa tal princípio que é de interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais. Apenas mediante tal permanência e integração é que a ordem justralhista poderia cumprir satisfatoriamente o objetivo teleológico do Direito do Trabalho de assegurar melhores condições – sob a ótica obreira – de pactuação e gerenciamento da força de trabalho em determinada sociedade.”¹⁵

O princípio em tela significa, assim, a tendência em se assegurar o prosseguimento da relação de emprego, almejando manter o contrato de trabalho em pleno vigor durante o período de tempo mais longo possível, protegendo-o de atos destinados a provocar o seu término. A diretriz estabelecida pelo princípio da continuidade da relação de emprego, pois, é no sentido de assegurar a sua durabilidade, evitar a sua terminação e por fim, integrar o trabalhador na dinâmica do processo produtivo, possibilitando que, com o mínimo de estabilidade laboral, em decorrência do prosseguimento no trabalho, possa estabelecer uma situação de conforto material e psicológico nas suas relações sociais.

A sua posição de destaque dentre os princípios universais do Direito do Trabalho, portanto, se revela inquestionável. Os seus fundamentos, por outro

14 A denominação escolhida retrata a nomenclatura mais constantemente utilizada pela doutrina, seguindo as lições de Plá Rodríguez. Alguns tratadistas, no entanto, preferem as expressões “permanência”, vide: RUPRECHT, Alfredo J., p. 55, “perdurabilidade” e RODRIGUEZ, Américo Plá, *Curso de Direito do Trabalho*. trad. por João da Silva Passos, 1982, p. 38, ou “estabilidade”, DE LA CUEVA, Mário. *Derecho Mexicano del Trabajo*. Plá Rodríguez, ao defender a denominação princípio da continuidade da relação de emprego, *Princípios...*, p. 140, critica as demais expressões. Ao sustentar que continuidade, além de ser a nomenclatura mais utilizada, é a de conotação sumamente apropriada, por fazer alusão ao que se prolonga e se mantém no tempo (ideia central que se quer invocar com o princípio em tela), aponta as falhas das outras denominações, afirmando que enquanto a estabilidade designa especificamente um instituto concreto relacionado com o postulado (por proteger o empregado contra a dispensa), permanência e perdurabilidade revelam uma noção de perenidade que não caracteriza o contrato individual de trabalho, cuja duração não é infinita. MARQUES DE LIMA, Francisco Meton, p. 101, adotou a nomenclatura consagrada pelo autor uruguaio, enquanto RUPRECHT, Alfredo J., p. 54, preferiu a denominação princípio da continuidade do contrato.

15 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 209.

lado, demonstram ainda mais a relevância do postulado dentro da seara das relações laborais, inseridas em um momento histórico de grande importância nas relações jurídicas, políticas e sociais¹⁶.

Outro princípio de relevância na implementação do Direito do Trabalho como disciplina jurídica, é o princípio da intangibilidade salarial. Neste sentido, deverá ser entendido como elemento genérico que impede a subtração dos valores de natureza de subsistência do trabalhador¹⁷, ou seja, o salário, sem que haja previsão legal para isto.

Este princípio comporta desdobramentos, sendo o natural, o princípio da irredutibilidade salarial, admitindo-se uma disponibilidade relativa do elemento formal ordinário, consubstanciado na possibilidade de redução salarial temporária e justificada, em decorrência de situações empresariais excepcionais, sempre respeitado o piso salarial legal ou convencional¹⁸.

Na mesma esteira, consoante lição de Godinho, o princípio da intangibilidade também encontra desenvolvimentos, inclusive com denominações próprias, como o princípio da inalterabilidade contratual lesiva e o princípio da integralidade salarial, cujos objetivos estão pautados nas “garantias contra práticas que prejudiquem seu efetivo montante” e “garantias contra interesses contrapostos de credores diversos, sejam do empregador, sejam do próprio empregado”, respectivamente¹⁹.

II – PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO X FLEXIBILIDADE LABORAL

A fase histórica em que os princípios do Direito do Trabalho foram estabelecidos foi fundamental na concretização da disciplina, que pode ser considerada como o Direito Ordinário do Trabalho. Isto, por todas as suas características e peculiaridades, principalmente pelo intervencionismo estatal na utilização da matéria e como se implementou a relação jurídica.

De se observar que as relações de trabalho de característica industrial e moderna deram ensejo a um sistema normativo de limitação das atividades

16 DELGADO, Mauricio Godinho. p. 87.

17 Dada a finalidade prevista para o salário mínimo no art. 7º, IV, que deverá ser capaz de atender a: “suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”. Entende-se como limitativo o termo “natureza alimentar”.

18 Realidade esta permitida no art. 7º, VI, da Constituição da República.

19 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 207.

privadas de trabalho, onde as figuras do empregado e do empregador permaneciam razoavelmente estáveis, graças à importância dos princípios do Direito do Trabalho em estabelecer linhas gerais de comportamento através da legislação específica.

O período de utilização do Direito Ordinário do Trabalho ou Direito Moderno do Trabalho ou, ainda, Direito Industrial do Trabalho, foi basicamente o de sua ratificação como disciplina jurídica, a partir de 1919, com a Organização Internacional do Trabalho²⁰ e o estabelecimento do padrão de relações laborais, tanto individual quanto coletivo, até 1989²¹. Com a reestruturação política, ideológica e econômica, que basicamente se iniciou naquele ano²², muda-se o padrão de acumulação do capital sem, contudo, alterar o modo de produção²³, e a figura do trabalhador assalariado sofre as consequências desta mutação conjuntural do sistema produtivo.

A partir de então, os fatores políticos, econômicos, ideológicos²⁴ e produtivos que conjugados proporcionaram a criação do Direito do Trabalho, tendo como alicerce os princípios acima indicados, passaram por significativas modificações.

Politicamente, houve o que se chama de “fim do paradigma socialista”, com a derrocada dos sistemas de orientação desta natureza nos países do Leste Europeu, que historicamente serviu como bandeira de luta do movimento obreiro unificado e o entendimento da terminação do conflito entre direita e esquerda, que proporciona uma nova forma de utilização das diferenças historicamente existentes, a unidade dialética²⁵ que, por sua vez, estabelece uma nova forma de manutenção do sistema produtivo e da paz social.

20 SUPIOT, Alain. *Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Heliasta, 2008, p. 20 e ss. O festejado autor francês indica que desde o ponto de vista formal, se poderia reconhecer que o Direito do Trabalho, como ramo autônomo, se inicia em 1910, “pues fue en dicho año que se adoptó la primera ley que instauraba un Cógido del Trabajo” na França.

21 Vide: ZAINAGHI, Domingos Sávio. Tendências do Direito do Trabalho na América Latina na era da globalização. In: *Revista de Direito do Trabalho*. ano 35, n. 133, janeiro a março de 2009, São Paulo: RT, p. 11 e ss.

22 Ainda que a reestruturação do modelo político-ideológico neoliberal tenha se iniciado anos antes, na década de 1970. ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. Boitempo, São Paulo, 2003, p. 35.

23 ANTUNES, Ricardo. p. 36.

24 Vide: CARMO, Paulo Sérgio do. *A ideologia do trabalho I*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004. p. 23.

25 Brillhante obra de: BOBBIO, Norberto. *Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política*. 2. ed., São Paulo: Unesp, 2001, em especial, p. 56. A unidade dialética caracteriza-se por ser a síntese dos interesses teoricamente antagonísticos, o que neste momento histórico pode ser entendido pela utilização dos interesses dialéticos entre trabalhadores e empregadores na veiculação da política de flexibilidade laboral, principalmente pela negociação coletiva, como instrumento de legitimação dos modelos atípicos de contratos de trabalho.

Esta derrocada do socialismo proporcionou o implemento de uma política econômica praticamente única no mundo inteiro e a reimplementação do modelo liberal, sob novo enfoque e novas práticas, consubstanciado no neoliberalismo, onde fica clara a postura abstencionista do Estado para com as relações sociais garantistas previstas em lei e, especialmente, para com as relações de trabalho.

Nesta mesma época e com uma velocidade jamais vista na história da humanidade, estabelece-se também um modelo de produção diferenciado, em decorrência da utilização da informática produtiva, com o fenômeno da reindustrialização, que por sua vez, elimina um extraordinário número de postos de trabalho²⁶.

Por fim, e conjugando tudo isto, outro fenômeno não menos espetacular na história se serve para difundir estes novos padrões de sociedade: a globalização²⁷.

Este novo paradigma de sociedade determina também novos paradigmas nas relações de trabalho, com a reciclagem do modelo industrial para uma realidade pós-industrial²⁸. De uma situação produtiva ordinária com a utilização da mão de obra em larga escala, para uma situação de utilização da mão de obra intensiva. De um moderno Direito do Trabalho, para um Direito do Trabalho pós-moderno ou Direito Flexível do Trabalho.

Eis que os princípios do Direito do Trabalho, que serviram como instrumento integrador e de proteção ao trabalhador, passam a sofrer fortes ataques em função de um Direito do Trabalho que proporciona a disponibilidade de suas normas²⁹, uma privatização do aspecto normativo, com a eliminação do então caráter cogente e imperativo de ordem pública³⁰, com uma mudança

26 Vide: RIFKIN, Jeremy, *O fim dos empregos*. São Paulo: M. Books do Brasil, 2004.

27 Vide: SOARES FILHO, José. *Sociedade pós-industrial: Os impactos da globalização na sociedade, no trabalho, na economia e no Estado*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 61 e ss. Também: SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Conferência de abertura, flexibilização do Direito do Trabalho*. Thomson/IOB, São Paulo, 2004. p. 15-16 e NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 38 e ss., BARROSO, Fábio Túlio. *Novo contrato de trabalho por prazo determinado, flexibilização laboral e internacionalização das relações de trabalho*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 21 e ss.

28 URIARTE, Oscar Ermida. *Revista Anamatra*, ano XVIII, n. 53, 2º semestre de 2007, p. 17: “A sociedade pós-industrial ‘descentraliza’ o trabalho, lhe tira a centralidade que lhe era reconhecida pela sociedade industrial, mas não cria, em seu lugar, um novo ‘ponto de conexão’, um novo ligamento do trabalhador com seus direitos de cidadania. ‘Lhe solta a mão’ e o ‘deixa cair’”.

29 ARIGÓN, Mario Garmendia. *Orden público y Derecho del Trabajo*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001, p. 51. “En tal sentido, la utilización del instrumento de la introducción de limitaciones a la autonomía de la voluntad ha estado caracterizada por asumir diversas graduaciones, las que han variado tanto en atención a los diversos estadios evolutivos de la ciencia del Derecho, como en función de la diferente naturaleza de los bienes jurídicos a los que se ha pretendido llevar protección o amparo”.

30 SÛSSEKIND, Arnaldo e outros, p. 211: “A finalidade das regras de ordem pública no Direito do Trabalho consiste em evitar o abuso da autonomia da vontade, fazendo com que os indivíduos dela desfrutem na medida em que o seu uso seja compatível com o interesse social”.

do centro protetor institucional³¹, proporcionando a utilização disponível das normas laborais.

A necessidade empresarial de concorrência mundializada passa a estabelecer por lei, novos padrões de comportamento nas relações de trabalho, que paralelamente a isto, possuem como finalidade a eliminação da capacidade de reivindicação da classe trabalhadora³². O que até então poderia ser tomado como exceção, passa a ser regra em determinados países, como por exemplo, o caso espanhol³³, que já vem retomando a tendência de continuidade na relação de emprego.

O papel designado a entidades sindicais, de proteção aos interesses individuais e coletivos dos seus representados, tido como uma busca incessante ao diálogo social com o intuito de conseguir padrões laborais superiores aos mínimos legais, passa a ser o de implementação de uma política de manutenção dos mínimos de subsistência digna aos trabalhadores e de veiculação da própria política flexibilista.

O modelo típico, padrão de contrato de trabalho, passa a conviver com outras formas, atípicas e flexíveis, como o contrato por prazo determinado, a terceirização, o contrato a tempo parcial, o consórcio de empregadores, as cooperativas, dentre outros e outras situações também atípicas, como o banco de horas e algumas consequências equivalentes ao processo do trabalho, como as comissões de conciliação prévia, que ao fim e ao cabo, determinam um processo de precarização laboral e a mitigação da dignidade da pessoa humana, presentes no modelo padrão ordinário e industrial do trabalho.

31 BARROSO, Fábio Túlio. *Direito flexível do trabalho*: abordagens críticas. Recife: EDUFPE, 2009. p. 37.

32 RANGEL, Maurício Crespo. *Relações de trabalho*: novos paradigmas. Revista do TST, Brasília, v. 73, n. 3, jul./set. 2007. p.133: “A partir das mudanças ocorridas nos anos 70, com o advento do Estado neoliberal, intimamente vinculado às necessidades do capital em crise, vislumbra-se a necessidade de se resolver o déficit fiscal, cujas incursões incidem sobre as relações sociais de produção e sobre a correlação de forças entre as classes sociais. O Estado neoliberal surge como instrumento da mundialização do capital. A transferência do patrimônio público/estatal para a gestão direta do capital privado, fazendo largo uso de subsídios, é uma das mudanças básicas, juntamente com a flexibilização dos direitos sociais do trabalho. A crise induzida aos sindicatos e partidos operários e a fragmentação dos sujeitos coletivos reforçam a tendência ao esvaziamento das instâncias de representação política democrática. Assim, verifica-se que a globalização como forma de unificação mundial da circulação de mercadorias e de fluxos financeiros impede a unificação da força de trabalho”.

33 Com a inversão do princípio da continuidade das relações de trabalho, que por certo trouxe um sem-fim de problemas no seio da sociedade daquele país, conforme relata: ALEDO, Carlos Alvarez. *El impacto de la contratación temporal sobre el sistema productivo español*: relaciones entre segmentación laboral y productiva, Consejo Económico y Social, Madri, 1996.

Eis que, com todas estas alterações dos padrões da sociedade, a utilização dos princípios do Direito do Trabalho fica cada vez mais dificultada, vista a utilização de novas formas contratuais e métodos de utilização diferenciados das regras contratuais³⁴, que por certo, também trazem como consequência uma segmentação e dualização social, que rompem com o postulado solidarista³⁵ presente no Direito Ordinário do Trabalho.

O sentido de identidade obreira, presente nas relações de subordinação do Direito Ordinário do Trabalho, também praticamente se esgota com a implementação da concorrência profissional, da pós-modernidade, que passa a descentralizar o sujeito trabalhador³⁶.

Como forma de resistência a esta nova realidade, surge um novo princípio do Direito do Trabalho, o princípio do não retrocesso social, que pode ser entendido da seguinte forma:

“O princípio do não retrocesso social, pouco explorado por nossa doutrina, ou quase que inexistente, caracteriza-se pela ideia de que os ganhos sociais e econômicos, após serem realizados, jamais poderão ser ceifados ou anulados, passando a ser uma garantia constitucional. Com isso, qualquer direito social consagrado jamais poderá simplesmente sair de cena. Se olharmos o histórico dos direitos sociais, perceberemos a imensa conquista obtida no século passado. Diante dessas conquistas, muito se fala em relativizar esses preceitos, mas especificamente os que dizem respeito aos trabalhadores.”³⁷

Consolida-se em um princípio de resistência a esta investida do Direito Flexível do Trabalho, com o intento de fazer valer as normas mínimas de proteção e dignidade do trabalhador. A diferença do que ocorreu com os princípios originários, o princípio do não retrocesso social nasce no período histórico em que a legislação do trabalho sofre um dos seus mais graves ataques, que tem por escopo a eliminação do papel intervencionista e equiparador, para

34 Pode-se ver a exemplo: MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante. *Além dos portões da fábrica: o direito do trabalho em reconstrução*, Revista TST, Brasília, v. 73, n. 3, jul./set. 2007, p. 98 e ss.

35 PÉREZ, José Luis Monereo. Introdução: O modelo de regulação da sociedade salarial e sua crise. In: BARROSO, Fábio Túlio. *Direito flexível do trabalho, abordagens críticas*. Recife: EDUFPE, 2009, p. 21.

36 HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 34 e ss.

37 AFONSO, Túlio Augusto Tayano. *Direitos sociais e o princípio do não retrocesso social*. Revista de Direito do Trabalho, ano 33, n. 124, jan./mar. de 2007, São Paulo: RT. p. 243.

a implementação de um modelo que revigora a autonomia da vontade e o abstencionismo estatal, característica do neoliberalismo³⁸.

Por isso, “os direitos sociais e econômicos (ex. direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo”³⁹, que devem ser mantidos e buscados como corolário de dignidade do trabalhador.

Considera-se, pois, o princípio do não retrocesso social, como um verdadeiro princípio de resistência à dinâmica flexível do trabalho, com a necessidade de reconhecimento no ordenamento jurídico e se necessário for, por norma expressa constitucional, observado o elemento finalista de melhoria da condição social do trabalhador, presente no *caput* do art. 7º da Constituição, como instrumento de realização do princípio maior e adrede em todos os ramos jurídicos: o princípio da dignidade do ser humano.

CONCLUSÕES

Em face da introdução na nossa sociedade de novos modelos produtivos, políticos e econômicos, pode-se observar a introdução paulatina de novos modelos de relações de trabalho que modificam o marco legal e, conseqüentemente, fragmentam a efetividade dos tradicionais princípios do Direito do Trabalho.

Estes novos modelos de utilização da mão de obra assalariada perfazem um Direito Flexível do Trabalho, com a utilização disponível das normas laborais até então cogentes, de ordem pública, que ao fim e ao cabo tem como teleologia a total privatização do Direito do Trabalho.

Também como consequência da utilização flexível ou disponível da legislação laboral, observa-se a precarização das relações de trabalho, e a quebra

38 Que por sua vez poderá, seguindo esta perspectiva, eliminar a razão de ser desta disciplina jurídica, pois a utilização exacerbada da autonomia da vontade nas relações de trabalho acaba por descaracterizar intervencionismo estatal, estabelecendo um modelo de relações de trabalho com forte influência do modelo anglo-saxão: sobre a aplicação do modelo anglo-saxão de relações de trabalho nas democracias atuais, vide: GRAU, Antonio Baylos, Mercado y Sistema jurídico laboral en el nuevo siglo (notas para debater con Moisés Meik), in: GIANIBELLI, Guillermo e ZAS, Oscar, *Estudios de teoría crítica del Derecho*. Buenos Aires: Bomarzo Latinoamericana, 2006, p. 67.

39 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 326. In: AFONSO, Túlio Augusto Tayano. *Direitos sociais e o princípio do não retrocesso social I*. p. 234.

DOCTRINA

da equiparação formal existente entre empregado e empregador, estabelecida pelo princípio da proteção e pelos demais princípios do Direito Ordinário do Trabalho, o que, por conseguinte, rompe com uma das finalidades deste ramo especial do Direito: o princípio da dignidade do trabalhador.

Como resposta a esta onda privatista e modificadora da essência tutelar conjuntural ao trabalhador no sistema produtivo, nasce o princípio do não retrocesso social, que se estabelece como um verdadeiro princípio de resistência à flexibilização e suas consequências.

Não só o Direito, mas todos os seus operadores e a sociedade em geral, devem envidar esforços no sentido de ratificar este novo princípio como corolário de uma sociedade mais justa, que tem por finalidade a manutenção na ordem jurídica do princípio basilar e comum a todos os ramos do Direito: o princípio da dignidade do ser humano.