

FLEXIBILIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO E A NEGOCIAÇÃO COLETIVA: UMA ANÁLISE DE SEUS LIMITES À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR

FLEXIBILIZATION OF WORKING CONDITIONS AND COLLECTIVE BARGAINING: AN ANALYSIS OF ITS LIMITS IN LIGHT OF THE PRINCIPLE OF WORKER'S PROTECTION

José Guimarães Mendes Neto*

Fernando Hugo Rabello Miranda**

Ricardo Lourenço Filho***

Resumo: Este artigo possui o objetivo de analisar os limites da flexibilização das condições de trabalho, sob o baluarte do princípio da proteção ao trabalhador. Para tanto, cuidou-se inicialmente do aspecto conceitual a respeito da flexibilização das condições de trabalho, bem como de suas formas de instrumentalização que estão previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Em sequência, verificou-se a centralidade da problemática ao se trabalhar com o princípio da proteção ao trabalhador e observando, a partir de então, os limites da negociação coletiva. No mais, cumpre-se destacar que este presente artigo buscou não só trabalhar com a perspectiva doutrinária, mas sobretudo deu atenção as decisões jurisprudências, em especial do Tribunal Superior do Trabalho.

Palavras-Chave: Flexibilização. Negociação Coletiva. Limites. Proteção ao Trabalhador.

Abstract: This article aims to analyze the limits of the flexibilization of working conditions, under the bulwark of the principle of worker protection. In order to do so, we first took care of the conceptual aspect regarding the flexibilization of the working conditions, as well as of its forms of instrumentalization that are foreseen in the Brazilian legal system. In the sequence, the centrality of the problematic was verified when working with the principle of worker protection and observing, from then on, the limits of collective bargaining. Moreover, this article sought not only to work with the doctrinal perspective, but especially it gave attention to the jurisprudence decisions, in particular of the Superior Labor Court.

Keywords: Flexibilization. Collective Bargaining. Limits. Worker's Protection.

INTRODUÇÃO

Sabemos que o atual momento de globalização, por vezes, vem a exigir mudanças nas condições técnicas de organização do trabalho, assim como na forma de contratação do

* Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília-DF, Brasil. Email: guimaraesneto@hotmail.com

** Doutor e mestre em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Direito e Ciências do Trabalho Europeu pela Université Toulouse 1 Capitole, França. Pós-Graduado em Processo Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília-DF, Brasil. Advogado. Email: fernando.miranda@gmail.com

*** Doutor e mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB. Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília-DF, Brasil. Email: ricardo.lourencofilho@gmail.com

empregado. No entanto, esse cenário jamais deve servir como justificativa para precarizações das condições do trabalho.

Deste modo, a flexibilização das condições trabalhistas por meio da negociação coletiva, enquanto forma de fomentar a competitividade das empresas, não deve vir a acontecer de maneira alheia a limites, pelo contrário, deve sempre ser lida à luz de princípios, tais como o da proteção ao empregado.

Exatamente para essa idéia que o presente artigo se volta, ou seja, o objetivo aqui presente é o de análise dos limites da flexibilização das condições de trabalho exteriorizadas através da negociação coletiva, tendo um olhar, como dito, voltado ao princípio da proteção ao trabalhador.

Para tanto, trabalha-se inicialmente com a flexibilização das condições de trabalho e, principalmente, quanto as suas formas de instrumentalização previstas no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, com as formas práticas pela qual a flexibilização ganha corpo, espaço e, conseqüentemente, se exterioriza. Em seguida, perpassa-se por um estudo sobre o fundamento do princípio da proteção ao trabalhador e quanto aos limites à autonomia da negociação coletiva.

Diante disso, torna-se clara e indiscutível a relevância desta temática: primeiro quanto ao âmbito científico, uma vez que coloca em debate questões polêmicas e atualizadas, tais como a flexibilização das condições de trabalho, a negociação coletiva e o princípio da proteção ao trabalhador; segundo no âmbito social, haja vista o possível esvaziamento de condições trabalhistas mínimas, sob a máscara discursiva da globalização.

1 A FLEXIBILIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO E SUAS FORMAS DE INSTRUMENTALIZAÇÃO PREVISTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A flexibilização das condições de trabalho possui como precípua fim a instituição de novas tendências e mecanismos para que sejam compatibilizados as eventuais inovações e mudanças tecnológicas no âmbito econômico e social entre o capital e o trabalho, buscando, assim, assegurar os mínimos direitos do trabalhador, bem como a legítima sobrevivência do empregador (PEREIRA; MACHADO, 2016, p. 85).

No mais, para alguns, esse processo de flexibilização das normas trabalhistas seria consequência do processo de globalização, com vistas a assim ajustar as empresas para a competitividade não só nacional, mas internacional (DA SILVA, 2007, p.135).

Pois bem. Ciente dessa nova concepção, o constituinte originário prestigiou essa idéia ao admitir, no capítulo próprio dos direitos sociais, a possibilidade de ocorrer negociação coletiva, bem como a obrigatoriedade de que as mesmas viessem precedidas da participação dos sindicatos das respectivas categorias profissionais (PEREIRA; MACHADO, 2016, p. 85).

Deste modo, não obstante a existência de debate doutrinário e jurisprudencial quanto a defesa, ou não, da idéia da flexibilização das condições de trabalho, o fato é que a Constituição Federal de 1988 reconhece claramente sua possibilidade ao reconhecer instrumentos próprios para sua concretização, quais sejam, as convenções e os acordos coletivos de trabalho (PEREIRA; MACHADO, 2016, p. 87).

Contudo, por mais que haja previsão legal nesse sentido, a temática está longe de ser pacificamente aceita, razão pela qual torna-se imprescindível mencionar sobre os posicionamentos oscilantes a respeito da flexibilização das leis trabalhistas.

Primeiramente, quem se posiciona pela defesa, entende ser este um processo no qual se transforma algo rígido em algo mais flexível, proporcionando, portanto, maior e melhor elasticidade às normas do direito do trabalho. A finalidade, porém, seria de proporcionar condições mais adequadas aos trabalhadores e, principalmente, de adequar as mesmas para com as grandes alterações advindas das crises econômicas e do desenvolvimento tecnológico (PEREIRA; MACHADO, 2016, p. 86).

Por outro lado, a versão crítica defende que a flexibilização das condições de trabalho seria responsável por desregulamentar e precarizar o contrato de trabalho colocando em xeque, sobretudo, o princípio da proteção ao trabalhador. Para esta posição, o trabalho não deveria ser visto como uma simples mercadoria, mas sim ser tratado e respeitado à luz dos valores e princípios sobre os quais se fundamenta a sociedade brasileira, ou seja, apenas poderia vir a ser “possível efetuar a flexibilização do Direito do Trabalho se respeitados os limites impostos pela ordem pública, claramente expressos na Constituição Federal de 1988” (DA SILVA, 2007, p. 151).

Os Tribunais Regionais e o Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, se posicionavam de maneira a permitir a flexibilização de condições de trabalho, em favor da negociação coletiva, conforme algumas Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do próprio

TST. Todavia, tal postura sofrera mudanças, especialmente, no próprio Tribunal Superior do Trabalho, uma vez o fato deste ter passado a adotar um posicionamento mais restritivo quanto a flexibilização, dando prevalência a norma estatal, sob a justificativa de assim melhor preservar os mínimos direitos trabalhistas, e, portanto, não permitindo a negociação coletiva irrestrita (PEREIRA; MACHADO, 2016, p. 87).

Um grande exemplo dessa mudança aconteceu quanto ao adicional de periculosidade e da sua inicial possibilidade de fixação em percentual inferior ao legislado, uma vez havendo previsão nesse sentido em acordo ou em convenção coletiva. Isto é, o TST tinha posicionamento sumulado, no antigo item II da Súmula 364, de que o adicional de periculosidade poderia vir a ser pago em quantidade inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, desde que houvesse acordo ou convenção nesse sentido (BRASIL, 2016).

Acontece que sobreveio a prevalecer no TST o entendimento de que seria vedado qualquer mitigação ao adicional de periculosidade, por se tratar de medida relativa a saúde e a segurança do trabalho garantido por norma de ordem pública, isto é, negociação coletiva flexibilizando o percentual de adicional de periculosidade a menor do legalmente previsto, ainda que proporcional ao tempo que o trabalhador fica exposto ao risco, não prevaleceria de forma alguma. Por consequência, o próprio item II da Súmula 364 do TST foi cancelado e inserido novo verbete que passou a consagrar o novo posicionamento supracitado do TST de que é proibido qualquer mitigação do adicional de periculosidade (BRASIL, 2017).

Diante de todo esse contexto, não obstante ainda haja forte debate no âmbito doutrinário e institucional, observa-se que a flexibilização das condições de trabalho tem previsão e instrumentalização em nossa Carta Magna, assim como ganha mais força com a sanção da Lei nº 13.467/2017. No entanto, os posicionamentos dos Tribunais do Trabalho, em especial do Tribunal Superior, vêm sendo dominante no sentido de dar prevalência do legislado em face do negociado como forma de proteção aos mínimos direitos trabalhistas constitucionalmente garantidos sob a égide fundamental do princípio da proteção ao trabalhador. Diante disso, não se pode olvidar em também discutir por menores sobre esse princípio, bem como sobre os limites necessários pela qual a negociação coletiva deva observar.

2 O FUNDAMENTO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR E OS LIMITES À AUTONOMIA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Em razão da diferença do contrato de trabalho com os contratos de natureza cível, firmou-se no Direito do Trabalho, tanto em âmbito de doutrina como de jurisprudência, alguns princípios implícitos que servem como direcionamento para o intérprete, bem como para o legislador infraconstitucional.

Sabe-se que, diante da igualdade de todos os cidadãos perante a lei, igualdade essa substancial, portanto, não meramente formal, assentou-se o fundamento do princípio da proteção ao empregado em razão de as partes celebrantes do contrato de trabalho encontrarem-se em posição de desigualdade jurídica por conta de suas diferenças econômicas, de um modo que passou a ser necessário a criação de normas que viessem a ser capazes de mitigar esse desequilíbrio (DE OLIVEIRA; DE OLIVEIRA, 2009, p. 197).

Essa desigualdade, por sua vez, possui diversas causas, tais como: dependência econômica do empregado, haja vista a natureza alimentar do salário pago pelo empregador; a subordinação jurídica, isto é, o empregado fica submetido a autoridade do seu empregador, uma vez o poder diretivo conferido a este que lhe assegura, como exemplo, poderes como o de sancionar o empregado por descumprimento de ordens, proporcionando ao empregado ainda mais uma situação de inferioridade; a própria personalidade na prestação dos serviços também é uma causa, pois o empregado muitas vezes se expõe a ambientes não propícios ao labor digno e saudável, exemplo, os ambientes insalubres ou perigosos; por fim, a última, mas, se duvidar, a principal das causas dessa desigualdade que é a ignorância do empregado quanto aos seus devidos direitos trabalhistas, sobretudo, considerado a taxa nacional de analfabetismo (DE OLIVEIRA; DE OLIVEIRA, 2009, p. 197).

Diante de todas essas peculiaridades, observa-se o porquê que o contrato de trabalho é distinto, bem como o grau de superioridade jurídica na relação de trabalho que deve ser conferida ao empregado. Todavia, essa função protecionista ao empregado também não pode ser amplamente desarrazoada, sob pena de ignorar o caráter bilateral da relação de emprego (ROMITA, 2002, p. 15).

Fato é que na seara do Direito do Trabalho esse princípio exerce fundamental destaque quando da orientação dos interpretes nas normas trabalhistas por compensar a desigualdade *prima facie* da relação de trabalho, proporcionando, ainda, um verdadeiro ideal de justiça e igualdade. Contudo, há que se exigir que sua aplicação seja com a devida e necessária prudência, uma vez a vigência do também constitucional princípio da autonomia privada coletiva (DE OLIVEIRA; DE OLIVEIRA, 2009, p. 197).

Portanto, em contraposição, tem-se também o princípio constitucional da autonomia privada coletiva cuja expressão acontece por meio das negociações coletivas e estas, por sua vez, conferem poder de autorregulamentação aos entes coletivos – empresa (ou sindicato patronal) e o sindicato obreiro -, a fim de que ambos, por meio de recíprocas concessões, editem cláusulas que venham a ser aplicáveis as relações individuais de trabalho das categorias outrora envolvidas na transação. Porém, sua produção de efeitos apenas se expressa por intermédio de instrumentos coletivos de trabalho, quais sejam, o acordo e a convenção coletiva (JORGE, 2013, p. 27).

Pois bem, importante se destacar que, embora exista forte divergência doutrinária e jurisprudencial quanto ao tema da flexibilização trabalhista, a verdade é que a partir da sua adoção pela Constituição Federal, o Direito do Trabalho passou a deixar então de ser puramente orientado pela concepção protecionista, isto é, passou a uma concepção de que a autonomia privada coletiva romperia com postulados estruturais do Direito do Trabalho.

Inclusive, Arion Sayão Romita (2016, p. 1032) menciona, a título de contextualização histórica, que não foi o Estado que conferiu o poder de regulação as pessoas sujeitas a sua soberania, mas sim o que existe desde o princípio é a autonomia privada que, entretanto, vai regredindo na medida em que avança a organização social. Neste interim, o Estado passa a assumir funções que antes eram outorgadas unicamente aos indivíduos, porém, as experiências totalitárias sejam de direita ou de esquerda demonstraram a importância do respeito aos limites do intervencionismo estatal, ou seja, este jamais “pode prever tudo e nem prover a tudo, num mundo super povoado e massificado”.

Assim sendo, a negociação coletiva não só proporciona menos espaço e risco para uma intervenção estatal totalitária, como insere, no contexto trabalhista, o conceito de diálogo institucional, direcionando protagonismo não mais ao Estado, mas aos autores sociais, sustentando, portanto, uma convivência harmônica própria de um regime democrático como o brasileiro (ROMITA, 2016, p. 1037).

Todavia, não obstante a importância deste princípio, não se pode olvidar de mencionar o quão imprescindível é o observar objetivo que deve se dar aos seus limites, haja vista o seu caráter não absoluto de incidência. Além disso, alguns entraves ao desenvolvimento da negociação coletiva no Brasil são de importante destaque.

Primeiramente, para a existência de uma adequada negociação coletiva, é imprescindível a existência de sindicatos fortes, representativos e sobretudo democráticos. Ocorre que, em razão das características do sindicalismo brasileiro, especialmente, da

unicidade sindical e da contribuição sindical obrigatório, o que se observa é uma organização sindical que não condiz com o espírito democrático e que, por consequência, acaba afastando os trabalhadores daqueles que, a princípio, deveriam ser o seu autêntico representante e legítimo porta-voz dos seus interesses. Por conta disso, a autonomia negocial coletiva no Brasil carece de prestígio, haja vista a vigência de um modelo de sindicalismo nada democrático (ROMITA, 2016, p. 1036).

Além da questão sindical, outro considerado entrave para o desenvolvimento da negociação coletiva no Brasil é o fato dos direitos conquistados pelos empregados, quando dos contratos coletivos, não serem devidamente observados pelos empregadores. Além disso, com base na premissa de que a negociação coletiva pode flexibilizar direitos trabalhistas que “os acordos e convenções coletivas não tem sido utilizado para a conquista de melhores condições de trabalho, ocorrendo a precarização dos direitos legalmente assegurados (JORGE, 2013, p. 40).

Por sua vez, quanto aos limites, defende-se a idéia de que a flexibilização das condições trabalhistas apenas poderá ocorrer mediante negociação coletiva apenas para corresponder única e exclusivamente aos incisos VI, XIII e XIV do artigo 7º da Constituição Federal, com a finalidade única de melhorar e elevar a condição social do trabalhador e não para precarizar ainda mais os seus direitos. A razão para que se defende essa possibilidade de negociação nestes supracitados incisos se dá por conta dos mesmos tratarem de disponibilidade relativa (JORGE, 2013, p. 41).

De outra forma, quanto aos direitos de indisponibilidade absoluta - por exemplo, direito fundamental a um trabalho digno - os instrumentos para flexibilização das condições de trabalho jamais podem ser utilizados, sob pena de colocar em risco as normas mínimas de proteção ao empregado (JORGE, 2013, p. 41).

Assim sendo, admite-se a possibilidade de flexibilização das condições trabalhistas por intermédio da negociação coletiva, para fins de satisfação do cenário globalizado na qual vivemos, entretanto, essa possibilidade não está à mercê de limites, pelo contrário, é amplamente necessário que seja respeitado as condições mínimas de trabalho à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da proteção ao empregado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo esse contexto, o artigo ora realizado se propôs ao enfrentamento do problema quanto a flexibilização das condições de trabalho, instrumentalizada a partir das negociações coletivas e a necessária observância de seus limites à luz do princípio da proteção ao trabalhador.

Para tanto, partiu-se, inicialmente, do estudo sobre a flexibilização das condições de trabalho e de sua precípua finalidade, bem como da sua forma de exteriorização prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, o objetivo voltou-se para a análise do fundamento do princípio da proteção ao trabalhador e, sobretudo, dos limites à autonomia da negociação coletiva.

Nesse contexto, ao se cruzar a finalidade da flexibilização trabalhista e sua forma de exteriorização presentes no ordenamento jurídico brasileiro, vide negociação coletiva, com os limites desta e com o fundamento do princípio da proteção ao trabalhador, verificou-se que em a negociação coletiva poderá ocorrer apenas para corresponder aos incisos VI, XIII e XIV do art. 7º da Constituição Federal, portanto, pode ocorrer para a finalidade de melhorar e não precarizar os direitos e as condições de trabalho do empregado. Assim sendo, com tal perspectiva, observa-se que a negociação coletiva não pode ocorrer quanto aos direitos de indisponibilidade absoluta, sob pena de tal perspectiva poder acabar provocando substanciais retrocessos aos direitos mínimos e fundamentais do empregado.

Contudo, não se quer com isso afirmar que a possibilidade de flexibilização das condições de trabalho por intermédio da negociação coletiva deve nunca acontecer, pelo contrário, aqui defende-se sim sua possibilidade de incidência, entretanto, mais que isso, defende-se que esta possibilidade por mais bem intencionada que seja não pode, em hipótese alguma, está à mercê de limites, uma vez a incontestada necessidade e importância de que as condições mínimas de trabalho continuem sendo mantidas e não minoradas, sob pena de violação de princípios tais como o da dignidade da pessoa humana e da proteção ao empregado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1226520145030017. Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado. 3ª Turma. Julgamento: 16/11/2016. 2016.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso de Revista nº 14461120115090088. Relator: Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão. 7ª Turma. Julgamento: 07/06/2017. 2017.

DA SILVA, Walküre Lopes Ribeiro. **Autonomia Privada Coletiva**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 102. P. 135-159. Jan/Dez.2007. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67753-89183-1-pb.pdf>. Acesso em: 29/07/2017.

DE OLIVEIRA, Lourival José; DE OLIVEIRA, Pérola Toneti. **Os limites da negociação coletiva a partir do princípio da proporcionalidade**. Revista de Direito Público. Londrina. V. 04. N. 01. P. 195-218. Jan/Abr. 2009. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/10743/9393>. Acesso em: 29/07/2017.

JORGE, Téssia Gallina. **Os limites à autonomia das negociações coletivas**. Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Especialização em Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista. 2013. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/128067/000948987.pdf?sequence=1>. Acesso em: 29/07/2017.

PEREIRA, Flavia Alejandra Fernandez; MACHADO, Raimar Rodrigues. **A possibilidade de flexibilização das normas trabalhistas por meio de negociações coletivas como forma de garantia dos direitos mínimos dos trabalhadores**. V Encontro Internacional do Conpedi Montevideu – Uruguai. Grupo: Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho I. Organização Conpedi. Coordenadores: Jorge Rosenbaum Rimolo. Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva. 2016. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/5n09a0fv/qRdJUvJS9TPrfDO6.pdf>. Acesso em: 29/07/2017.

ROMITA, Arion Sayão. **Princípios em conflito: Autonomia Privada Coletiva e Norma mais favorável – O negociado e o legislado**. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, ano 28, n. 107, p. 23-24, jun./set.2002.

ROMITA, Arion Sayão. **Os limites da autonomia negociada coletiva segundo a jurisprudência**. Revista LTr. Vol. 80. Nº 09. P. 1031-1047. Setembro/2016.

RECEBIDO EM: 10/04/2018.

APROVADO EM: 04/06/2018.