

**OS EFEITOS DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA DIMENSÃO OBJETIVA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS NA FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS
TRABALHISTAS**

**THE EFFECTS OF THE APPLICATION OF THE THEORY OF STRICT
DIMENSION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE FLEXIBILITY OF LABOR
STANDARDS**

**Victor da Silva Mauro¹
Rodrigo Lopes Nabarro²**

RESUMO

A pesquisa pretende investigar a compatibilidade da teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais com os direitos constitucionais dos trabalhadores, assim como, objetiva identificar quais os efeitos da aplicação da teoria da dimensão objetiva na flexibilização das normas trabalhistas e a consequente postura do Estado. O cerne deste trabalho é apurar se a flexibilização das normas trabalhistas pode ser considerada como um retrocesso jurídico. Partindo-se do pressuposto de que os direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal são direitos individuais fundamentais, que caracterizados como cláusulas pétreas, não poderão ser abolidos, tem-se como hipótese: a impossibilidade de retroagirem. A metodologia de pesquisa, que se valeu do método hipotético-dedutivo, foi composta de análise bibliográfica de doutrina de direito nacional e internacional, assim como o estudo de jurisprudência. Tomando-se como referencial teórico Daniel Sarmiento e pautando-se na Teoria da Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais, concluiu-se pela compatibilização com o Direito do Trabalho. Concluiu-se, ainda, que o Estado deve basear-se em uma conduta positiva e que uma das consequências da compatibilidade da teoria é a limitação da flexibilização das normas trabalhistas, sob pena de caracterização do retrocesso jurídico.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE) – Área de concentração: Justiça, Empresa e Sustentabilidade – Linha de Pesquisa: Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Especialista em Direito das Relações de Consumo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC). Graduado em Direito pela Universidade Cidade de São Paulo (UNICID). Professor da Universidade Nove de Julho – UNINOVE. Advogado. E-mail: vdmauroduarte@gmail.com.

² Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE) – Área de concentração: Justiça, Empresa e Sustentabilidade – Linha de Pesquisa: Justiça e o Paradigma da Eficiência. Especialista em Direito Empresarial (UNIFMU), Direito do Trabalho (UNICID) e Direito Constitucional (LFG). MBA em Administração Pública (UNIDERP-Anhanguera). Graduado em Direito (UNICAPITAL) e Administração (UNIFAI). Graduado em Gestão de Políticas Públicas (USP). Assistente da Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – São Paulo. Professor da Faculdade de Desenho Industrial de Mauá CESMA – FADIM. E-mail: nabarro@usp.br.

Palavras-Chave: Flexibilização. Teoria da dimensão objetiva. Retrocesso jurídico. Cláusulas pétreas.

ABSTRACT

The research aims to investigate the compatibility of the theory of objective dimension of fundamental rights with the constitutional rights of workers, as well as, which aims to identify the effects of the application of the theory of objective dimension in relaxation of labor standards and the resulting posture of the state. The core of this work is determine whether the relaxation of labor standards can be considered as a legal setback. Starting from the assumption that labor rights in the Federal Constitution are fundamental individual rights that characterized as immutable clauses, can not be abolished, it has been hypothesized: the impossibility of retroagirem. The research methodology, which earned the hypothetical-deductive method, was composed of bibliographic analysis of the doctrine of national and international law, as well as the study of jurisprudence. Taking as theoretical Daniel Sarmiento and basing on the Theory of Dimension Objective of Fundamental Rights, concluded the compatibility with the Labor Law. Concluded further that the state should be based on positive conduct and that one consequence of the compatibility of the theory is the limitation of flexibility of labor regulations, under penalty of legal characterization kicker.

Keywords: Easing. Theory of objective dimension. Legal setback. entrenchment clauses.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 tem como núcleo axiológico a proteção aos direitos fundamentais do individuo, núcleo este centrado especificamente no artigo 5º. Entretanto, o rol de direitos fundamentais não se restringe ao quanto disposto no mencionado dispositivo da Magna Carta, encontrando-se presente também em diversos outros dispositivos constitucionais.

Dentre estes dispositivos encontram-se os direitos dos trabalhadores previstos no artigo 7º da Constituição Federal que, no constitucionalismo liberal (BAHIA, 2012, p. 31), eram reconhecidos exclusivamente a partir de uma perspectiva subjetiva que se restringia a identificar quais pretensões o trabalhador poderia exigir em razão de um direito positivado na ordem jurídica.

Com o surgimento de outra faceta de tais direitos, denominada de teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais que, além de impor certas prestações aos poderes estatais, também consagravam os valores mais importantes em uma comunidade política, aquele quadro sofreu alterações.

Atualmente, admite-se a existência de dois efeitos práticos da teoria da dimensão, quais sejam, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais e a teoria dos deveres estatais de proteção.

Assim, por meio deste trabalho, busca-se analisar a compatibilidade da teoria da dimensão objetiva com o direito do trabalho, a fim de estabelecer quais seriam seus possíveis efeitos na flexibilização das normas trabalhistas e qual a postura a ser adotada pelo Estado frente a esta situação jurídica.

Ademais, visa-se identificar se a flexibilização das normas jurídicas trabalhistas seria um retrocesso jurídico.

O tema apresentado possui grande relevância no atual ordenamento jurídico, tornando imprescindível uma ampla e merecida discussão porque trata de um assunto que envolve a disponibilidade de direitos sociais, que, frise-se, foram conquistados após o derramamento de muito sangue.

É salutar destacar que existem importantes divergências conceituais, as quais se procura entender e esclarecer com base na doutrina, na jurisprudência e nos princípios gerais do direito. Ademais, é cediço que os direitos dos trabalhadores são constantemente lesados, ora por empregadores, pessoas físicas ou jurídicas, ora pelo próprio Estado.

Como se não fosse o bastante, atualmente, encontram-se em tramitação legislativa projetos de lei que visam flexibilizar algumas normas trabalhistas, aparentemente, em total afronta aos direitos fundamentais.

Desta forma, considerando-se ser de vital importância responder às questões levantadas, busca-se definir se um dos efeitos da aplicação da teoria da dimensão objetiva aos direitos dos trabalhadores poderia ser a vedação da possibilidade de flexibilização das normas trabalhistas, sob pena de caracterização de inconstitucionalidade.

Destarte, concluir-se-á que a flexibilização das normas trabalhista é um retrocesso jurídico, cuja aceitação não deverá ser tolerada. E, admitindo-se a sua vedação, o Estado deverá atuar em busca da justiça social e do bem comum.

O objeto deste artigo, sem dúvida, visa contribuir a todos os operadores do direito, bem como, a todos que se sujeitam as normas trabalhistas, uma vez que, talvez, o lado para o qual o Direito do Trabalho esteja pendendo não seja o mais adequado.

A metodologia de pesquisa, que se valeu do método hipotético-dedutivo, foi composta da análise bibliográfica de doutrina de direito nacional e internacional, assim como o estudo de jurisprudência.

1. A CRISE DO ESTADO SOCIAL

No absolutismo o Estado baseou-se na doutrina da monarquia divina, respaldada no direito natural. Da luta entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca, nasceu a primeira noção de Estado de Direito.

O Estado de Direito correspondeu ao Estado Liberal, representativo da liberdade do homem perante o Estado. No Estado Liberal, os poderes públicos eram vistos como adversários dos direitos humanos.

Este modelo, pregado por uma burguesia emergente e revolucionária, caracterizava-se pela previsão constitucional dos direitos individuais.

A realização desses direitos individuais dava-se a partir de um não-agir do Estado. Neste contexto, os direitos fundamentais eram essencialmente direitos de defesa oponíveis em face do Estado e a prestação devida por este consistia numa abstenção. Cabia, nos direitos fundamentais, tão somente, a tarefa de proteger o homem do Estado.

O Estado omitia-se perante problemas sociais, inclusive inexistiam direitos sociais seja no texto constitucional, seja na legislação infraconstitucional.

É claro que, neste cenário, em que inexistiam direitos trabalhistas ou outros direitos sociais, a insatisfação do nascente proletariado era muito grande, assim como era crescente a situação de pobreza e miséria nos grandes centros industriais que se desenvolviam.

Percebeu-se que a concentração de riquezas levava à eliminação da livre concorrência e da livre iniciativa, bem como a uma situação de exclusão social insustentável.

Notou-se que a simples ação policial repressiva, característica do Estado Liberal, não seria suficiente para acalmar a crescente tensão social, razão pela qual, decidiu-se, então, gradativamente, incorporar reivindicações e propostas dos trabalhadores e dos grupos sociais, a fim de se manter a ordem e a paz.

Assim, a partir da já mencionada influência dos movimentos trabalhistas e socialistas, o Estado voltou sua atenção para as reivindicações populares, surgindo-se os direitos sociais, período no qual o modelo de Estado Liberal passou a ser substituído pelo Estado Social.

No Estado Social, novos direitos fundamentais, de caráter prestacional, foram positivados com a finalidade de garantia das condições materiais básicas para a população e de promoção da igualdade material. Eram os direitos sociais e econômicos, também denominados de direitos de segunda geração ou de segunda dimensão (SILVEIRA, ROCASOLANO, 2010, p. 173).

Acerca dessa evolução histórica de geração de direitos, Silveira (2010, p. 175), esclarece:

Os direitos de segunda geração, portanto, surgiram após as conquistas históricas dos direitos individuais ou de primeira geração. Eles traduziram uma próxima fase da evolução histórica dos direitos humanos, reivindicando um reposicionamento do Estado diante de um novo patamar mínimo de necessidades humanas.

Contudo, apesar desse desenvolvimento histórico de direitos, Daniel Sarmiento (2006, p. 104), esclarece que “o Estado Social enfrenta hoje profunda crise”.

Esta situação é decorrente de múltiplos fatores, como a escassez de recursos gerada pela explosão de demandas reprimidas, o enfraquecimento dos Poderes Públicos em razão da globalização econômica, a ineficiência associada ao gigantismo da máquina burocrática, dentre outros.

Incontestavelmente, os trabalhadores são os que se encontram mais suscetíveis aos efeitos desta crise, sendo certo que seus direitos trabalhistas passam a ser vistos, pelo capital, como ônus demasiadamente grande para ser respeitado.

2. A TEORIA DA DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nesse cenário, a teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, de origem alemã, deve ser aplicada como escudo destes trabalhadores que sempre sofreram ante o capital das classes mais favorecidas.

Obviamente, que os direitos fundamentais, no constitucionalismo liberal, sempre foram visualizados exclusivamente a partir de uma perspectiva subjetiva, todavia, a teoria da dimensão objetiva, defende o reconhecimento de que tais direitos possam consagrar os valores mais importantes em uma comunidade política.

Konrad Hesse (1998), em sua obra, estabelece que os direitos fundamentais, sob a ótica da dimensão objetiva, são as bases da ordem jurídica da coletividade.

Neste sentido, deve-se afirmar que os direitos fundamentais não devem ser reconhecidos apenas como direitos de titularidade dos indivíduos, mas, também, e, principalmente, como valores ou fins que a sociedade se propõe a perseguir, a obter, a assegurar, a fazer valer.

Com efeito, como lecionado por Gilmar Mendes (2008, p. 124) “à medida que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica do poder estatal”.

Os direitos fundamentais devem ir além, devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário.

Em outras palavras, os direitos fundamentais devem deixar de ser apenas limites para o Estado, convertendo-se em norte de sua atuação.

O surgimento da teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais está intimamente ligado à sentença proferida no *Caso Lüth* (SAMPAIO, 2006, p. 179), em 15 de janeiro de 1958, onde o Tribunal Constitucional Alemão, julgando questão pertinente a tema relativo à legitimidade de boicote a um filme¹, fez prevalecer, diante dos valores da sociedade da época, o direito a liberdade de expressão, vetando a realização de referido boicote.

Hodiernamente, pode-se dizer, em apertada síntese, que a teoria da dimensão objetiva estabelece a existência de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, haja vista

que se constituem, simultaneamente, fonte de direitos subjetivos e as bases fundamentais da ordem jurídica, que se expandem para todo o direito positivo.

Sob este prisma, entende-se que o Estado não deve simplesmente abster-se de violar os direitos fundamentais, mas, sim, exige-se que o Estado proteja-os ativamente contra agressões e ameaças provindas de terceiros.

A dimensão objetiva catapulta os direitos fundamentais para o âmbito privado, neste sentido, estes deverão ser promovidos pelo próprio legislador, assim como, toda a legislação infraconstitucional terá que ser revisitada sob uma nova ótica, agora ditada pela axiologia constitucional.

Assim entende Daniel Sarmiento (2006, p. 107):

“A dimensão objetiva expande os direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas, permitindo que estes transcendam o domínio das relações entre cidadão e Estado, as quais estavam confinados pela teoria liberal clássica. Reconhece-se então que tais direitos limitam a autonomia dos atores privados e protegem a pessoa humana da opressão exercida pelos poderes sociais não estatais, difusamente presentes na sociedade contemporânea. Neste quadro, o legislador assume o encargo de promover os direitos fundamentais e toda a legislação ordinária teria de ser revisitada sob uma nova ótica, ditada pela axiologia constitucional.”

Ademais, é plenamente correto afirmar que a teoria da dimensão objetiva não significa desprezo à sua dimensão subjetiva, mas, absolutamente, reforço a ela, “através de esquemas que transcendem a estrutura relacional típica dos direitos subjetivos” (SARMENTO, p. 108).

Pode-se afirmar que o epícentro da teoria da dimensão objetiva é o princípio da dignidade da pessoa humana.

De fato, o núcleo essencial dos direitos fundamentais é constituído pelo princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista a regra de conduta universal que estabelece que as pessoas não devem ser tratadas como meio, mas, sim, como fim.

Neste diapasão, deve ser ressaltado que os direitos trabalhistas previstos no artigo 7º da Constituição Federal, por comporem os direitos sociais, são reconhecidos como direitos fundamentais do indivíduo.

Diante do ensinamento de Alexandre de Moraes (2009) concluímos que os direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo artigo 1º, IV, da Constituição Federal.

Desta forma, embora a teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais seja recente e ainda pouco explorada pelos doutrinadores, podemos afirmar que se compatibiliza com os direitos trabalhistas, haja vista que estes, por comporem os direitos sociais assegurados na Constituição Federal de 1988, configurando-se como direitos individuais, sujeitam-se aos efeitos da teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Nesta esteira, considerando a existência dos dois efeitos práticos da teoria da dimensão, quais sejam a eficácia irradiante dos direitos fundamentais e a teoria dos deveres estatais de proteção, pode-se afirmar que os valores que dão lastros aos direitos fundamentais trabalhistas, previstos no artigo 7º da Carta Magna, penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais, impulsionando e norteando o legislador, a administração e o judiciário, bem como, pode-se afirmar que o Estado além de possuir o dever de abster-se de violar estes direitos fundamentais trabalhistas, possui a obrigação de, por meio de providências normativas, administrativas e materiais, salvaguardar os indivíduos de danos e lesões que podem sofrer em razão da atuação de terceiros, em especial particulares.

3. DA FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS

Configurada a compatibilidade da teoria da dimensão objetiva com o direito do trabalho, bem como, a sujeição dos direitos trabalhistas ao duplo efeito da teoria, passa-se a enfrentar as suas conseqüências no tocante a tendência da flexibilização das normas trabalhistas e qual a postura a ser adotada pelo Estado frente a esta situação jurídica.

Inicialmente, faz-se necessário, conceituar a flexibilização das normas trabalhistas, para tanto, utilizar-se-á das palavras de Orlando Teixeira da Costa (1991, p. 173), “é a possibilidade de transigência no uso do princípio tutelar do direito do trabalho”.

Cabe destacar, ainda, que Sérgio Pinto Martins (2008) conceitua a flexibilização como “um conjunto de regras que têm por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho”.

Não menos importante é o conceito dado por Maurício Pizarro Drummond (2008) que torna forçoso concluir que a flexibilização das relações do trabalho almeja formular as regras trabalhistas “mais amenas” ao se aplicarem às relações jurídicas de trabalho, possibilitando ao empregado e ao empregador deixarem de aplicar o rigor da lei e decidirem com maior liberdade as cláusulas que irão reger as suas próprias relações.

Importante destacar que a flexibilização difere-se da desregulamentação, que conforme ensinamento de Amauri Mascaro Nascimento (2008) deve ser conceituada como a política legislativa de redução de interferência da lei nas relações coletivas de trabalho.

Para José Martins Catharino (1995), que distingue dois importantes institutos, flexibilizar não é desregulamentar, é regular de uma maneira diferente do que está regulado.

Sergio Pinto Martins (2008, p. 107) assinala que “desregulamentar significa desprover de normas heterônomas as relações de trabalho, isto é, o Estado deixa de intervir na área trabalhista, não havendo limites na lei para questões trabalhistas, que ficam a cargo da negociação individual ou coletiva”.

Na desregulamentação a lei simplesmente deixa de existir.

Destarte, defende-se que a desregulamentação trabalhista é um processo de eliminação pura e direta dos direitos trabalhistas, oferecendo em troca a quimera da manutenção do subemprego. Inquestionavelmente a desregulamentação não pode ser tolerada, pois fere princípios basilares do Direito do Trabalho, especialmente a hipossuficiência do trabalhador face ao poder do capital.

É, pois, um processo lento, mas eficiente, de concentração de renda, no qual parte da riqueza produzida, cujo percentual seria destinado aos trabalhadores, seja mediante pagamento de benefícios ou salário em espécie, permanece em poder do empregador. Seria, mais uma vez, como visto outrora, o completo esmagamento do trabalho e do trabalhador pelo capital.

É a mais pura repetição do cenário vivido há algumas décadas.

Nesta esteira de raciocínio, o Tribunal Superior do Trabalho já se manifestou sobre a desregulamentação do Direito do Trabalho, cabendo transcrever o seguinte trecho do julgado relatado Ministro José Roberto Freire Pimenta, datado de 16/03/2011, processo nº TST-RR-139000-50.2005.5.08.0015:

Não comungo com aqueles que preconizam que para enfrentar a crise econômica haja necessidade da desregulamentação do Direito do Trabalho, como muitos defendem, chegando mesmo ao extremo de defenderem o fim do Direito do Trabalho. Entendo que deva-se sim buscar solução a fim de adequar as leis sociais à realidade brasileira (BRASIL, 2011a).

E pelo Ministro João Batista Brito Pereira, processo nº TST-AIRR-2176-13.2010.5.06.0000:

Veja-se que todos do mundo do trabalho andaram às voltas com a pretensão governamental de Fernando Henrique Cardoso de fazer prevalecer o negociado sobre o legislado e com isso a desregulamentação do Direito do Trabalho e uma precarização ainda maior da situação dos trabalhadores, o que não vingou pela força dos trabalhadores e dos pensadores do Direito do Trabalho (BRASIL, 2010).

Desta forma, entende-se que a desregulamentação do trabalho, por ser explicitamente prejudicial ao trabalhador, parte hipossuficiente na relação jurídica, não pode e não deve ser tolerada.

Já no tocante a flexibilização maiores dúvidas ainda existem e deve ser destacado que não se busca, por meio do presente, defender as ideias daqueles que valorizam a presença do Estado nas relações de trabalho como única ou principal forma de proteger o trabalhador, nem daqueles que enxergam na flexibilização a solução para os problemas trabalhistas da empresa, mas, sim, analisar imparcialmente a questão.

Entende-se que a flexibilização deve ser vista com extrema cautela e de forma criteriosa. Tem-se que ter em mente, antes de tudo, que necessidades de natureza econômica não podem justificar a diminuição dos direitos dos trabalhadores, pois, tratam-se de direitos individuais fundamentais assegurados constitucionalmente.

Ademais, o trabalho é um direito social fundamental, composto por princípios protetivos que almejam equilibrar a situação laboral, princípios estes que certamente irão

colidir com os princípios ligados à livre iniciativa e do pensamento neoliberal que sustenta o ideal da flexibilização.

É fato que, com a globalização, a atividade empresarial mostra-se cada vez mais acirrada e competitiva.

Esse fenômeno faz com que o empresário tenha que se adaptar às necessidades mercadológicas, especialmente mediante redução de custos, o que acaba refletindo em prejuízo ao trabalhador, que é o “elo” mais fraco da relação de trabalho. Não há dúvidas de que a balança não pode pender para o lado economicamente mais forte.

A flexibilização não pode gerar uma perda do ponto de equilíbrio na relação jurídica de trabalho, cuja conquista operou-se com muita dificuldade.

De forma alguma, os direitos trabalhistas podem ser afastados em razão de se enfrentar épocas de crises econômicas, pois em momento de fartura poucos direitos foram concedidos aos trabalhadores, sendo certo que aqueles conquistados, só o foram após muita luta e muita reivindicação, como bem defendido por alguns juristas, através de um processo de evolução denominado *dinamogenesis*² dos direitos humanos (SILVEIRA, 2010, p. 175).

Importante destacar, ainda uma vez, o posicionamento de Orlando Teixeira da Costa (1991, p. 87), para quem, a “flexibilização pode agravar a condição dos hipossuficientes sem contribuir para o fortalecimento das relações de trabalho”.

Segundo Américo Plá Rodriguez (2000), o que preocupa é o que esta por trás da campanha pela flexibilização que, pelo visto, não é tão necessária nem justificada, há um receio que se esconda uma proposta de uma desregulamentação que leve até a destruição do Direito do Trabalho, para o citado autor esse propósito deve ser denunciado, combatido e resistido.

Mauricio Godinho Delgado (2011), ao realizar análise jurídica da Lei n.º 9601/98, assevera que “a Carta Magna não autoriza ao legislador que elabore norma legal trabalhista que conspire contra os objetivos básicos do Direito do Trabalho e contra o essencial princípio da norma mais favorável”.

Não se quer afirmar que a flexibilização deve ser banida do Direito do Trabalho Brasileiro, mas, deve, sim, ser utilizada, apenas e tão somente, em último caso, de maneira responsável e balizada.

Nesta perspectiva é importante lembrar a classificação das normas trabalhistas ensinada por Sergio Pinto Martins (2005) no sentido de que existem (1) as normas de ordem pública absoluta que não podem ser derogadas, (2) as normas de ordem pública relativa que, embora haja interesse do Estado em ver cumpridas as determinações, podem ser flexibilizadas, (3) as normas dispositivas que estabelecem um mínimo necessário, podendo ser exercida a autonomia da vontade para aumentar os direitos e (4) as normas autônomas individuais ou coletivas cujos preceitos são estabelecidos pelas próprias partes.

Ainda que se admita a utilização da flexibilização, deve existir uma garantia mínima, ou seja, algumas normas devem ser intocáveis, e neste sentido cabe transcrever trecho do julgado relatado por Augusto César Leite De Carvalho, processo nº TST-RR-177900-42.1998.5.17.0001 - FASE ATUAL: E-ED-ED, datado de 24 de março de 2011:

Além disso, não obstante entenda que o controle da flexibilização caiba ao Judiciário Trabalhista, a fim de que não se reduza em desregulamentação em sede do Executivo ou Legislativo, é preciso não se olvidar os princípios norteadores e particulares ao Direito do Trabalho, a fim de perquirir-se as hipóteses de validade das negociações coletivas, pois, à exceção dos incisos constitucionais que admitem transação, seja respeitado o "contrato-mínimo" a que aludia Mario de la Cueva, restringindo o campo de incidência da flexibilização pelas partes coletivas a tudo aquilo que não se insira como garantia mínima (BRASIL, 2011b).

E ainda, o processo nº TST-RR-104400-49.2002.5.04.0005 c/j processo nº TST-AIRR-104440-31.2002.5.04.0005 relatado pelo Ministro AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO:

O sistema de proteção e prevalência da autonomia privada coletiva encontra limites nos princípios e normas que compõem o ordenamento jurídico como um todo. Dessa forma, na medida em que se privilegia a negociação coletiva, a flexibilização das normas encontra limites no sistema jurídico, garantindo-se direitos e benefícios básicos ao trabalhador. Dentre eles limita-se a atuação dos sindicatos no tocante a cláusulas abusivas e que dispõem a respeito de renúncia de direitos. A elasticidade da norma é autorizada, desde que não tenha como consequência a desregulamentação ou negativa do direito instituído por norma legal (BRASIL, 2011c)

Neste diapasão, pode-se concluir que o próprio Poder Judiciário Trabalhista enfrenta a flexibilização de maneira reservada, por entender ser necessário que, ainda em casos extremos, as chamadas “garantias mínimas” devem ser preservadas a qualquer custo.

A atual Ministra do Supremo Tribunal Federal Rosa Maria Weber, quando ainda Ministra do Tribunal Superior do Trabalho, no RR - 721086-97.2001.5.09.5555, da 3ª Turma, publicado no DJ, em 28/08/2009, destacou uma das hipóteses da limitação da flexibilização das normas trabalhistas, cuja ocorrência dar-se-á sempre que exista direito previsto em norma cogente, como, por exemplo, aquelas que atentem à saúde e à integridade física e psíquica do trabalho, cuja ementa transcreve-se:

DOMINGOS E FERIADOS LABORADOS, NÃO COMPENSADOS. NORMA COLETIVA AUTÔNOMA EM QUE PREVISTO PAGAMENTO MENOR QUE O ASSEGURADO POR LEI. IMPOSSIBILIDADE.

A autonomia da vontade coletiva (CF, art. 7º, XXVI), segundo o magistério de Carmen Camino (Direito individual do trabalho. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese: 2004, pp. 60-64 e 106-107), que se endossa, há de se exercer no âmbito que lhe é próprio, com observância do "núcleo duro" do Direito do Trabalho, formado por normas de fonte estatal, imperativas e de ordem pública, informadas pelos princípios da proteção e da irrenunciabilidade, admitidas apenas as hipóteses de abertura - válvulas de escape-, na expressão de Oscar Ermida Uriarte -, autorizadas pela própria lei, que dizem, no direito posto, com salário e jornada de trabalho (CF, art. 7º, VI, XIII e XIV). Nessa linha, inviável cogitar de flexibilização, em se tratando de direito previsto em norma cogente - atenta à saúde e à integridade física e psíquica do trabalhador -, a torná-lo insuscetível de modificação *in pejus*. Violação das normas constitucionais invocadas não configurada. Recurso conhecido e não-provido.

Por fim, ainda visando demonstrar a aplicação da teoria, insta transcrever trecho da decisão prolatada no Processo RR 11973/2002-900-04-00.6, cujo Relator foi o Ministro João Oreste Dalazen, publicado no DJ em 17/12/2004:

1. O intervalo mínimo intrajornada constitui medida de higiene, saúde e segurança do empregado, não apenas garantida por norma legal imperativa (CLT, art. 71), como também tutelada constitucionalmente (art. 7º, inciso XXII, da CF/88). Comando de ordem pública é inderrogável pelas partes e infenso mesmo à negociação coletiva: o limite mínimo de uma hora para repouso e/ou refeição somente pode ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho (CLT, art. 71, § 3º).
2. O acordo coletivo de trabalho e a convenção coletiva de trabalho, igualmente garantidos pela Constituição Federal como fontes formais do Direito do Trabalho, não se prestam a validar, a pretexto de flexibilização, a supressão ou a diminuição de direitos trabalhistas indisponíveis. A flexibilização das condições de trabalho apenas pode ter lugar em matéria de salário e de jornada de labor, ainda assim, desde que isso importe uma contrapartida em favor da categoria profissional.
3. Inválida cláusula de acordo coletivo de trabalho que autoriza a supressão ou a redução do intervalo mínimo intrajornada para empregado submetido a jornada diária superior a seis horas. Incidência da OJ n. 342 da SbDI-1 do TST.

Destarte, é forçoso concluir que a flexibilização dos direitos trabalhistas, sob a ótica da teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, não deve ser vedada. Entretanto, sua aplicação deve ser realizada de forma limitada.

A flexibilização das normas trabalhistas deve ser condicionada aos efeitos do espectro da Teoria da Dimensão Objetiva, sob pena de se possibilitar o retrocesso jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o inquestionável reconhecimento da dupla dimensão dos direitos fundamentais abrem-se novas possibilidades para a proteção e promoção dos ideais humanitários.

Sem sombra de dúvidas, pode-se afirmar que a Teoria da Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais compatibiliza-se com o Direito do Trabalho.

Por outro lado, mas também sob a ótica da Teoria da Dimensão Objetiva, é forçoso concluir que o Estado, além de possuir o dever de abster-se de violar os direitos fundamentais trabalhistas, passa a possuir a obrigação de, por meio de providências normativas, administrativas e materiais, proteger os indivíduos de danos e lesões que possam sofrer em razão da conduta de terceiros.

Conclui-se, ainda, que a aplicação da Teoria da Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais acaba por limitar a flexibilização das normas trabalhistas, reduzindo-a a poucas hipóteses de utilização.

Há, de fato, uma vedação ao retrocesso jurídico trabalhista, uma vez que as regras constitucionais sociais, inquestionavelmente, são direitos fundamentais, que consagram os valores mais importantes da sociedade.

Destarte, caso se admita a flexibilização destas regras, sem que se estabeleçam limites, os direitos fundamentais, cláusulas pétreas no Estado de Direito, seriam aniquilados do ordenamento jurídico sob a justificativa de manutenção de empresas e grupos econômicos, que, frise-se, sempre foram e, ainda, são a parte mais forte da relação jurídico trabalhista.

Conclui-se, então, que a Teoria da Dimensão Objetiva não veda, mas limita a flexibilização, de forma criteriosa, possibilitando-a tão somente nas hipóteses em que não haja um prejuízo efetivo e irreparável ao trabalhador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco [et al.]; coordenadores Eduardo Henrique Lopes Figueiredo ... [et al.] - *Constitucionalismo e Democracia* – Rio de Janeiro : Elsevier, 2012 - Pg. 16.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Direito do Trabalho – Desregulamentação. Flexibilização. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2> > Acesso em: 23 mar. 2011.

BRASIL a. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 139000-50.2005.5.08.0015. Recorrente: Município de Belém. Recorridos: Doriedson Mota Paiva e Outros. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Brasília, 16 de março de 2011. Lex: jurisprudência do TST.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento contra despacho denegatório de Recurso de Revista nº 2176-13.2010.5.06.0000. Agravante: Usina Petribú S.A. Agravado: José Cezário da Silva. Relator: Ministro João Batista Brito Pereira. Brasília, 15 de dezembro de 2010. Lex: jurisprudência do TST.

BRASIL b. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos Declaratórios em Recurso de Revista nº 177900-42.1998.5.17.0001. Embargante: Chocolates Garoto S.A. Embargado: Marinalva Costa Ladislau. Relator: Ministro Augusto César Leite de Carvalho. **Órgão Judicante:**

Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Brasília, 26 de março de 2011. Lex: jurisprudência do TST.

BRASIL c. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 104400-49.2002.5.04.0005. Recorrente: Brasil Telecom S.A. Recorrido: Alexandre Maia Kunzel. Relator: Ministro Augusto César Leite de Carvalho. Órgão Judicante: 6ª Turma. Brasília, 04 de Fevereiro de 2011. Lex: jurisprudência do TST.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho – 2ª região: www.trtsp.jus.br

CATHARINO, José Martins. *Direito Constitucional e Direito Judiciário do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

COSTA, Orlando Teixeira da. *Direito Coletivo do Trabalho e Crise Econômica*. São Paulo: LTr, 1991.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 24 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEZZAROBA, Orides. MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa de Direito*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NALINI, José Renato. *Há esperança de justiça eficiente?* in SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (coord.) *Justiça e [o paradigma da] eficiência*.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. Considerações sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, n.º 110, p. 104-110, dez. 2010.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O Moderno Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2000.

SAEGUSA, Cláudia Zaneti. *A Flexibilização e os Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Editora Del Rey LTDA, 2006

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira, ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹ Disponível em <http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>. Acesso em 8/09/2013 às 20h21.

² SILVEIRA define *dinamogenesis* como “o nascimento dinâmico dos direitos humanos com fundamento na dignidade do indivíduo, manifestado pelas exigências e reclamos de cada momento histórico”.