

A POSSIBILIDADE DA FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA DIANTE DA SITUAÇÃO DE EXCEPCIONALIDADE CAUSADA PELA PANDEMIA DA COVID-19

José Eduardo Dias Yunis¹

Murilo Angeli Dias dos Santos²

Introdução

No dia 18 de março de 2020 p.p., o Presidente da República encaminhou para o Congresso Nacional a mensagem n. 93, por meio da qual solicitou ao Poder Legislativo o reconhecimento do estado de calamidade pública, tendo-o feito de molde a cumprir com o disposto no art. 65 da Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000, denominada “Lei de Responsabilidade Fiscal”. Naquela oportunidade, Sua Excelência lastreou a solicitação enfatizando as questões e os riscos à saúde que a pandemia sugeria, tendo sinalizado que as medidas propostas envolveriam, também, “manter trabalhadores em casa e fechar temporariamente estabelecimentos comerciais e industriais”.

Em decorrência da manifestação presidencial, o Congresso decretou o estado de calamidade (Decreto n. 6, de 20 de março de 2020), tendo-o feito para dispensar o Poder Executivo “do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei n. 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000”, fixando o marco final da exceção no dia 31 de dezembro do presente ano.

O objetivo deste artigo é oferecer uma análise do atual momento da flexibilização da legislação trabalhista, especialmente diante do novo cenário imposto pela situação epidemiológica do novo Coronavírus, e ainda tentar vislumbrar um possível cenário pós-COVID. A questão demanda atenção para a aplicabilidade do art. 7º da Constituição da República, especialmente diante de uma grave situação de excepcionalidade de âmbito mundial. Para tanto, além dos dispositivos legais, serão considerados preceitos da Hermenêutica Jurídica,

1 Advogado OAB/SP n. 99.490, especialista em Direito do Trabalho e Empresarial; Sócio do escritório Yunis Advogados Associados, de São Paulo/SP. Membro do Conselho Superior das Relações de Trabalho (FIESP).

2 Advogado OAB/SP n. 174.680, mestre em Filosofia da Política e do Direito; Professor universitário.

posicionamentos jurisprudenciais, a doutrina jurídica e elementos de Direito Comparado.

1. Panorama da flexibilização nas normas trabalhistas: cenário brasileiro e comparado

A necessidade de “flexibilização” das normas trabalhistas surge no mundo a partir da percepção de que as legislações trabalhistas estavam defasadas diante das novas relações de trabalho surgidas com o advento da internet e o desenvolvimento de novas tecnologias multiformato, especialmente em dispositivos móveis. No embalo dessa oportunidade, as empresas passaram a apoiar a diminuição do custo do trabalho com o fim de aumentar a competitividade e os resultados financeiros.

O Brasil já experimentava desde 2017 a flexibilização das relações de trabalho. Logo após o último processo de *impeachment* presidencial, um movimento neoliberal trouxe à lume a [Lei 13.429/17](#), que reformulou e ampliou significativamente a terceirização da prestação de serviços, permitindo-a inclusive nas atividades fins dos contratantes desde que por prazo determinado. Na sequência adveio a reforma trabalhista implementada pela [Lei 13.467/17](#), que atingiu mais de uma centena de dispositivos da consolidação laboral, alterando-os, revogando-os e flexibilizando-os. Pouco tempo depois, sob a égide da “liberdade econômica” garantida pelo art. 170 da [Constituição brasileira](#), o Congresso aprovou a [Medida Provisória 881/2019](#), convertendo-a na [Lei 13.874/2019](#). Flexibilizando-se assim, entre outros pontos, a relevância de controle diário do horário de trabalho.

Por “flexibilização trabalhista” há que se compreender a quebra da rigidez de uma norma de Direito do Trabalho sem que haja a ruptura com o equilíbrio mínimo necessário nas relações entre capital e trabalho. Segundo o professor Werner Keller (2020), com todas essas alterações legislativas,

rompeu-se o paradigma absolutista do direito indisponível reinante no Direito do Trabalho, ratificando, portanto, a hierarquia atual dos contratos de trabalho de natureza flexíveis, em que as partes buscam entre si meios que melhor atendem seus anseios contratuais, e até mesmo de ruptura destes (KELLER, p. 311).

Nesse cenário disruptivo, com profundas mudanças nos paradigmas estruturantes das normas trabalhistas, que o Brasil foi atingido pela pandemia mundial da Covid-19. Governo, empregadores, empregados, sindicatos, associações de classe, juristas, todos se depararam com as incertezas e angústias provocadas pela inexistência de costumes, ausência de jurisprudência e falta de previsão doutrinária. Restaram as tentativas de projeções de possíveis cenários a partir do que ocorrera poucos meses antes em países europeus – especialmente Itália, Portugal e Espanha – que enfrentaram uma primeira onda pandêmica antes do Brasil.

Antes da pandemia da Covid-19, diversos países da Europa ocidental já mexiam em suas normas trabalhistas inserindo, cada qual a seu modo, a denominada *flexicurity*, ou seja, “flexisegurança”. Essa lógica europeia de flexibilização, atendendo aos anseios das empresas sem desproteger os trabalhadores, alterou sobretudo as jornadas de trabalho e a remuneração. Em alguns casos o Estado flexibilizador assumiu diretamente as obrigações protetivas dos trabalhadores, garantindo os direitos fundamentais aos desempregados. Já em outros, menos intervencionistas, a proteção dos trabalhadores foi garantida pelas cooperativas de trabalhadores temporários, agências de empregos, empresas de seguro ou ONGs, com as quais os empregados teriam que manter vínculo.

Com o advento da pandemia, a maioria dos países permitiu o *lay off*, com redução da remuneração, como medida protetiva de exceção. A suspensão temporária do contrato pôde ser parcial (mantendo-se algumas horas) ou total (sem qualquer prestação de serviço), contudo, diversos Estados exigiram que as empresas que optassem pelo *lay off* comprovassem a queda em seu faturamento. Ao contrário do Brasil, farmácias, supermercados, empresas de telecomunicações, entre outras que não tiveram quedas no faturamento – alguns setores da economia inclusive computaram aumentos significativos no faturamento – não foram beneficiadas com a flexibilização. Em Portugal, por exemplo, houve autorização para corte de um terço do salário bruto sem a necessidade de suspensão do contrato de trabalho desde que a empresa, independentemente do setor, comprovasse a queda de 40% no faturamento médio dentro de um período de três meses.

2. A decretação do Estado de Calamidade Pública (Decreto Legislativo n. 06/2020) e suas consequências

Em um ambiente obscuro e repleto de novos desafios foi que surgiram as iniciativas emergenciais propostas pelo Poder Executivo. Uma série de Medidas Provisórias, destacando-se a [MP 927](#) e a [MP 936/2020](#), flexibilizaram ainda mais as relações de trabalho com o intuito de preservar empregos e empresas, ambos ameaçados ou já gravemente atingidos pelo impacto econômico e social provocado pela pandemia.

2.1 Medidas Provisórias 927 e 936

A flexibilização das normas trabalhistas em tempos de pandemia foi inserida no Direito do Trabalho por meio das [Medidas Provisórias 927 e 936](#), esta última convertida na [Lei 14.020/2020](#). Executivo e legislativo desprezaram os arts. 611-A e 611-B da [CLT](#), que estabelecem a prevalência da convenção coletiva e do acordo coletivo sobre a Lei, e permitiram o pacto individual entre empregadores e empregados em temas sensíveis como o teletrabalho, banco de horas, antecipação de férias individuais, férias coletivas, antecipação de feriados. Como exigência, apenas a criação de um período estável idêntico ao período de suspensão do pacto contratual.

O STF, instando a se pronunciar sobre a constitucionalidade da [MP 927](#), decidiu, de forma monocrática, pelo indeferimento da Medida Cautelar na [ADIn n. 6.342](#). O Min. Marco Aurélio indeferiu a liminar pretendida de inconstitucionalidade dos

...artigos 2º, 3º, inciso VI, 8º, cabeça e parágrafo único, 14, cabeça e parágrafos 1ª e 2º, 15, cabeça e parágrafos 1º, 2º e 3º, 16, cabeça e parágrafos 1º a 5º, 26, cabeça e incisos I e II, 27, 28, 29, 31, cabeça e incisos I, II, III e IV e 36, todos da [Medida Provisória n. 927](#), de 22 de março de 2020". Em sua decisão o Ministro defendeu "a liberdade do prestador de serviços, especialmente em época de crise, quando a fonte do próprio sustento sofre risco, há de ser preservada [...].

Em apertada síntese, podemos extrair que a essência da decisão está na preservação de um bem maior – liame empregatício – diante da situação excepcional provocada pela pandemia.

Posteriormente, o Plenário do STF, no julgamento das [ADIn`s 6342/DF](#), [6344/DF](#), [6346/DF](#), [6352/DF](#), [6354/DF](#) e [6375/DF](#) decidiu, por maioria de votos, reconhecer a inconstitucionalidade dos arts. 29 e 31 da [MP](#)

927/2020, mantendo-a, em relação aos demais artigos. O entendimento esposado pelo ministro relator, com uma ou outra ressalva, manteve-se: a manutenção da proteção laboral mesmo em um momento de absoluta excepcionalidade.

Em que se pesem eventuais argumentos antifixibilistas, uma situação epidemiológica e de calamidade pública exige que a determinação contida no art. 5º da LINDB prevaleça, ou seja, “na aplicação da Lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

3. Interpretação constitucional das Leis infraconstitucionais e as novas modalidades de trabalho

A Constituição brasileira dispõe, em seu art. 193, que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”, revelando o firme propósito constituinte de assentar, no mesmo quilate de grandeza e pureza, empresas e empregados, de forma a harmonizar e organizar a ordem social. Afinal, se de um lado as empresas cumprem relevante função social, geram empregos e garantem a movimentação da economia, de outro os empregados representam a fonte motora que permite às empresas cumprir seu mister. Diante disso, podemos asseverar que, à luz da Constituição brasileira, empresas e empregados são interdependentes.

O equilíbrio nas relações entre capital e trabalho é perseguido insistentemente pelo regramento constitucional, tanto por meio das garantias da denominada ordem social quanto mediante os princípios da ordem econômica. Inclusive há de se ressaltar que uma das consequências dessa busca é a atribuição constitucional de salário mínimo decorrente da relação de emprego “capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social” (art. 7º, IV, CRFB/88). Dentro do título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, não há como fechar os olhos para o fato das normas trabalhistas previstas no art. 7º da Constituição formarem um rol de Direitos Fundamentais e, por isso, serem cláusulas pétreas que exigem um cuidado diferenciado em sua interpretação e efetivação.

A pandemia trouxe, portanto, uma flexibilização ainda maior em relação aos artigos que já representavam uma significativa flexibilização na legislação. O Ministro Emmanoel Pereira (2018), do TST, antes mesmo do advento da pandemia, defendia que “intangibilidade de um direito

social não permite concessões, por se tratar de limites de dignidade do trabalhador” (p. 100).

Todas essas considerações afastam a possibilidade da precarização trabalhista. Contudo, em um momento excepcionalíssimo e grave de pandemia mundial, até mesmo a interpretação acerca dos Direitos Fundamentais pode, também excepcionalmente, ser revisitada. Em seu *Curso de Direito Constitucional* (2019), Sarlet, Marinoni e Mitidiero ensinam que

para as normas constitucionais vale o pressuposto (...) de que texto e norma não são idênticos, de modo que a norma é sempre resultado já (em maior ou menor articulação com um ou mais textos) de um ato de interpretação (p. 220)

A exegese constitucional – assim como de todo o ordenamento jurídico – gera resultados interpretativos diferentes conforme o momento social e o caso concreto que enfrenta. Nesse sentido, a necessidade imperiosa de preservação do emprego e da relação harmoniosa entre empregados e empregadores permearão uma interpretação jurídica sistemática, sempre considerando a supremacia da Constituição da República, para buscar a melhor compreensão da adequação ou não das medidas praticadas pelo Executivo ante o quadro caótico trazido pela Covid-19.

Na esteira desse entendimento, devemos considerar que o próprio Ministro Emanuel Pereira reconhece que

o direito muito mais se conforma à realidade do que a transforma. Quando uma norma não possui sustentação na razão prática de ser das relações sociais, ela tende a ser inobservada ou lida à luz de princípios que a tornem metodologicamente operante. (Pereira, 2018, p. 88)

A “busca pelo pleno emprego” (art. 170, VII, da CRFB/88) é um princípio do Estado Democrático de Direito e um dos pilares da ordem econômica. Em decorrência, infere-se que a preservação dos empregos também está inserida nesse pilar. Encontra-se nos “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º, IV, CRFB/88) o arrimo da estrutura social que o constituinte estabeleceu como forma de consolidar a “dignidade da pessoa humana” (Art. 1º, III, da CRFB/88). Nesse sentido que Werner Keller (2020) considera

irreversível a flexibilidade das relações laborais. Entretanto, temos que ficar atentos para que esta flexibilidade não propicie precarização das relações de trabalho. Concluímos que a melhor maneira para que isso não aconteça é a adoção de educação continuada e profissionalizante; eis que, somente assim, as pessoas alcançarão o conhecimento e a capacitação necessários para trabalhar de forma digna na sociedade do século XXI (Keller, p. 311).

Dentro deste contexto da ‘flexibilização sem precarização’ trazido por Keller, forçoso é concluir que as medidas adotadas pelos poderes Legislativo e Executivo desde o início de 2017 até agora – especialmente durante a Pandemia –, objetivaram cumprir com a obrigação constitucional que o Estado Democrático de Direito lhes impõe, preservando empregos, a paz social e a dignidade da pessoa humana.

3.1 Novas modalidades de trabalho

Argumentos possivelmente embasados no princípio da vedação do retrocesso social não poderiam prosperar diante das novas modalidades de trabalho que estão surgindo em todo o planeta. A internet, as tecnologias digitais e até as redes sociais trouxeram a denominada “conectividade constante”, que é uma realidade que praticamente impede os empregados de desligarem-se completamente das questões do trabalho. Atualmente é muito comum que, por vontade própria ou ímpeto, um trabalhador acompanhe grupos de bate-papo da empresa, receba notificações de seu e-mail profissional em seus dispositivos pessoais, receba mensagens de colegas, de subordinados e até dos superiores hierárquicos.

Estamos a vivenciar uma significativa mudança nos costumes. E sabemos que dentre as fontes do Direito, assim como estão a Lei e a jurisprudência, estão os costumes que, inclusive, podem ser *praeter legem* ou até mesmo *contra legem* (Palaia & Santos, 2020). Como aceitar, então, que toda flexibilização trabalhista seria um retrocesso social se, em verdade, vivenciamos uma realidade completamente diferente daquela prevista pela assembleia constituinte de 1988?

As novas modalidades de trabalho inclusive trazem à baila a discussão sobre a competência jurisdicional para dirimir as relações entre os

prestadores serviços de aplicativos e plataformas digitais. No [Conflito de Competência 164.544](#) foi declarada a competência material da Justiça Comum para julgar tema afeto às relações de trabalho entre motorista de veículo particular e empresa proprietária de aplicativo digital. Segundo o STJ, “As ferramentas tecnológicas disponíveis atualmente permitiram criar uma nova modalidade de interação econômica, fazendo surgir a economia compartilhada (*sharing economy*) [...]”. Esse julgado, ao nosso ver, afronta o artigo 114 da [Constituição da República](#) e, por conseguinte, diversos dos princípios de interpretação constitucional elencados por Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019), especialmente o princípio da supremacia constitucional e outros três a ele relacionados: (I) a máxima eficácia e efetividade da Constituição; (II) a força normativa da Constituição; e (III) a interpretação das Leis conforme a Constituição.

A flexibilização possível das normas trabalhistas é a que ocorre mediante o respeito da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica. Não pode significar, pois, a precarização das relações de trabalho ou simplesmente revogar direitos substanciais conquistados pelos trabalhadores ao longo da história. Henrique Correia (2021, p. 194) enaltece com propriedade a distinção existente entre flexibilizar e desregulamentar; na primeira se verifica a diminuição da rigidez das Leis trabalhistas pela negociação coletiva, priorizando o negociado ante o legislado, mas as normas básicas e essenciais de proteção ao trabalho permanecem híidas; na segunda há, em síntese, a ausência da legislação protetiva decorrente do zelo estatal, relegando apenas às partes a negociação sobre as condições de trabalho.

Novamente valemo-nos aqui dos ensinamentos do Ministro Emmanoel Pereira, para quem “nem uma teoria sobre a ‘prevalência do negociado sobre o legislado’, tampouco uma doutrina de ‘intangibilidade absoluta dos direitos sociais’, está apta a equacionar o problema que se coloca em evidência no cenário jurídico atual” (2018, p. 85). Diante, portanto, dos novos costumes e das novas modalidades de trabalho é que se deve considerar as modificações, sob pena de se travar uma batalha inglória.

Werner Keller, reconhecendo a flexibilização como um “caminho sem volta” dá mais um passo ao considerar que a educação continuada, exigida inclusive em alguns modelos europeus, pode ser um caminho

o que não se pode perder de vista é que essa flexibilidade pode gerar precariedade das relações, e a melhor forma para que isso não ocorra é fornecer educação continuada. Através desta, os

indivíduos poderão adquirir o conhecimento e a adaptabilidade necessários para sobreviver de forma dignificante no mundo digital (2020, p. 258).

Ainda não se conhece todos os impactos das tecnologias digitais para o mundo do trabalho. O mercado de trabalho pode ficar ainda mais heterogêneo e demandar formas de contratação ainda mais flexíveis (Keller, 2020, p. 257). A solução aparentemente simplista trazida pela Reforma Trabalhista no Brasil, especialmente no art. 611-A da CLT de privilegiar o negociado em detrimento do legislado parece ainda não resolver a questão diante da óbvia falta de segurança para os trabalhadores.

À guisa de conclusão

Neste estudo, conforme antecipamos na introdução, procuramos analisar o atual momento da flexibilização da legislação trabalhista e, por óbvio, não tivemos a pretensão de esgotar as discussões sobre o tema. Por meio dessa análise, concluímos que a flexibilização – e não a precarização – é possível na medida em que esteja lastreada na realidade laboral correspondente a um momento de crise pandêmica e/ou a um mundo tecnológico-digital globalizado e em transformação.

Conclui-se também que não há como negar que a flexibilização durante o período pandêmico, apesar de não excluir as empresas eventualmente não afetadas, foi bastante satisfatória. Ao vislumbrar um cenário juslaboral pós-pandêmico, concluímos que as flexibilizações não excepcionais também são possíveis – e inclusive desejáveis. Contudo, para que não haja precarização, toda flexibilização precisa ocorrer à luz do direito adquirido, da dignidade da pessoa humana e do princípio da *proteção do empregado* trazido desde o final dos anos 70 para a doutrina trabalhista pelo jurista Américo Plá Rodríguez (2015), sempre fixada a competência material na Justiça do Trabalho, apta a dirimir conflitos decorrentes das relações de trabalho, independentemente do avanço tecnológico.

Diante disso, um cenário pós-pandêmico de recuperação econômica e retomada dos empregos, valeria considerar-se a hipótese da *flexicurity* (ou “flexisegurança”), instituto trabalhista adotado na Europa ocidental a fim de flexibilizar suas respectivas normas trabalhistas sem deixar de garantir a seus trabalhadores a necessária segurança. Uma *flexicurity* à brasileira, teria que cuidar de resolver temas ainda sem resposta em

nosso processo de flexibilização: (I) a proteção dos trabalhadores ante propostas de redução de salários sem a respectiva redução da jornada; (II) a transformação de parcelas salariais em indenizatórias; (III) a regulamentação de autênticas e inquestionáveis atividades autônomas; e (IV) a ampliação das possibilidades para os contratos de trabalho por tempo parcial e intermitente.

Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acesso em out. 2020.

_____. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm> acesso em out. 2020.

_____. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm> acesso em out. 2020.

CORREIA, Henrique. Curso de Direito do Trabalho. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

KELLER, Werner. Direito do Trabalho e novas tecnologias. São Paulo: Almedina, 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. 12. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

LINS, Vinicius Ferreira; SILVA, Adalberto Oliveira. As reformas trabalhistas no mundo: a flexibilização no tempo de trabalho e na remuneração como vetor de precarização. Cadernos do CEAS: Revista Crítica de Humanidades. Salvador, n. 248, set./dez., p. 481-513, 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.25247/2447-861X.2019.n248>> acesso em nov. 2020.

MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

MARTINS, Flávio. Direitos Sociais em tempo de crise econômica. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

PALAIA, Néelson; SANTOS, Murilo Angeli. Noções Essenciais de Direito. 6. ed. São Paulo: Saraiva Uni, 2020.

PEREIRA, Emmanoel. Direitos Sociais Trabalhistas: responsabilidade, flexibilização, sindicabilidade judicial e as relações negociadas. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de Direito do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.