

INTRODUÇÃO

Sempre se discutiu a flexibilização dos contratos de trabalho, diversos são os trabalhos que tentam demonstrar que é possível flexibilizar o contrato ampliando a liberdade contratual das partes, no entanto a desigualdade das partes contratuais sempre foi um empecilho para que os contratos trabalhistas brasileiros fossem flexibilizados por meio da livre pactuação dos sujeitos, os estudos nesse sentido buscam fundamentação nos contratos trabalhistas anglo-saxônicos onde impera a liberdade pactual.

No Brasil os limites à autonomia da vontade nos pactos trabalhistas demonstram a intervenção estatal na seara privada, porém tal mecanismo é inerente dos novos direitos como é o direito do trabalho e outros, como direito dos idosos, direitos da criança e do adolescente, direito ambiental, direito das pessoas com deficiência.

Mauricio Godinho Delgado entende que a legislação trabalhista será cada vez mais intervencionista como a maioria das normas dos novos direitos, que as fases do fordismo, toyotismo e pós-modernas exigem cada vez mais que o Estado regule as relações denominadas privadas (DELGADO, 2005).

Dessa forma este estudo visa verificar o instituto da autonomia da vontade e sua limitação e a aplicação da boa-fé objetiva aos contratos trabalhistas, sendo que a partir destes institutos constatar se é ou não possível flexibilizar o contrato de trabalho.

A presente pesquisa foi realizada utilizando o método de abordagem dialético, porque penetra o mundo dos fenômenos por meio de sua ação recíproca, da contradição inerente ao fenômeno e da mudança dialética que ocorre na natureza e na sociedade que serão aplicadas ao tema para se chegar à conclusão, e métodos de procedimentos histórico, empírico e funcionalista; empregando a técnica da documentação indireta, visto que a pesquisa foi bibliográfica.

Parte-se de um referencial teórico baseado na autonomia da vontade e na boa-fé objetiva, com vistas a apresentar uma abordagem diferenciada sobre a flexibilização do contrato de trabalho.

Para isso procurou-se determinar o que vem a ser a autonomia da vontade aos contratos e suas limitações referentes ao contrato de trabalho e analisar o instituto da boa-fé objetiva aplicada aos contratos trabalhistas, ponto este que pouco é aprofundado pelos doutrinadores de direito do trabalho.

Esta análise é importante porque entendendo a autonomia da vontade e seus limites nos contratos de trabalho e verificando a aplicação da boa-fé objetiva a estes contratos será possível tecer uma teoria sobre a flexibilização contratual trabalhista.

Assim o trabalho inicia-se contextualizando a autonomia da vontade e os limites desta autonomia impostas pela legislação trabalhista, em seguida procura-se tecer considerações sobre a boa-fé objetiva e sua aplicação aos contratos de trabalho, conseqüentemente, é realizado um breve descrição do que vem a ser o contrato de trabalho, sua natureza e classificação.

Por fim, discute-se a possibilidade de flexibilização em relação a livre pactuação dos sujeitos frente aos limites da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva, com base na constitucionalização dos contratos, chegando à conclusão sobre a possibilidade ou não de flexibilização dos contratos trabalhistas nos moldes desta constitucionalização, verificando dentro da legislação brasileira as possibilidades de flexibilização do contrato de trabalho.

1 A AUTONOMIA DA VONTADE

Para entender a possibilidade de flexibilização dos contratos de trabalho à luz da autonomia da vontade e da boa-fé, primeiramente, deve-se entender o que vem a ser autonomia da vontade nos contratos em geral e sua relação com os contratos de trabalho.

A Constituição Federal em seu artigo 170 informa que a ordem econômica será fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, veja que para a lei maior a relação entre livre iniciativa e trabalho são fundamentais para a economia e, conseqüentemente, para o sistema capitalista. Tal fato não é novidade já que a figura da relação de emprego surge na Inglaterra na Revolução Industrial no final do século XVIII, marco este da livre iniciativa e do sistema produtivo-capitalista.

A relação de emprego é uma revolução na esfera trabalhista, pois a partir dela temos o empregador, possuidor do capital e demandante de trabalho, e o empregado, necessitado de renda e disponível ao trabalho; estas duas partes em coalizão de interesses acabam por pactuar obrigações e direitos entre si formando o contrato de trabalho.

Não que a relação capital-trabalho seja coalitiva, pelo contrário sempre foi e será antagônico e conflituoso os interesses dessas partes, porém ao mesmo tempo são ambas indispensáveis umas das outras, por mais que se tente através da tecnologia diminuir os postos trabalho.

A autonomia da vontade como pilar das relações contratuais exerce um papel importantíssimo, uma vez que inicialmente as relações de emprego pautavam-se exclusivamente na autonomia da vontade das partes para a celebração do pacto trabalhista.

O liberalismo do século XVIII pregava um Estado alheio a área econômica, que, quando muito, seria árbitro nas disputas sociais, consubstanciado na frase clássica *laissez faire, laissez passer, laissez aller*.

A Revolução Industrial acabou transformando o trabalho em emprego. [...]. (MARTINS, 2017, p.49). (grifo do autor).

A liberdade de pactuação trabalhista começa a gerar inúmeros conflitos, onde trabalhadores insatisfeitos se revoltam, tendo em vista as inúmeras exigências contratuais sem a devida contrapartida, o Estado então verifica que é necessário intervir nesta relação, sendo que a partir de 1802 é editada a Lei Peel, na Inglaterra, primeira lei a regular as relações de trabalho, cujo o principal tema da lei era a limitação da jornada a doze horas diárias. (MARTINS, 2017, p.50 a 51)

Percebe-se que a autonomia da vontade nas pactuações trabalhistas merecia intervenção estatal para equilibrar a relação, tendo em vista os interesses distintos de cada parte do contrato de trabalho.

A autonomia da vontade nas relações de trabalho passa então a ser mitigada pelo Estado com o escopo de tratar o trabalhador como hipossuficiente da relação. A limitação da autonomia da vontade embasa-se, portanto, nesta relação de poder econômico versus hipossuficiência do trabalhador e somente o Estado poderia equilibrar esta relação.

Os fenômenos particulares de restrição de liberdade [...] registram-se sempre que as partes da relação se encontram, relativamente ao objecto daquela, em posições de força econômico-social desigual (e por isso de desigual “poder contratual”), que permitem ao contraente “forte” impor a sua vontade unilateral ao contraente “débil”, o qual é contragido a acatá-la.

O exemplo mais importante no plano histórico e social deste tipo de situações é fornecido pela relação de dadores de trabalho e trabalhadores subordinados. [...] É um facto que por razões ligadas a sua própria subsistência física, na conclusão do contrato de trabalho, os trabalhadores se encontravam ao inteiro dispor do empresário, que podia determinar o seu conteúdo de forma completamente arbitrária e em conformidade com seus próprios interesses. (ROPPO, 2002, p.319).

Também, como forma de ajustar a autonomia da vontade à desequilibrada relação entre os empregadores e trabalhadores, as associações de trabalhadores denominadas de *trade union* que se desdobraram posteriormente em sindicatos, destacam-se por tentarem equilibrar as forças negociais nas pactuações trabalhistas.

Como expoente deste movimento está o contrato coletivo de trabalho, hoje conhecido como acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho, que regulamenta as relações dos trabalhadores garantindo regras mais paritárias para todos aqueles que trabalham e irão trabalhar numa empresa ou num determinado segmento de trabalho.

Segundo Roppo (2002) esse contrato coletivo pode ser denominado contrato normativo, já que dita regras para os atuais e futuros contratos a serem celebrados.

“A função do contrato normativo é, em suma, a de pré-determinar, em geral e abstracto, o conteúdo que deverá ser recebido numa série de contratos singulares concretos, que as parte do contrato normativo poderão de futuro concluir”. (ROPPO, 2002, p.322).

Nos contratos coletivos de trabalho esta função apresenta-se como regramento para a conclusão dos contratos individuais de trabalho e demonstram uma autorregulação com base na autonomia das partes quando o Estado demora a agir para equilibrar as relações contratuais.

Dessa forma a autonomia da vontade nos contratos de trabalho sofrem limitações estatais e sindicais, no intuito de equilibrar ou tentar equilibrar a dissonante posição contratual das partes nos contratos de trabalho.

A Constituição Federal, por mais que preze a livre iniciativa não ignora a valorização do trabalho como acima mencionado, valorizar o trabalho humano é sim incentivar a livre iniciativa, o fato de a autonomia da vontade possuir limitações não impede a livre iniciativa, por mais que os interesses de cada parte sejam distintos eles também são complementares, assim o Estado apresenta-se não só como interventor nesta relação, mas como apaziguador dos interesses opostos das partes.

[...] em uma sociedade capitalista moderna, peculiariza-se na medida em que o trabalho passa a receber proteção não meramente filantrópica, porém politicamente racional. Titulares de capital e de trabalho são movidos por interesses distintos, ainda, que se negue ou se pretenda enuncia-los como convergentes. Daí porque o capitalismo moderno, renovado, pretende a conciliação e composição entre ambos. (GRAU, 2005, p.199).

A Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigo 444 dispõe que “as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhe sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”, veja que a própria legislação trabalhista impõe limites a autonomia individual.

A Lei n.13.467 de 13 de julho de 2017, denominada reforma trabalhista, não alterou tal dispositivo, mas sim acrescentou o parágrafo único que amplia a autonomia para trabalhadores com curso superior e que recebam salários superiores ao dobro do teto previdenciário, tais trabalhadores estão sujeitos às estipulações contratuais, celebradas por ele e por seu empregador, como se lei fosse.

O fato de ter curso superior e salário superior ao dobro do teto previdenciário não é fórmula eficaz de equalização contratual, a hipossuficiência não reside no grau de escolaridade ou no salário percebido, mas sim na possibilidade do poderio econômico do empregador impor-se frente a necessidade de trabalho e salário do empregado, num sistema de submissão onde não há opções ao empregado. Concordando ou não com a nova legislação trabalhista o fato é que se passa a ter uma autonomia da vontade regulamentada para uma faixa específica de empregados.

Nota-se que a autonomia da vontade nos contratos de trabalho apresenta limites para sua adaptação aos contratos da pós-modernidade, uma vez que não se pode admitir uma livre estipulação desregulamentada sob pena de impor a parte mais fraca o poderio econômico da classe produtiva, tal fato não significa extirpar ou ignorar a livre iniciativa, mas sim invocar o constitucionalismo aos contratos com base nos preceitos da ordem econômica que se funda na livre iniciativa “com a valorização do trabalho humano”.

2 A BOA-FÉ OBJETIVA

A noção de boa-fé nos negócios jurídicos é tema de diversos estudos, em especial quando se trata de direito contratual civil, o contratualismo contemporâneo não admite estudar contrato sem passar pelo tema boa-fé, porém quanto aos contratos de trabalho pouco se escreve sobre a boa-fé aplicada a estes contratos.

Neste estudo a ênfase será na boa-fé objetiva, tendo em vista a relevância do tema para os contratos em geral e a possibilidade de flexibilização contratual com base na boa-fé objetiva.

Muito difícil é definir o que vem a ser a boa-fé objetiva de forma a aplicar indistintamente aos diversos contratos, Judith Martins-Costa (2015) esclarece tal dificuldade:

Efetivamente, não é fácil essa caracterização, pois a locução «boa-fé» é uma expressão semanticamente vaga ou aberta e, por isso, carecedora de concretização, sendo a tarefa de concretizar sempre, e necessariamente, contextual. Por mais que seja manifesto um significado genérico do sintagma boa-fé – por todos compreensível, mas de pouco auxílio, justamente por conta da elevada genericidade – especificar o conteúdo de um comportamento pautado por esse modelo jurídico nos variados casos concretos é tarefa de difícil realização. O conteúdo específico da boa-fé, em cada caso, está indissoluvelmente ligado às circunstâncias, aos «fatores vitais» determinantes do contexto da sua aplicação. Por isso é impossível apresentar uma definição apriorista e bem-acabada do «que seja» a boa-fé objetiva. Como sintetizado com precisão, o conceito de boa-fé parece mais interessar por sua função que por sua definição. (MARTINS-COSTA, 2015, p.40).

Todavia, é possível ter uma definição geral do que vem a ser a boa-fé objetiva que se expressa pela lealdade contratual, pela credibilidade das partes e, especialmente, pela eticidade na celebração do contrato, óbvio que tais comportamentos sociais na pactuação dependerão do meio social e da realidade para se concretizarem, conforme exposto por Judith Martins-Costa (2015).

Para o Código Civil, em seus artigos 113 e 422, a boa-fé é fundamental para os negócios jurídicos, assim como é princípio para conclusão e execução dos contratos.

Nos contratos trabalhistas a boa-fé objetiva será aplicada nos moldes do direito civil, apesar das peculiaridades das pactuações trabalhistas.

Todas as afirmações do direito civil sobre boa-fé nos contratos são aplicáveis ao direito do trabalho. É uma decorrência do princípio da eticidade nos contratos, o que não é reserva do direito civil, mas uma ideia básica comum aos contratos em qualquer setor do direito. (NASCIMENTO, 2011, p.363).

Portanto, a boa-fé objetiva para os contratos de trabalho pressupõe uma conduta dos sujeitos voltada para lealdade, confiança e colaboração, valorizando-se as condutas éticas levando em conta na interpretação da pactuação a realidade social nos casos concretos. Não se

pode analisar mais o contrato de trabalho no direito contemporâneo sem o instituto da boa-fé objetiva, sob pena de ignorar a constitucionalização dos contratos. (NASCIMENTO, 2011, p.358-363).

A boa-fé deve ser respeitada tanto na pré-pactuação, quanto durante o curso do contrato, assim como na fase de extinção do contrato de trabalho, não se pode admitir mais que o contrato de trabalho não seja analisado sob a ótica da boa-fé objetiva.

A pactuação trabalhista deve compreender lealdade e eticidade para atender aos fins sociais e aos preceitos constitucionais, apesar de várias determinações estarem expressas no regramento jurídico brasileiro limitando a autonomia da vontade, ainda, há campo para certas estipulações com base no artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, como por exemplo deveres do empregado e deveres do empregador, como horários de entrada e saída e de intervalo para refeições, valores de salário, disponibilidade de trabalho em feriados e finais de semana, dentre outras, e dentro desta autonomia é essencial a lealdade.

É sabido, como já mencionado, que a parte contratual mais fraca é o empregado e que o poder econômico pode sobrepor-se aos interesses comuns das partes e se romper com os preceitos da lealdade, desafiando a boa-fé.

Nestes casos, a importância da boa-fé é maior ainda, pois quando há o descumprimento do pactuado, a boa-fé será invocada ao magistrado que terá os instrumentos jurídicos a sua disposição para analisá-la no caso concreto, pois é na análise da função do contrato que a boa-fé terá seu reflexo no contrato de trabalho, já que no momento da pactuação e consecução contratual as necessidades pessoais do contratado podem suplantar a boa-fé contratual. (MARTINS-COSTA, 2015).

Com advento da Lei 13.467 de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista) e a possibilidade de negociações mais diretas entre empregado e empregador, em certas circunstâncias, a boa-fé objetiva ganhará destaque nas interpretações jurisdicionais, local este onde realmente terá sentido a aplicação da boa-fé objetiva, tendo por consequência a realização da função social do contrato dentro dos ditames da constitucionalização dos contratos.

Não se pode admitir a excluir o contrato de trabalho da aplicação da boa-fé objetiva, especialmente, quando se fala em flexibilizar o contrato, já que as partes nunca estarão em paridade para sua celebração.

3 O CONTRATO DE TRABALHO

O contrato de trabalho é um negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado), se obriga, mediante uma contraprestação (salário) a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa física ou jurídica (empregador) a quem fica subordinado, esta é a definição clássica da maioria dos doutrinadores.

A Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigo 442 traz uma definição mais simplista, porém mais abrangente, do que é o contrato de trabalho entendendo que *contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego*.

Para entender melhor a definição celetista deve se partir das características básicas do empregado componentes da relação de emprego, ou seja, deve analisar a existência de pessoa física (empregado), pessoalidade, onerosidade (remuneração), não eventualidade e subordinação, sendo que a subordinação é o item mais importante para se definir a existência da relação de emprego, e essa relação que determinará a existência do contrato de trabalho ou não.

Tendo em vista que a definição da Consolidação das Leis do Trabalho é ampla resta algumas dúvidas sobre a natureza jurídica deste contrato.

Por causa disso existem correntes anticontratuálistas e contratuálistas sobre a natureza jurídica do contrato de trabalho. Os anticontratuálistas apresentam a teoria da relação de trabalho que acredita que basta apenas a prestação do serviço para a incidência das regras jurídicas, independente da manifestação de vontade, seria uma forma estatutária anticontratuálista; também, existe a teoria da instituição que coloca o empregado como uma engrenagem da hierarquia da organização empresarial, enquadrando-se de forma estatutária ao meio social. Já a corrente contratuálista entende que a natureza jurídica da relação entre empregado e empregador é contratual, pois há uma manifestação de vontade para assunção das obrigações das partes, podendo ser considerado um negócio jurídico. (GARCIA, 2011, p.58).

Sergio Pinto Martins (2017, p.170), ainda, traz uma teoria mista que se subdivide em teoria da concepção tripartida do contrato de trabalho dividida em três elementos, que são: o contrato preliminar para futura constituição da relação de emprego, a inserção na empresa para cumprir o contrato e o acordo de vontades estabelecendo as condições de trabalho; e a teoria do trabalho como fato, onde o objeto contratual é a prestação dos serviços subordinados e o fato é a execução do trabalho não decorrente do contrato.

Neste estudo adota-se a corrente dominante da doutrina que entende que a natureza jurídica é contratual, isto porque temos duas partes que pretendem circular riquezas (capital e trabalho), que são livres para pactuarem ou não as obrigações, que ao pactuarem assumem

obrigações recíprocas entre si, ou seja, assumem deveres e possuem direitos inerentes a esta relação, portanto, há uma obrigação de fazer.

A teoria predominante entende que o contrato de trabalho tem natureza contratual. Trata-se de um contrato, pois depende única e exclusivamente da vontade das partes para sua formação. Os efeitos do contrato não derivam apenas da prestação de serviços, mas daquilo que foi ajustado entre as partes. [...] A liberdade em assentir, em ajustar o contrato de trabalho, é fundamental. O trabalho do empregado é livre, assim como é livre a vontade da pessoa passar a trabalhar para a empresa. (MARTINS, 2017, p.169).

Partindo do pressuposto de que o contrato de trabalho possui natureza contratual, deve-se entender como se classifica estes contratos.

Os contratos de trabalho podem ser classificados em contratos bilaterais de direito privado, sinalagmáticos, consensuais, de trato sucessivo e onerosos. É bilateral porque é celebrado entre duas partes, sem a participação de terceiro; sinalagmático, pois as partes obrigam-se entre si, ou seja, há prestação e contraprestação; consensual, já que não exige forma específica, bastando a manifestação de vontade, de trato sucessivo, porque existe uma relação de crédito e débito permanente entre as partes; e oneroso tendo em vista que a prestação do trabalho gera uma prestação pecuniária pelo trabalho (salário). (GARCIA, 2011, p.66).

O contrato de trabalho é um contrato de meio e não de resultado, pois se exige que o trabalhador faça o seu melhor para o cumprimento da obrigação de prestar o serviço, não podendo exigir resultado, via de regra, do trabalhador.

A Lei 13.467 de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista) inseriu o § 1º ao artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, dispondo que o direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho.

Assim pode-se falar em contratualização das relações trabalho, aplicando-se os institutos da boa-fé objetiva, da autonomia da vontade e a função social do contrato ao plano contratual trabalhista, uma vez que o Direito Civil reconhece amplamente a aplicação destes institutos aos contratos cíveis.

Não se pode olvidar que a aplicação do direito comum não significa eliminar as limitações da autonomia da vontade próprias do regramento tutelar trabalhista, mas

simplesmente que se aplica, também, aos contratos de trabalho alguns institutos do direito civil de forma complementar, como a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

4 A FLEXIBILIZAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Sempre se cogitou flexibilizar os contratos de trabalho, contudo ao estudar esta possibilidade os autores esbarram nas limitações legais trabalhistas que impõe aos contratos obrigações normativas específicas irrenunciáveis que acompanham indistintamente os contratos de trabalho.

Ao se atentar para a história, principalmente, as referentes às relações dos contratos pós-modernos percebe-se uma crescente interferência estatal nas relações privadas, os institutos da boa-fé objetiva e função social do contrato são exemplos de que a *pacta sunt servanda* não é mais absoluta, assim como as restrições a propriedade privada prevista no Estatuto das Cidades ou nas leis ambientais derrubaram o dogma da propriedade inabalável.

Da mesma forma o Direito do Trabalho como um direito novo que é, está eminentemente encharcado de intervenções estatais todas visando à proteção ao hipossuficiente (empregado), apesar da tentativa de desregulamentação estatal oriunda da Lei 13.467 de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista).

Tal movimento culmina na constitucionalização dos contratos, incluindo os contratos de trabalho, convergindo para uma interpretação, mesmo sobre o prisma econômico, a base da justiça social aliada a manutenção da dignidade da pessoa humana.

Com a evolução dogmática, pensar em contrato é hoje pensar em *contrato social*, não no sentido rousseauiano, que tem propósitos mais amplos, muito menos no sentido socialista, porque contrato em regime de evanescência da propriedade privada é uma contradição, por ser o contrato um instrumento de circulação de riquezas e de transmissão da propriedade além dos seus outros fins, mas no sentido da aproximação entre o real e o contratual. (NASCIMENTO, 2011, p.359). (grifo do autor).

Então como flexibilizar os contratos de trabalho à luz de uma limitação da autonomia da vontade e da sujeição a interpretação constitucional voltada a prevalência da boa-fé objetiva?

Comumente imagina-se que flexibilizar o contrato de trabalho é diminuir a intervenção estatal e permitir que as partes pactuem todas as cláusulas contratuais, porém tal caminho é

inverso ao plano dos contratos na pós-modernidade, flexibilizar dessa forma seria um retrocesso a constitucionalização dos contratos e uma afronta as conquistas dos trabalhadores desde a Revolução Industrial.

Como mencionado existe sim uma autonomia limitada das partes ao pactuarem, mas não é este ponto o motivo da inflexibilidade contratual até porque não se pode mais analisar os contratos de trabalho exclusivamente em relação aos sujeitos, a visão em relação às partes tem que transcender os sujeitos estáticos do empregado e empregador passando para uma análise social das partes com vistas às necessidades de cada uma, neste ponto o direito do trabalho exerce através das limitações a autonomia da vontade um papel de regulador da pactuação, dada a evidente desigualdade das partes, buscando atender a necessidade de cada parte, já a boa-fé objetiva neste contexto visa no plano real adequar qualquer distorção contratual ao meio social, ou seja, atender a necessidade das partes em todos os momentos contratuais.

Portanto, qualquer discussão sobre flexibilização do contrato de trabalho que busque suprimir a limitação da autonomia da vontade ou ignore a boa-fé objetiva é inviável e acabará por trazer a tona conceitos retrógrafos de pactuação nos moldes dos contratos de trabalho firmados à época da Revolução Industrial, indo de encontro as conquistas trabalhistas e constitucionalização dos contratos.

A liberdade contratual é a faculdade de autodeterminação do sujeito nas suas relações contratuais, respeitados os seus limites operativos, entendendo-se por liberdade a possibilidade de escolha de interesses na interatividade entre os sujeitos e a sua efetiva transposição para o plano real.

É o que justifica a tutela do trabalhador.

As leis trabalhistas devem ser tutelares e interferentes no contrato de trabalho para que a concepção formal de contrato se transforme efetivamente em uma noção realística daquilo que ocorre no mundo físico. (NASCIMENTO, 2011, p.364-365).

Partindo então da premissa que a liberdade de contratar com o aumento da autonomia das vontades é impraticável na sociedade moderna, que não se pode abandonar a aplicação da boa-fé objetiva e que devem ser respeitadas as necessidades de cada sujeito na contratação, o que seria flexível no contrato de trabalho?

A flexibilização consiste em abandonar a clássica teorização de que o contrato de trabalho é único e só pode ser praticado de uma maneira, a diversificação das modalidades tratativas trabalhistas são o caminho para a flexibilização; tal argumento tem amparo na aplicação da diversificação contratual no direito comparado.

Diversos países como Itália, Espanha, Portugal, França, e até o Brasil possuem outras modalidades de contrato de trabalho que podem ser chamados de contratos flexíveis de trabalho.

[contratos flexíveis de trabalho] São os contratos que rompem com o contrato de tempo integral e duração indeterminada, porque afastam do padrão clássico unidimensional do início da sociedade industrial, quando o vínculo de emprego tinha um único tipo, o do operário da fábrica. (NASCIMENTO, 2011, p.427).

Na Itália têm-se os contratos de trabalho intermitente, compartilhado, a tempo parcial, a prazo; na Espanha existem os contratos de trabalho de realização de obra, o de substituição de trabalhadores, o de cobrir eventualidades derivadas de circunstâncias de produção, o de lançamento de uma nova atividade, a tempo parcial, o de relevo; em Portugal existem os contratos de trabalho equiparados, o de trabalhador estudante, a promessa de contrato, o de adesão, a termo, o de teletrabalho; a França tem o contrato de trabalho para substituição, para trabalhos urgentes, de qualificação, de adaptação, de iniciativa de emprego, de emprego solidariedade e os temporários. (NASCIMENTO, 2011, p.428-432).

Essas diversas modalidades de contratos flexibilizaram as relações de emprego para atender a velocidade das mudanças sociais, os empregadores e empregados não são mais os mesmos do século XVIII, assim como as atividades, principalmente, as novas tecnologias modificaram todas as relações interpessoais, da mesma forma as relações de trabalho e respectivamente os contratos de trabalho oriundos destas relações não poderiam ficar inflexíveis baseados num modelo clássico.

Assim pode-se afirmar que o contrato de trabalho no ordenamento jurídico brasileiro é flexível, pois existem diversas modalidades de contratação como os contratos a prazo determinado (experiência, obra certa, safra, atleta profissional e outros), os temporários, o contrato a tempo parcial.

A Lei n.13.467 de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista) acrescentou a Consolidação das Leis do Trabalho o artigo 75-A referente ao contrato de teletrabalho e acrescentou o § 3º ao artigo 443 referente ao trabalho intermitente.

Dessa forma as diversas modalidades de contratação disponíveis na legislação brasileira torna o contrato de trabalho flexível, não da forma tradicional com aumento da liberdade de pactuação, mas de uma maneira que se enquadre as diversas necessidades de empregadores e empregados e suas respectivas atividades, isto tudo sem abandonar as características dos contratos da pós-modernidade que exigem limites à autonomia da vontade e atenção a boa-fé objetiva na pré-pactuação, no curso do contrato e em sua extinção.

Portanto, flexibilizar o contrato de trabalho no direito brasileiro consiste em adotar novas modalidades de contratação adequadas à realidade de empregados e empregadores, mantendo-se a intervenção estatal para equilibrar a pactuação tradicionalmente desigual e obedecendo aos preceitos da constitucionalização dos contratos.

Assim a flexibilização dos contratos de trabalho à luz de uma limitação da autonomia da vontade e da sujeição à interpretação constitucional voltada a prevalência da boa-fé objetiva é possível quando se analisa a contratação trabalhista em relação às modalidades contratuais e não em relação aos sujeitos do contrato.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se imagina flexibilizar os contratos de trabalho, logo vem a mente aumentar a liberdade de pactuação, no entanto o presente estudo dedicou a demonstrar que a autonomia da vontade nos contratos da pós-modernidade aliado a sujeição à boa-fé objetiva encontra barreiras a esta flexibilização.

A autonomia da vontade encontra limites na legislação protetiva trabalhista que com o objetivo de equilibrar a relação trabalhista, tradicionalmente desigual, impõe regras irrenunciáveis tornando o contrato de trabalho parte de um contrato normativo que possui uma mínima liberdade de pactuação.

Aliado a isso a constitucionalização dos contratos e a aplicação subsidiária do direito comum ao direito do trabalho impõe uma contratação que obedeça a eticidade, que se desdobra na boa-fé objetiva, ou seja, lealdade nos contratos de trabalho.

Claro que a boa-fé objetiva não impede a flexibilização contratual trabalhista nos moldes da livre pactuação dos sujeitos, mas ao trazer o contrato a realidade enquadrando-o ao meio social e diante da posição de inferioridade de uma das partes contratuais, a interpretação

pela boa-fé objetiva dos contratos de trabalho ganha ares de impeditivo a livre pactuação que originalmente seria impositiva daquele que detém o poderio econômico.

O contrato de trabalho tendo uma natureza contratual então se sujeita tanto a limitação da autonomia quanto a boa-fé objetiva, para proteger o hipossuficiente.

O pensamento voltado a livre pactuação dos sujeitos está ultrapassado e, portanto, não é o caminho para flexibilizar os contratos de trabalho, tendo em vista as necessidades de cada parte e as relações interpessoais destas com o meio social.

Então compreendo que a flexibilização contratual deve ser estudada com base nas modalidades contratuais e não aumentando a liberdade dos sujeitos, o foco deve ser os contratos e não os sujeitos dos contratos.

Muitos se houve dizer que a contratação trabalhista no Brasil é inflexível, entretanto não se atentam que existem diversas modalidades contratuais em nossa legislação que servem para adequação as diversas possibilidades de relações de trabalho, essas modalidades configuram a flexibilização, uma vez que visam atender as diversas realidades existentes.

As novas tecnologias e a veloz mudança da sociedade impôs a adaptação dos contratos de trabalho a essas novas realidades; inclusive o acréscimo de novas modalidades pela reforma trabalhista confirmam que o caminho da flexibilização é diversificar os contratos para atender as realidades sociais.

Deste modo, é possível afirmar que há flexibilização do contrato de trabalho no ordenamento jurídico brasileiro em conformidade com os limites da autonomia da vontade e com os preceitos da boa-fé objetiva, concluindo-se que os contratos de trabalho além de flexíveis são contratos contemporâneos, tendo em vista a aplicação da constitucionalização contratual aos contratos de trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27 maio 2017.

_____, Lei n.13.467 de 13 de julho de 2017.. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em 14 de julho 2017.

CLT. Consolidação das Leis do Trabalho. 47ª ed. São Paulo, LTR, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 4ª ed. São Paulo, LTr, 2005.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 4ªed. São Paulo, Método, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. Malheiros, São Paulo, 2005.p.190 a 215.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. São Paulo, Marcial Pons, 2015. Disponível em http://www.marcialpons.com.br/wp-content/uploads/2015/10/L-49_tira-gosto_A-Boa-fe-no-direito-privado_Judith-Martins-Costa.pdf. Acesso em 14 jul. 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 33ª ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. São Paulo, Saraiva, 2011.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. (Capítulo V – As transformações do contrato na sociedade contemporânea: “Declínio ou “relançamento do instrumento contratual”?). Coimbra: Almedina, 2002. p.295-348.