

NEWTON CLEMENTE

Flexibilização do Direito do Trabalho

Bacharel em Direito

FEMA – FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS

ASSIS

2009

NEWTON CLEMENTE

Flexibilização do Direito do Trabalho

Monografia apresentada ao Departamento do curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior), como requisito para a conclusão de curso, sob a Orientação específica do Dr. Luiz Antonio Ramalho Zanoti, e Orientação Geral do Prof. Dr. Rubens Galdino da Silva.

FEMA – FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS

ASSIS

2009

Folha de Aprovação

Assis, ____ de ____ de ____

Assinatura

Orientador: _____

Examinador: _____

Dedicatória

Para aqueles que mais amo. À minha esposa, Sylvia, pela sua paciência, insistência, auxílio e amor incomparáveis, e indispensáveis sem os quais seria quase impossível levar este projeto adiante. Aos nossos filhos, Daniel e Lucas, provas inequívocas de que há filhos “mais chegados do que irmãos”. À memória de meus pais, Isaias e Júlia, primeiras pessoas a acreditar, mesmo contra todas as evidências, que eu pudesse me tornar um bacharel em Direito. Ainda em nossos dias há “gigantes” na terra. Este trabalho é deles.

Agradecimentos

O maior bem do homem pensante é ter explorado o explorável e serenamente venerar o inexplorável.

(J. W. v. Goethe –Escritos naturalistas)

Sou muito grato a muitos amigos que me encorajaram e aconselharam ao longo dos anos. A esta altura da vida eles já são tantos que não posso nem começar a mencioná-los individualmente. Algumas pessoas, porém, tiveram participação realmente ativa na análise de alguns textos que compõem este trabalho, dando-me valiosos conselhos.

Dívida de gratidão também para com aqueles de quem pude receber porção de conhecimento, aprendendo junto as fontes notáveis de prudência e sensatez, proporcionando série de movimentos concatenados e harmônicos rumo ao aprendizado do Direito: Professores Doutores Luiz Antonio Ramalho Zanoti e Rubens Galdino da Silva, pela orientação segura e tranquila, o que permitiu o encaminhamento da pesquisa com autonomia e liberdade; Ao Dr. Marco Antônio de Souza Branco, que com sua experiência de vida e vasto conhecimento adquirido no exercício da Magistratura Trabalhista, me ajudou a aprimorar muito o presente trabalho. Além das muitas e sinceras palavras encorajadoras que me animaram a terminar a tarefa e, especialmente, por se opor com energia, à minha tendência de aceitar, com excessiva prontidão, ideias muitas vezes superficiais e inconclusivas, fruto, sem dúvida, de minha imaturidade intelectual.

Tenho uma dívida especial para com Ana Paula Florêncio, cujo conhecimento jurídico, excelente domínio de linguagem e composição, somada à sua persistência, me ajudou a dizer o mais claramente possível aquilo o que eu tinha a dizer. Ela se dedicou de corpo e alma ao conteúdo deste trabalho, e sou muito grato por isso.

E, sem dúvida alguma, “Àquele que está assentado no trono e ao Cordeiro sejam o louvor, a honra, a glória e o poder, para todo o sempre!”

Sumário

Introdução	01
I- Os direitos dos trabalhadores. Breve histórico	03
1.1-Surgimento e desenvolvimento	03
1.2-A função histórica dos sindicatos	06
II-Flexibilização	09
2.1-Conceito	09
2.2-Denominação	11
2.3-Desenvolvimento	13
2.4-Extensão	14
	17
III-Globalização. A nova ordem mundial	
3.1-Tendências	17
3.2-Formas de flexibilização	18
3.2.1- Da Remuneração	18
3.2.2- Da jornada de trabalho	19
3.2.3-Da contratação	20
3.2.4-Do tempo de duração do contrato	20
3.2.5- Da dispensa do trabalhador	20
3.3- Efeitos da flexibilização sobre as normas trabalhistas	21
	22
IV-A flexibilização no tempo.	
	24
V- Flexibilizar direitos do trabalhador: uma ameaça?	
5.1-Limites da flexibilização dos direitos trabalhistas	24
5.1.1-Limites constitucionais	26
5.1.2-Limite legais	26
5.2-Prós e contra da flexibilização	28
	30
Conclusão	
	35
Referências	

Resumo

Flexibilização do Direito do Trabalho é tema recorrente em matérias de estudos trabalhistas, bem se sabe. A reivindicação de um tratamento legal menos rígido da relação laboral é uma das propostas mais alardeadas, sob pretexto de que essa mesma rigidez acaba por sufocar a manutenção e a criação de novos postos de trabalho. Deste modo, pretende-se a seguir, elaborar o tema do ponto de vista do sistema jurídico-constitucional em vigor, como contribuição para o debate acerca da existência de limites bem definidos à flexibilização do Direito do Trabalho.

Palavras-chave

Flexibilização – Rigidez- Desregulamentação- Limites – Viabilidade.

Abstrat

Flexibilization of labour law is recurring theme in labour studies materials, and if you know. The request for a fairly loosely of the employment relationship is one of the alardeadas proposals, on the pretext that such rigidity ultimately stifling the maintenance and creation of new jobs. Thus, the following is intended to draw up the theme from the standpoint of constitutional legal system in force, as a contribution to the debate on the existence of well-defined limits the flexibilization of labour law.

Keywords

Relaxation – rigidity-deregulation-limits – viability.

Introdução

O presente estudo objetiva permitir a contextualização de um tema discutido em vários meios no país e no mundo: a flexibilização do direito do trabalho.

Busca-se investigar se um tratamento legal menos rígido da relação laboral é o modelo adequado à manutenção e criação de novos postos de trabalho ou uma ameaça às aspirações da classe trabalhadora.

O Direito do Trabalho, conquistado pelos trabalhadores depois de grandes lutas e de anos a fio em condições sub-humanas de trabalho se depara com um novo desafio: enfrentar as novas tendências do mercado mundial que impõem novos rumos na economia agora globalizada.

Afinal flexibilizar é a solução?

Com a nova realidade mundial, imposta pela mundialização financeira, a flexibilização dos direitos trabalhistas passou a ser tratada como tábua de salvação para atenuar o desemprego. Os adeptos dessa teoria neoliberal pregam a desregulamentação do Direito do Trabalho para que as condições de emprego sejam ditadas pelas leis do mercado.

De outro lado, há os que defendem a incompatibilidade do processo de flexibilização com os princípios do Direito do Trabalho e sua índole protetiva do trabalhador hipossuficiente, como meio de alcançar igualdade substancial e verdadeira entre as partes.

Além disso, verificamos que a atual conjuntura econômica tem levado o direito do trabalho a enfrentar novas figuras jurídicas como a subcontratação, a terceirização, a ampliação do uso dos contratos de trabalho por prazo determinado, a redução da jornada semanal do trabalho o aumento da negociação coletiva, os sistemas de compensação de horários, entre outras.

Sendo assim, surge a necessidade de investigarmos os limites e a viabilidade jurídica da flexibilização, de forma a não obstruir o avanço da tecnologia e os imperativos do desenvolvimento econômico, nem tampouco o caráter tutelar do Direito do Trabalho.

De corolário, a Constituição Federal de 1988 alçou os Sindicatos à condição de guardiões dos interesses das categorias que representam, dando-lhes legitimidade para transacionar os direitos da classe, conforme o preceito insculpido no art. 8º, III, da Carta Magna. Dentro de tal contexto, se torna legítimo o procedimento de concessões recíprocas operado por sindicato da categoria dos empregados e a empresa, concernente a estabelecer parâmetros para a relação laboral.

Entretanto, cabe-nos refletir sobre alguns questionamentos: Será que o trabalhador não estará abandonado à própria sorte se lhe for possível dispor dos seus direitos? O que é melhor para o trabalhador? A flexibilização poderá diminuir o desemprego? Modernizará as relações de trabalho?

I – Os direitos dos trabalhadores. Breve histórico

1.1- Surgimento e desenvolvimento

Por muito tempo, durante a Idade Média o trabalho foi visto como uma maldição para o homem, em razão do pecado original. Vale lembrar que o castigo pela desobediência de Adão e Eva, a Deus, foi o homem cultivar a terra por suas próprias mãos, com a expulsão do Paraíso. Tal mito da maldição do pecado original, contido nos escritos judaicos, foi retomado pela igreja cristã praticamente por toda a Idade Média, pois ia ao encontro da própria estrutura do poder político e econômico da sociedade de então, composta pelos que falavam (poder eclesiástico), pelos que lutavam (poder senhorial) e, por fim, pelos que trabalhavam e não tinham poder.

Após a virada do primeiro milênio de nossa era, houve a chamada “revolução medieval”, que correspondeu a um período de retomada de importância e crescimento das cidades na Europa Ocidental. Isso ocorreu da ampliação dos poderes territoriais da cristandade sobre as terras ocupadas pelos bárbaros (visigodos, vikings, húngaros, etc.) e muçulmanos, e da concretização da chamada “paz de Deus” estabelecida pela Igreja, que estruturava seu poder temporal.

A esse respeito, Gerson Lacerda Pistori, Desembargador Federal do Trabalho, referindo-se ao desenvolvimento tecnológico, defende a ideia de que é nesse contexto:

que ocorreu o desenvolvimento econômico das cidades em várias regiões europeias, o que possibilitou invenções para uso da atividade humana, além do aprimoramento de plantações (por meio do contato com outras culturas), do desenvolvimento tecnológico de construções, ferramentas, bem como do crescimento do comércio, etc. (PISTORI, 2007, p. 1425)

Essa modificação do contexto histórico medieval levou a uma mudança de concepção sociológica e jurídica do trabalho, que tomou autonomia própria e adquiriu um *status* de dignidade e respeitabilidade, notadamente a partir do Século XII. As corporações de ofício, locais de trabalho geralmente artesanais, passaram a fazer parte do mundo social, teológico e jurídico. E quem trabalhava não mais trazia o ônus integral do pecado

original, pois seu exercício passou a ser parte da busca da felicidade (aqui com a influência de Santo Tomás de Aquino).

No entender de Sônia Nascimento: “Já próximo do fim da Idade Média, começou a divisão do trabalho entre o campo e cidade, que depois se aprofundaria com o início da Era Moderna.” (NASCIMENTO, 2002, p. 17).

Entretanto, no curso da história, certos processos de trabalho acabaram até influenciando na flexibilização das normas trabalhistas.

A invenção de máquinas, por exemplo, trouxe a dispensa de vários trabalhadores. Foi o que ocorreu com o surgimento da máquina a vapor como fonte energética, a máquina de fiar de Hargreaves e os teares mecânicos de Cartwright. O trabalho passou a ser feito de forma muito mais rápida e seu uso acabou substituindo a força humana, terminando com vários postos de trabalho e causando desemprego, na época.

Em melhor situação não ficou na agricultura. Com os novos métodos de produção, a agricultura também passou a empregar um número menor de pessoas, causando desemprego no campo.

Inicia-se, assim, uma substituição do trabalho manual pelo trabalho com o uso de máquinas. Havia necessidade de que as pessoas operassem as máquinas a vapor e têxteis, o que fez surgir o trabalho assalariado.

Essa mudança no imaginário humano foi tão impactante que causou reações extremadas, registradas na história como a dos ludistas. O Luddismo é o nome do movimento contrário à mecanização do trabalho trazida pela Revolução Industrial. Adaptado aos dias de hoje, o termo ludita (do inglês *luddite*) identifica toda pessoa que se opõe à industrialização intensa ou às novas tecnologias, geralmente vinculadas ao movimento anarcoprimitivista. Organizava-se para destruir as máquinas, pois entendia que elas eram as causadoras da crise do trabalho.

De outra banda, o empregador sempre impôs as condições de trabalho, o tempo de serviço, os horários do trabalhador. E assim era pelo fato de que o trabalhador, tendo apenas a força de trabalho para garantir a sobrevivência sua e da família, terminava por não questionar o patrão, visto que era a parte "fraca" da relação de emprego.

O professor Carlos F. Zimmermann Neto, discorrendo sobre os movimentos dos trabalhadores na época registra: “Começaram a surgir durante o Século XVIII, na Inglaterra, vários movimentos organizados para pleitear melhores condições de trabalho – as chamadas *trade unions* (associações de categoria). Prontamente reprimidas as manifestações pelo governo pela lei conhecida como *Combination, Act*, em 1799 e 1800, as *trade unions* transformaram-se em *sociedades de socorro mútuo*, passando a auxiliar na sobrevivência dos trabalhadores doentes, incapacitados, dos órfãos e viúvas.” (Direito do Trabalho, Saraiva, 2006, p. 9).

Neste passo, ainda no Século XVIII, alguns direitos foram regulamentados, principalmente na Inglaterra, como a jornada diária feminina de 10 horas. Mas, a necessidade de regulamentação dos direitos dos trabalhadores surgiu principalmente depois da Revolução Industrial, no Século XIX. Desde muito tempo o trabalho era marcado pela grande exploração, com o excesso de trabalho, o desgaste físico e mental e baixos salários.

David Ricardo, considerado um dos principais representantes da economia política clássica, dizia no início do Século XX que “as máquinas iriam destruir os empregos”, *Princípios de Economia Política e Tributação*, publicado em 1817.

É nesse contexto de Revolução Industrial que o trabalhador teria a tal libertação, em razão da generalização do trabalho assalariado. É nessa fase que se plantam as primeiras sementes do Direito do Trabalho e, por outro lado, também o início de uma nova luta não mais contra o senhor ou mestre, mas contra o capital.

Papel importante vai desempenhar os sindicatos na representatividade dos trabalhadores, nosso tema seguinte.

1.2- A função histórica dos sindicatos

Os efeitos do capitalismo começaram a suscitar discussões em torno da questão social, chamando atenção, em especial, quanto ao empobrecimento dos trabalhadores decorrentes da impossibilidade de competirem com o poderio industrial nascente. Sem nenhuma regulamentação do trabalho, a exploração das mulheres e crianças era comum, já que o seu trabalho era mais barato.

O industrialismo levou ao liberalismo, doutrina pela qual se entende o trabalho como a atividade humana aplicada à produção, ou seja, um fator de produção. O trabalhador passa a dividir o resultado do seu trabalho com o capitalista, o dono dos meios de produção. Assim, o salário depende da relação entre o capital e o número de operários, sujeito à lei da oferta e da procura.

Mas, a principal característica do Estado Liberal era a participação ínfima do governo na economia. O individualismo surge também como aspecto basilar desta doutrina, deixando de lado, conseqüentemente, a questão social, o coletivo. Dessa forma, o Estado Liberal não favoreceu o Direito do Trabalho, mas deu ensejo para que se percebesse a necessidade da existência deste.

Os trabalhadores se organizavam em sindicatos clandestinamente, pois eram proibidas as reuniões na Inglaterra. O movimento era considerado ilegal, tendo surgido em meados do Século XIX.

As lutas, aliadas ao surgimento dos Estados intervencionistas já no Século XX, trouxeram a possibilidade de uma maior regulamentação dos direitos dos trabalhadores. São exemplos: a redução do horário de trabalho, a garantia de férias, de repouso semanal remunerado, etc. Foi com a intervenção do Estado na tutela dos direitos dos trabalhadores que estes, após muitos anos de luta e de sofrimento, foram reconhecidos. O aparecimento do sindicalismo foi bastante significativo neste sentido, visto que foi o movimento dos trabalhadores organizados o estopim para a mudança nas relações de trabalho.

No Brasil, as primeiras indústrias apareceram depois da vinda da família real, em 1808. Esse lento processo de industrialização, aliado ao fim do tráfico negreiro e da escravidão, proporcionou a vinda de imigrantes europeus e, com eles, a ideologia anarco-sindical.

Assim, as primeiras associações operárias surgiram na ilegalidade, e tinham uma concepção anarquista, anti-capitalista. "Essa consciência da injustiça social, da natureza da exploração e da dominação, deu sustentação ao associativismo sindical e às lutas anti-capitalistas, que se traduziam na multiplicação do número de greves e manifestações de trabalhadores urbanos" (SILVA, JORGE E. O nascimento da organização sindical no Brasil e as primeiras lutas operárias (1890-1935). Disponível em: <<http://www.midiaindependente.org> > Acesso em: 10.jul.2009)

As primeiras manifestações sindicais lutavam principalmente pela redução do horário de trabalho e das horas extras, pelo fim do trabalho infantil e do trabalho noturno feminino.

Foi já na metade do Século XX que finalmente os direitos, pelos quais os trabalhadores tanto lutaram, foram reconhecidos. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), uma compilação de várias leis que já existiam e a criação de outras, no governo de Getúlio Vargas, é o que perdura até hoje em termos de direito trabalhista. Há quem diga que a CLT é simplesmente o resultado de um sistema fascista, porém, é o conjunto das conquistas dos trabalhadores, decorrente das grandes greves do início do século, o que se confirma com as garantias constitucionais destes direitos na Constituição Federal de 1988.

Não se pode ignorar que o governo de Getúlio Vargas foi por um bom tempo fascista, tendo os sindicatos sido atrelados ao governo. Esta mudança decorrente da lei que atrelava o sindicato ao governo foi possível também porque esta época, de grande industrialização, atraiu grandes contingentes de mão-de-obra do resto do País, os quais não tinham contato com as lutas sindicais. O trabalhismo e o sindicalismo pelego foram realidades nesta época.

Com a Ditadura Militar, os sindicatos se desestruturaram, principalmente depois do AI-5, quando foi proibida a reunião de pessoas. Foi no fim da ditadura que os sindicatos passaram a se reestruturar, com novos grandes movimentos, greves, surgimentos de partidos e luta contra a ditadura. É o que se passou a chamar de novo sindicalismo.

Finalmente, não se pode deixar cair no esquecimento o que a Declaração Universal dos Direitos do Homem diz, em seu art. 23:

- I) Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
- II) Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
- III) Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
- IV) Todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

A Declaração dos Direitos do Homem, de 1948, deu destaque ao trabalho em seu artigo 23, em razão da conquista histórica do capítulo XIII, do Tratado de Versalhes, de 1919. Por sua vez, tal documento também recebeu influência do artigo 123, da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, de 1917 (essa, como o Tratado de Versalhes, foi influenciado pelas lutas sociais e pensamento filosófico sobre o trabalho humano, profícuos no Século XIX). Há ainda de se ter em mente a influência das Declarações dos Direitos Inglesa, assim como os anteriores textos de direitos fundamentais.

Os textos legais de proteção e respeito ao trabalho humano representam uma conquista da humanidade, e mais, um marco referencial da diferença civilizatória do ser humano na História. E não há que se ter como maldito um direito fundamental conquistado pelo homem. “Maldito, hoje, é quem não respeita o trabalho humano”(PISTORI, 2007, p.1425).

II- Flexibilização: conceito, denominação, desenvolvimento e extensão

2.1- Conceito

Antes de analisar o conceito da flexibilização é possível dizer que se trata de uma reação aos padrões até então vigentes das legislações que estão em desacordo com a realidade, das legislações extremamente rígidas, que não resolvem todos os problemas trabalhistas, principalmente diante das crises econômicas ou outras.

A doutrina tem vários conceitos sobre a flexibilização do Direito do Trabalho.

Cassio Mesquita Barros Jr. nos informa que a “flexibilização do Direito do Trabalho consiste nas medidas ou procedimentos de natureza jurídica que têm a finalidade social e econômica de conferir a possibilidade de ajustar a sua produção, emprego e condições de trabalho às contingências rápidas ou contínua do sistema econômico”. (BARROS, 1994).

Júlio Assunção Malhadas leciona que a flexibilização é a “possibilidade de as partes – trabalhador e empresa – estabelecerem, diretamente ou através de suas entidades sindicais, a regulamentação de suas relações sem total subordinação ao Estado, procurando regulá-las na forma que melhor atenda aos interesses de cada um, trocando recíprocas concessões”. (MALHADAS, 1991. p. 143).

Santiago Barajas Montes de Oca afirma que a flexibilidade do Direito do Trabalho é o “elemento complementar da relação de trabalho segundo o qual trabalhadores e patrões acertam um ajuste econômico, com caráter provisório ou temporal, para as condições de trabalho estabelecidas, de uma empresa em crise”. Informa que devem ser observados três elementos: (a) o acordo voluntário e livre dos interlocutores sociais; (b) um ajuste econômico, de caráter provisório ou temporal; (c) o presente em uma empresa em crise. (MONTES, 1991, p. 17). O conceito compreende uma situação provisória ou temporal, que é o que ocorre na maioria dos casos, mas pode estar inserida num contexto

permanente de necessidade de modificação e de se estabelecer regras flexíveis na legislação para quando houver uma determinada situação a ser aplicada.

Alguns autores expõem a polaridade com relação à flexibilização do direito do trabalho. As principais correntes são a concepção heterotutelar e a autotutelar do direito do trabalho, acrescentada pela ideia de sua flexibilização.

A heteroproteção surgiu no mundo com as primeiras regulamentações, e considera o trabalhador como o polo mais fraco da relação de emprego, trazendo princípios que o privilegiam, sem detrimento da igualdade entre as partes, visto que aí há uma concepção de igualdade substancial.

Nos moldes da concepção heterotutelar do direito do trabalho, o Estado intervém na relação de emprego em favor do trabalhador, limitando o poder do empregador para garantir a manutenção das condições de emprego as quais o empregado tem direito.

Esta concepção está presente ainda em muitas legislações, pois o trabalhador é a parte economicamente mais fraca da relação de emprego, o que traduz a sua posição hipossuficiente no mundo capitalista.

Já a concepção autotutelar do direito dos trabalhadores vem ao encontro do Estado Liberal, e é contrária à intervenção do Estado nas relações de trabalho. Ela sustenta que a tutela do polo hipossuficiente não deve se dar pelo Estado, mas sim, por meio da valorização dos acordos coletivos do trabalho, pela liberdade sindical e desatrelamento do Estado. Ainda sustenta a participação dos trabalhadores na empresa para que as duas classes interajam e formem um só interesse.

Faz parte ainda desta concepção a ideia de desregulamentação do Direito do Trabalho, que defende a inexistência de leis que regulamentem a relação de trabalho, Ou seja, os direitos não teriam a necessidade de serem escritos na forma da lei, estando os trabalhadores coletivamente livres para as negociações e decisões a respeito da relação de trabalho.

Uma terceira concepção, mais atual e muito discutida, é a concepção econômica da flexibilização do Direito do Trabalho.

Hoje a possibilidade de flexibilização é matéria discutida entre todos os estudiosos do Direito do Trabalho. O debate abrange o conceito de flexibilização, sua necessidade e forma de aplicação no Brasil, as consequências na relação de emprego, a possibilidade ou não de deixar o trabalhador sem tutela, e ainda os riscos da desregulamentação.

A principal questão gira em torno da necessidade defendida por alguns de modernização das leis brasileiras, para que estas possam acompanhar a realidade mundial de globalização e, principalmente, da concorrência mundial.

A flexibilização das leis trabalhistas seria uma forma de abrir o leque de possibilidades para a contratação de empregados. Ou seja, valendo-se da convenção coletiva, o empregador deixaria de cumprir o disposto em lei. É uma inversão da hierarquia das normas, visto que hoje, a lei está em nível superior, e o convencionado não pode ser em detrimento desta, mas em conformidade com ela, possibilitando somente a criação de cláusulas para melhor (*in melius*) no contrato de trabalho.

2.2- Denominação

O verbo *flexibilizar* vem do latim *flecto, flectis, flectere, flexi, flectum*. Tem o sentido de curvar, dobrar, fletir. (FERREIRA, 2008)

Initium doctrinae sit consideratio nominis. Para o estudo de determinado tema, deve-se iniciar pela análise de sua denominação, que poderá ajudar a compreender aquilo que se pretende estudar.

Segundo o dicionário, flexibilizar é tornar algo menos rígido. Na acepção jurídica, traduz-se por uma adaptação do direito, uma qualidade ainda a ser alcançada por ele.

A própria definição do termo permite diferentes interpretações, que vão desde a elasticidade das leis, permitindo sua adaptação ao contexto, até a desregulamentação com a substituição da norma estatal pela negociação.

É exatamente isso que as principais propostas de alteração na legislação trabalhista no Brasil pretendem fazer: possibilitar que direitos garantidos aos trabalhadores possam ser negociados ou mesmo excluídos.

Flexibilização pressupõe a intervenção estatal com normas gerais básicas, abaixo das quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade. Já a desregulamentação é a progressiva supressão de regras imperativas, com o correspondente alargamento da liberdade de estipulação.

Trata-se do enxugamento de direitos e condições contratuais de trabalho, seja pela revogação de algumas leis, seja pela autorização legal para flexibilizar a sua aplicação. A crescente corrente neoliberal prega a omissão do Estado, sempre com vistas à desregulamentação, tanto quanto possível, do Direito do Trabalho, de forma que as leis de mercado passem a reger as condições de emprego. Como consequência, o termo *flexibilização* está relacionado, no âmbito laboral, a um indesejável processo de exclusão de leis que regulam as relações contratuais entre empregado e empregador, de forma a prestigiar a negociação entre as partes interessadas pela suposição muitas vezes equivocada de que elas conhecem melhor e mais de perto a realidade que administram. De fato, a flexibilização tem sido propugnada, principalmente por aqueles que apresentam uma mentalidade neoliberal, em decorrência da substituição da sociedade industrial, por uma outra tecnológica.

Deste modo, flexibilizar as normas trabalhistas significa ajustá-las às diferentes situações fáticas, tornando-as menos rígidas. Em princípio, corresponde a um processo de adaptação do preceito de natureza genérica, tornando-o individualizado. É a predominância da convenção coletiva sobre a lei, da autonomia dos grupos privados sobre o intervencionismo estatal. A ordem pública social passaria a contar com uma legislação trabalhista mais dispositiva e menos imperativa, consagrando a autonomia da vontade em determinados momentos da relação de emprego. Em suma, a flexibilização

do Direito do Trabalho revela um processo de adaptação das normas trabalhistas à realidade latente, muitas vezes contrariando o caráter tutelar desse ramo do Direito.

2.3- Desenvolvimento

O liberalismo prega a liberdade individual. No liberalismo, não devem existir corpos intermediários entre o indivíduo e o Estado.

Entretanto, no Direito do Trabalho não existe liberdade individual plena na contratação, pois ela fica limitada pelo Estado nos pontos que protegem o trabalhador. O sindicato é um órgão que fica entre os indivíduos e o Estado, defendendo e representando o interesse de seus filiados ou da categoria.

A primeira coisa que o estado liberal fez foi enfraquecer os sindicatos, como forma de permitir viabilizar suas propostas de flexibilização dos direitos do trabalhador.

É inegável que o êxito da negociação coletiva depende da atuação de sindicatos fortes e com expressiva representatividade, o que se mostra cada vez mais incomum no contexto de países subdesenvolvidos, como no caso brasileiro. A nossa organização sindical não possui adequada representatividade em todas as regiões e categorias profissionais, além do que o custeio dessas associações, por contribuições compulsórias, incluindo a garantia de estabilidade do emprego dos seus dirigentes, tem motivado a exagerada multiplicação dessas entidades. Aliado a isso, o grande desemprego dos dias atuais resultou num acentuado desequilíbrio entre a oferta e a procura de trabalho, o que contribui ainda mais para a imposição da vontade do empresário em prejuízo da autonomia contratual.

No liberalismo não há intervenção do Estado na economia. Haveria liberdade de toda e qualquer manifestação da vida humana, da liberdade e da propriedade. O Estado interviria na vida das pessoas dentro de certos limites. O trabalho seria regulado pela lei da oferta e da procura, inclusive os salários.

O neoliberalismo ou novo liberalismo tem ênfase na liberdade de comércio e da circulação de capital. A economia de mercado não teria limites estabelecidos pelo Estado. Deve haver “menos Estado e mais sociedade civil”.

Mostra o neoliberalismo que economia deve seguir o caminho de livrar-se de obstáculos que dificultem ou impeçam o livre desenvolvimento do mercado.

A flexibilização tem sido voltada para o capital, para o aumento da produção. Visa a maximizar lucros em decorrência da internacionalização das economias.

Em razão de todos os processos que vêm ocorrendo no curso do tempo, há necessidade de serem estabelecidos mecanismos de flexibilização do trabalho, como do horário de trabalho, jornada de trabalho e de outras condições de trabalho.

Destarte, na moderna sociedade, o grande sonho de alguns empregadores é o da libertação de suas obrigações em favor dos trabalhadores, todas elas possíveis graças à imposição da lei. O incremento da concorrência comercial decorrente da globalização exige um aumento da produtividade empresarial, melhor qualidade dos seus produtos e serviços, além de redução de custos. A grande sede de lucro, aliada aos avanços tecnológicos, típicos da economia moderna, vêm gerando uma crescente resistência aos contratos de trabalho regulados por normas constitucionais e legais rígidas, nascendo o desejo de novos modelos adequados à nova realidade, muitas vezes lesivos às aspirações da classe trabalhadora.

2.4 - Extensão

A conciliação, termo consagrado no Judiciário de forma geral e na Justiça do Trabalho de modo específico, prestigia a autonomia das vontades individuais dentro daquele Poder, sendo, sem dúvida, clara demonstração da interferência estatal na solução de conflitos entre empregado e empregador.

Com efeito, mesmo antes da reunião do normativo trabalhista (CLT), quando a Justiça do Trabalho ainda não era órgão do Poder Judiciário, já deixava clara sua função apaziguadora de conflitos por acordos pecuniários. Há não muito tempo, as Varas do Trabalho eram denominadas Juntas de Conciliação e Julgamento, onde primeiro se buscava a conciliação, depois o julgamento, como dispõe o artigo 764, da CLT. Mesmo com a alteração da denominação das unidades judiciárias laborais, a função maior de conciliar permanece firme e primordial nessa esfera da jurisdição, cujas expressões vemos na audiência de conciliação prévia e na segunda proposta conciliatória, que deve obrigatoriamente ser renovada antes do encerramento da instrução, sob pena de nulidade.

Observa-se que atualmente se discute a flexibilização dos direitos trabalhistas, como se fosse uma nova ideia, havendo discussões de inúmeras teses a seu favor, outras contra e outras, ainda, intermediárias. Notadamente, se repararmos no sistema institucional trabalhista veremos que a conciliação na Justiça do Trabalho é a mais evidente prova de que a flexibilização é fato, é realidade e há longa data. Isso porque não obstante a regra seja a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, havendo lide processual, há ampla liberdade para o ajuste de acordos, pondo termo à própria relação jurídica de direito material, que fica reduzida ao valor pactuado. O ordenamento privilegia a autonomia das vontades sempre que não houver vícios de consentimento – dolo, coação, erro essencial quanto à pessoa ou à coisa controversa, conforme artigo 849, do Código Civil – ou fraude e simulação evidentes, vindo o juiz a homologar o acordo, ou seja, selando a "lei entre as partes", consubstanciada naquilo que elas mesmas calcularam como o adequado – concessões mútuas – para pôr fim ao litígio.

Portanto, ao contrário do que se tem sustentado, os trabalhadores individualmente negociam, sim, seus direitos legais, em sede de ação trabalhista, após o contrato de trabalho ter sido rompido. Fica clara a flexibilização desses direitos.

Assim, o Juiz, empregando todos os bons ofícios e a persuasão racional para a conciliação e sendo profícua esta, o parágrafo único do artigo 831, da CLT, dispõe que: "no caso de conciliação, o termo que for lavrado valerá como decisão irrecorrível, salvo para a Previdência Social, quanto às contribuições sociais que lhe forem devidas". Da

primeira parte desse dispositivo e de todo retro exposto se infere que: a) a natureza jurídica da conciliação é de direito privado, porque prestigiada a autonomia negocial das partes; b) trata-se de concessões mútuas para pôr fim ao litígio, dando imediato espaço à execução do título; c) assim, produz coisa julgada, que é consubstanciada na importância ajustada, não se perquirindo quais os fundamentos de fato e de direito que lhe deram origem, nem se exigindo correspondência entre o valor e os pedidos balizados pelos argumentos da defesa; d) isso porque as partes dividem os riscos da ação trabalhista, sendo procedimento autônomo, que não guarda necessariamente correspondência com a lide: a conciliação pode, inclusive, abranger parcelas sequer postuladas na ação, o que é referendado pelo artigo 584, inciso III, do CPC, diploma processual de aplicação subsidiária no processo do trabalho; e) as partes estabelecem livremente o conteúdo do acordo, de forma a melhor contemporizar seus interesses, pois é forma de resolução do liame obrigacional; f) então, a conciliação não implica, necessariamente, no reconhecimento de direitos; g) o impedimento para sua homologação pelo Juiz requer a presença dos defeitos que anulam os negócios jurídicos em geral, como ausência de capacidade das partes, dolo, coação, violência, erro essencial sobre a pessoa ou coisa controversa; h) mas, se essa conciliação coaduna com a lei, passa a ser título executivo judicial, desfeito apenas pelo estreito caminho das ações anulatória ou rescisória, conforme a natureza dos vícios nela encontrados; i) por isso se pode afirmar que o acordo nascido do processo trabalhista pertence ao espaço de autonomia individual aberto pelo Estado, o qual não pode ser afrontado por lei ordinária, muito menos por ato de autoridade.

Por fim, três conclusões sobressaem: a primeira é a vocação conciliatória da Justiça do Trabalho, seu dever institucional de, antes de julgar, solucionar conflitos mediante acordos entre as partes; a segunda é que evidente é a flexibilização dos direitos trabalhistas nesse espaço, que são negociados individualmente e, na maioria das vezes, renunciados pelo trabalhador para possibilitar o acordo pecuniário; a terceira é que esse sistema de solução de conflitos – espaço da heterocomposição - converge para que essa flexibilização individual de direitos aconteça, passando, a conciliação, a ser inclusive uma opção para o empresário administrar seu capital de giro e também uma forma de o trabalhador, ciente de sua renúncia, receber alguma importância além das parcelas rescisórias pela terminação do contrato.

No pensamento jurídico contemporâneo o Direito do Trabalho sempre teve, porém, uma linha flexibilizadora para melhorar as condições de trabalho e não para piorá-las.

III - Globalização. A nova ordem mundial

3.1.Tendências

A flexibilização é decorrência do surgimento das novas tecnologias, da informática, da robotização, que mostram a passagem da era industrial para a pós-industrial, revelando uma expansão do setor terciário da economia. É nesse momento que começam a surgir os contratos distintos da relação de emprego, como contratos de trabalho a tempo parcial, de temporada, de estágio, etc.

A exemplo do que sucedeu com a Revolução Industrial e Revolução Francesa, a Revolução Tecnológica da era moderna implantou uma nova concepção de relação capital-trabalho, e deu início ao processo de mundialização da economia por meio da globalização, visando a criação de um mercado planetário de bens e serviços.

Muito embora a globalização vise a integração de mercados, envolvendo questões econômicas, comerciais e aduaneiras, é inafastável seus impactos no Direito do Trabalho, pois a internacionalização dos mercados de bens e serviços, o desenvolvimento galopante da informática, cibernética, telecomunicações e transportes, geram a globalização do trabalho, com livre circulação de trabalhadores, intensa abertura de mercados e a migração de empresas para países onde a mão-de-obra seja mais barata.

Além disso, a criação de diversos grupos econômicos força a privatização das estatais e refletem na criação do infinito mercado terceirizado e informatizado, provocando o desemprego ou subemprego. Não paira dúvida de que a precariedade da condição de trabalho tende a gerar desequilíbrio e desestruturação do sistema produtivo, comprometendo o desenvolvimento econômico e social.

O segmento capitalista emergente prega que a desigualdade leva ao progresso e permite que o interesse individual favoreça a acumulação de capital e crescimento, valorizando o mercado em detrimento do homem, canalizando o avanço tecnológico para o fator lucro.

3.2- Formas de flexibilização

As formas de flexibilização podem ser:

3.2.1- Da remuneração

O salário pode ser reduzido em determinadas condições. São formas de flexibilização do salário a remuneração variável, em que o empregado pode receber uma importância fixa mensal, mas depender dos fatores ligados à produção, como comissões sobre vendas, de bônus pela produtividade atingida ou então participação nos lucros ou resultados da empresa, decorrente do incremento que ajudou a conseguir para esta. Enquadra-se também nessa situação, a título de exemplo, a não-remuneração do trabalho extraordinário que não ultrapassa 10 (dez) minutos por dia, caracterizando jornada parcial e redução de salário. Conforme parágrafo incluído pela Lei n. 10.243, de 19.6.2008, reduzindo os salários dos empregados para níveis inferiores aos assegurados contratualmente ou legalmente:

Art. 1º O art. 58 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

"Art. 58.....

§ 1º Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários.

No Brasil, em 1998 e 1999, muitos sindicatos desistiram da reposição salarial, preferindo estabelecer cláusulas na norma coletiva garantindo o emprego dos trabalhadores durante certo período.

3.2.2- Da jornada de trabalho

Pode ser em tempo integral ou parcial. Pode ser feita sob a forma de horas extras ou compensadas para não se prestar serviços em outros dias da semana. É o caso, por exemplo, do “banco de horas”. A Lei n. 9.601/98 alterou o artigo 59, da CLT, para introduzir na legislação trabalhista o denominado banco de horas, regime de prorrogação e compensação de jornada para fora dos limites permitidos pelo constituinte originário:

Art. 6º O art. 59 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 59.

.....

§ 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de cento e vinte dias, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.

§ 3º Na hipótese de rescisão do contrato de trabalho sem que tenha havido a compensação integral da jornada extraordinária, na forma do parágrafo anterior, fará o trabalhador jus ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão."

3.2.3- Da contratação

Podem ser vários tipos de contratos, como o trabalho temporário, trabalho em domicílio, subcontratação, contrato de formação, contrato para admissão de jovens, etc;

3.2.4- Do tempo de duração do contrato

Pode ser por tempo determinado ou indeterminado. A regra é a contratação por tempo indeterminado, com sanções econômicas para a dispensa do trabalhador.

Entretanto, em razão das crises econômicas e do desemprego, o contrato de trabalho de tempo determinado volta ser utilizado nas legislações. É uma forma menos onerosa para o empregador quando há o término do pacto laboral, pois a empresa não paga indenização de 40% sobre os depósitos do FGTS, nem aviso prévio. São, ainda, contratos de trabalho por tempo determinado: os contratos de safra (previstos no artigo 14, da Lei n. 5.889/73); de temporada, que para ser considerado legal, o contrato de trabalho temporário precisa trazer expressa a razão que justifica sua existência, como previsto no artigo 9º, da Lei 6.019/74. Referida Lei estabelece que é preciso se especificar fundamentadamente as razões que justificam a contratação de mão-de-obra por meio de contrato temporário, e o de estágio (previsto pela Lei nº 11.788, de 25 de setembro de 2008, conhecida como Lei do Estágio), que normatizou as condições de trabalho dos estudantes e definiu o caráter educativo da atividade.

3.2.5- Da dispensa do trabalhador

Podem existir certos sistemas em que a dispensa do trabalhador seja mais flexível com a redução da indenização da dispensa ou de certos direitos, como o aviso prévio.

Para a diminuição do custo do trabalho há os que defendem a flexibilização da dispensa do trabalhador. Na dispensa, o empregador deveria ter menores encargos, de forma a torná-la mais flexível. Seria uma forma de dar continuidade ao empreendimento. Nas épocas de crise,

o empregador já usa desse meio, de forma a reduzir a folha de pagamento. Reconhece-se que há maior facilidade para a dispensa, em razão de que não existe mais o direito à estabilidade, salvo para os que já tinham adquirido o direito, por estarem no emprego há mais de dez anos, sem opção ao FGTS em período anterior a 5 de outubro de 1988, quando foi promulgada a atual Constituição Federal.

Há, portanto, em razão da inexistência de estabilidade para a grande maioria dos trabalhadores, maior flexibilização para a dispensa do trabalhador, bastando o empregador pagar o aviso prévio e as demais verbas rescisórias, nelas incluídas a indenização de 40% sobre os depósitos do FGTS. A dispensa do trabalhador, de forma a diminuir a folha de pagamento das empresas, já é uma forma de flexibilização.

3.3- Efeitos da flexibilização sobre as normas trabalhistas

A flexibilização das regras trabalhistas não pode chegar ao ponto da precarização do emprego e da informalização do trabalho, pois o empregado necessita de garantias mínimas, asseguradas pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional, sendo o restante complementado pela negociação coletiva.

As crises devem ser resolvidas pelo Estado e pelos interessados, e não à custa do empregado, com redução de seus direitos trabalhistas.

Se só uma pessoa perde com a flexibilização, que no caso é o empregado, há renúncia de direitos, fato que no direito trabalhista só é permitida em raras exceções.

A flexibilização importa sacrifícios de todos: do Estado, com perda de arrecadação de contribuições sociais; do empregado, com a perda temporária de certos direitos, e do empregador, com a diminuição de seus lucros, mas com a manutenção dos empregos.

IV- A flexibilização no tempo

Qualquer estudo histórico deve ser evolutivo, compreendendo o passado, presente e futuro. Portanto, falar em flexibilização do Direito do Trabalho exige dizer da história deste fenômeno no contexto brasileiro.

Nesse percurso, através dos tempos se observa um roteiro cronológico da flexibilização:

- a) 1966: Lei do FGTS; substitui a estabilidade por sistema de indenização;
- b) 1974: permite a criação de empresas de trabalho temporário;
- c) 1988: Constituição Federal: permite a redução salarial autorizada por acordo ou convenção coletiva;
- d) 1989: Cai a proibição de trabalho da mulher em situações como o período noturno, ambientes insalubres ou em atividades perigosas, em subterrâneos, minas e subsolo e em obras de construção civil;
- e) 1994: Súmula 331, do TST, que amplia as hipóteses de terceirização. Cai a indexação dos salários, que passam a ser objeto de livre negociação;
- f) Artigo 492, parágrafo único, da CLT: cooperativa e vínculo de emprego: texto acrescentado à legislação trabalhista nega a possibilidade de vínculo de emprego se o trabalhador apresentar-se como cooperado;
- g) 1995: Portaria 865 do Ministério do Trabalho: Impede atuação de fiscais em empresas que descumprirem convenções coletivas de trabalho (revogada durante o governo Lula)
- h) 1996: denúncia da Convenção 158, OIT - a norma internacional que só permitia que uma empresa dispensasse um empregado se houvesse uma causa socialmente justificável havia sido ratificada no governo Itamar Franco. Assim que assumiu a presidência da República, Fernando Henrique Cardoso denunciou a convenção (emitiu comunicado de que o País não tem interesse de adotar o acordo internacional);

- i) Lei 9.300: Caráter Indenizatório. Utilidades e trabalho rural – moradia e alimentação deixam de ser consideradas como salário, de forma que ao trabalhador ser dispensado não são computados para fins de cálculo de rescisão;
- j) 1997 - Lei 9.491: Torna os recursos do FGTS passíveis de utilização no processo de privatização;
- k) 1998: Banco de Horas – Lei 9.601. O excesso de horas de dia não precisa ser pago; basta que no prazo de um ano o trabalhador tenha a jornada reduzida para compensar o trabalho extraordinário. Com essa legislação, o empregador praticamente deixa de pagar as horas extras;
- l) Artigo 69, da CLT: É instituída a lei de trabalho a tempo parcial;
- m) Medida Provisória 1.698: Caráter espontâneo da participação nos lucros, que deixa de ter caráter salarial e passa a ser considerada apenas como verba indenizatória.
- n) Lei 9.608: Lei do trabalho voluntário;
- o) Lei 9.601: Disciplina a contratação temporária através de negociação coletiva;
- p) MP 1.726: Amplia as hipóteses de estágio;
- q) 1999 MP 1.878: Trabalho aos domingos no comércio;
- r) Portaria 1.964 do MTE: Permite o contrato de um empregado comum a vários empregadores (consórcio de empregadores rurais)
- s) 2001 Projeto de Lei 5.483: Propunha a alteração do artigo 618, da CLT, de modo que o negociado prevaleça sobre o legislado (o projeto não foi aprovado);
- t) Lei 10.243: Deixa de ser considerado como salariais as utilidades concedidas pelo empregador (pagamentos referentes a educação e material didático; transporte; assistência médica, odontológica e hospitalar; seguro de vida e acidentes pessoais e previdência privada);
- u) Artigo 476-A, da CLT: Permitida a suspensão do contrato de trabalho, pelo período de 2 a 5 meses, sem encargos sociais para o empregador, se o empregado se ausentar para participar de programa de qualificação oferecido pelo empregador;
- v) 2003, o fim da multa do FGTS: Proposta apresentada pelo Ministro do Trabalho Jacques Wagner. A proposta não evoluiu;
- w) 2005, a Lei das falências: (11.101): Garante, em caso de falência, o privilegio do crédito trabalhista até 150 salários mínimos. Acima desse valor o trabalhador passa a ser o credor menos privilegiado do que os banqueiros;

- x) 2006, o Estatuto da Micro e Pequena Empresa: Dispensa de exigências de controle de frequência de horários e a necessidade de menor aprendiz ser vinculado e acompanhado por instituição de ensino;
- y) 2007, a Portaria 42, do MTE: Permite a redução do intervalo intrajornada mediante negociação coletiva.

V- Flexibilizar direitos do trabalhador: uma ameaça?

5.1-Limites da flexibilização dos direitos trabalhistas

Para uns, a flexibilização é um anjo; para outros, o próprio demônio. Está entre o céu e o inferno. Bênção ou maldição. Para certas pessoas, é a forma de salvar a pátria dos males do desemprego; para outras, é uma forma de destruir tudo aquilo que o trabalhador conquistou em séculos de reivindicações, que apenas privilegiam os interesses do capital, sendo uma forma de fazer com que o empregado pague a conta da crise econômica. Seria, assim, uma poção maléfica.

Umberto Romagnoli afirma que a flexibilidade, para muito empresários, é "considerada como uma droga: se acostumam com ela rapidamente, nunca têm o suficiente e querem doses cada vez maiores" (Estabilidade *versus* precariedade, in Anais do Seminário Internacional de Relações de trabalho. Brasília: Ministério do Trabalho, 1998, p. 22-27).

Com efeito, na onda neoliberal, o contrato clássico de trabalho deu lugar à flexibilização das relações de trabalho, com o desemprego em massa permitindo a retirada de direitos históricos da classe trabalhadora mundial.

No Brasil, o governo Collor deu os primeiros passos para ingressar nesse mundo capitalista caracterizado por dois fortes vetores; o Estado "enxuto", com privatização em massa de serviços antes atribuídos ao poder público, e a desregulamentação das relações do trabalho.

Mas foi durante o governo do presidente social-democrata Fernando Henrique Cardoso que o cenário da nova ordem capitalista mundial inseriu-se de modo mais claro no Brasil. Na área das relações de trabalho, conseguiu aprovar, por exemplo, a criação de banco de horas; novo contrato por tempo determinado; contrato a tempo parcial; a medida que impede a concessão de reajuste salarial com base na inflação, dentre outros.

Da mesma forma, mesmo tendo sua origem no movimento operário, o presidente Lula esforça-se para dar maior liberdade ao setor patronal na definição das regras contratuais trabalhistas, embora tenha um discurso ambíguo a respeito do papel do Estado frente às relações de trabalho. É o caso, por exemplo, da rapidez com que foi aprovada a nova lei de falência e da recuperação judicial, que “dormia” há mais de uma década, nas prateleiras do Congresso Nacional, fenômeno atribuído ao empenho total do governo Lula.

Por outro lado, ainda que o Estado seja a mais perfeita expressão do regime econômico predominante, é ele detentor de autoridade para manter algum caráter civilizatório nas relações entre o capital e o trabalho. Cumprindo tal papel, o Estado legisla para confirmar a validade do Direito do Trabalho, fiscaliza o cumprimento das normas trabalhistas e julga conflitos entre o capital e o trabalho para dar efetividade ao sentido de justiça social. O Direito do Trabalho, protetor do hipossuficiente, ainda é um paradigma central do Estado social.

Dessa forma, é inevitável concluir que o argumento sustentado pelo pensamento liberal, de que os direitos trabalhistas que partiam da separação radial entre o Estado e a sociedade civil, entre o direito público e o direito privado, quando se percebia uma postura inerte do Estado diante dos problemas sociais, foi superado pela concepção do trabalhador como pessoa hipossuficiente, merecedor da proteção do Estado.

Os principais limites à flexibilização são dois: (a) normas de ordem pública, que não podem ser modificadas pelas partes, sendo um mínimo assegurado ao trabalhador. É o caso da observância da norma mínima contida na Constituição Federal ou nas leis. Não seria possível, por exemplo, estabelecer aviso prévio inferior a 30 dias (art. 7º, XXI), hipótese em que a disposição seria inválida. (b) Quando for contrariada a política econômica do governo. A norma coletiva tem, portanto, limite na proibição do Estado. É expresso o artigo 623, da Consolidação das Leis do Trabalho de que será nula disposição de convenção ou acordo coletivo que, direta ou indiretamente, contrarie proibição ou norma disciplinadora da política econômico-financeira do governo ou concernente à política salarial vigente, não produzindo quaisquer efeitos.

5.1.1- Limites constitucionais

A flexibilização não poderá ser feita sobre direitos mínimos assegurados constitucionalmente ao trabalhador, salvo quando a própria Lei Maior a permitir, como nos incisos VI, XIII, XIV, do artigo 7º, da Norma Máxima, em que há uma expressa determinação para admitir situações *in pejus* para o trabalhador. Também não será possível a flexibilização de normas de higiene e segurança do trabalho, pois são fundamentais à saúde do trabalhador.

5.1.2 - Limites legais

O impedimento tem como fundamento a natureza das normas trabalhistas que são ordem pública, cogentes, imperativas; logo, os direitos previstos nestas normas são irrenunciáveis e intransacionáveis pelo empregado.

A previsão da Lei é mais favorável do que a da norma coletiva, que não pode modificar a primeira. A norma coletiva não pode, por exemplo, suprimir ou reduzir intervalo, pois se trata de norma de ordem pública e de higiene do trabalho a concessão do intervalo contido no artigo 71, da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, apenas o Ministério do Trabalho é que pode reduzir o intervalo, e não por meio de norma coletiva (parágrafo 3º, do artigo 71, da CLT). O mínimo previsto na lei não pode ser modificado pela norma coletiva.

A maior dificuldade é de estabelecer quais são os limites mínimos a serem observados. É de se entender que no sistema brasileiro os limites mínimos são os constitucionais e legais.

No mundo do trabalho, a palavra flexibilização é de ordem há algum tempo e se tem sua aplicação reivindicada tanto no que pertine à rotina da relação trabalhista, quanto naquilo que acometa ao Direito do Trabalho. Enquanto no primeiro casos as mudanças de parâmetros foram e estão sendo experimentadas a toque de caixa, é forçoso reconhecer que no, plano jurídico, a questão comporta mais cautela, principalmente porque no caso brasileiro, há todo um ordenamento jurídico vigente, fulcrado em uma Constituição Federal do tipo rígida, que deita profundas raízes no Estado de Bem-Estar Social.

Neste passo, o fenômeno da flexibilização do Direito do Trabalho, em terras brasileiras, experimenta limitações legais que acabam por delinear exigências que devem ser satisfeitas para a sua implementação, quais sejam: a) que seja promovida exclusivamente pela via da negociação coletiva; b) que diga respeito apenas e tão somente às três hipóteses autorizadas constitucionalmente (redução salarial, compensação de jornada de trabalho e extensão da jornada de trabalho em turno ininterrupto de revezamento); c) que o resultado dessa flexibilização resguarde, em termos práticos, a vida, e a dignidade do trabalhador; e d) que igualmente em termos práticos de negociação assegure patente contrapartida que justifique a relativização do(s) direito(s) trabalhista(s) envidada.

A limitação à disponibilidade dos direitos trabalhistas está expressa no artigo 9º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que considerou nulo todo ato que vise a desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos direitos trabalhistas previstos na lei; no artigo 468, da Consolidação das Leis do Trabalho, que considerou nula toda alteração contratual que cause prejuízo ao trabalhador, e no artigo 444, da Consolidação das Leis do Trabalho, que autorizou a criação de outros direitos pela vontade das partes, desde que não contrariem aqueles previstos na lei e nas normas coletivas.

Todavia, a matéria não é tão tranquila como parece.

Resta, assim, analisar a flexibilização que visa a tornar menos rígida a normatização trabalhista, não pela desregulamentação pura e simples, mas pela aplicação diferenciada dos patamares legais, voltada à satisfação das peculiaridades de cada caso.

O quadro normativo trabalhista vigente no Brasil, até por sua evolução histórica, demonstra que realmente tais vantagens sociais integram um conjunto rígido de direitos, que devem ser preservados a todo custo.

De outro lado, urge perceber que ao se admitir a inexistência de limites à flexibilização dos direitos laborais, configurar-se-á verdadeiro retorno ao *status* histórico já vivenciado em tempo anterior à implementação do Direito do Trabalho, promovendo-se a retomada do liberalismo puro, com o agravante, para as conquistas trabalhistas, da atual crise de consciência de classe dos trabalhadores.

É claro que não é possível desconsiderar que há uma flexibilização estrutural, uma adaptação à mudança da base de produção e à adoção de novos recursos tecnológicos e inovações organizacionais. Porém, há a flexibilização predatória, que visa a redução de custos e, uma vez levada aos limites extremos, resultara na exploração de trabalho em condições e relações precárias, ao arrepio da lei e da influência sindical.

Quando se trata da legislação trabalhista é preocupante e grave a possibilidade de deixar para o mercado o equilíbrio entre as partes, afinal, numa relação desigual de forças é necessário severidade para garantir o mínimo de condições ideais para a parte mais fraca, no caso o trabalhador. Ao reduzir o papel do Estado e relegar essa regulamentação ao mercado, retira-se a centralidade do trabalho e abre-se espaço para que o lucro assuma posição central.

5.2-Prós e contra da flexibilização

O que vai acontecer com o mundo do trabalho humano nesse novo universo, no qual as máquinas poderão ser os novos proletários?

A crise que estamos vivendo é, na verdade, do mesmo gênero daquela ocorrida na transição da sociedade agrícola para a industrial. Hoje, porém, a mudança ocorre de modo mais célere e, por isso mesmo, mais traumática, pois o modelo fabril, mesmo após dois séculos de seu surgimento, ainda não colonizou vastas regiões do planeta. Por outro lado, a divulgação da informação, base da nova sociedade, é extremamente rápida e sua difusão é particularmente profunda, graças à eficácia dos meios de comunicação de massa, capazes de atingir lugares onde nem mesmo os Estados nacionais ou a civilização industrial chegaram.

As condições de vida também mudaram. São outras as condições de trabalho. Há necessidade, portanto, de um novo Direito do Trabalho. Do contrário, o modelo atual será completamente ineficaz. Para adaptá-lo à realidade moderna é que há necessidade de flexibilização das normas trabalhistas.

Certos rigores do Direito do Trabalho devem mudar, para que haja a possibilidade de manutenção de empregos e a contratação de novos trabalhadores. Isso pode ser feito mediante

uma legislação mais flexível, combinada com negociação coletiva. A rigidez da legislação pode estimular o empregador a não admitir novos empregados.

Nem toda proteção é positiva. As regras são ditadas pela realidade imposta pelo mercado. A proteção excessiva desprotege e discrimina, causando até o desemprego.

O Direito do Trabalho não pode tutelar apenas os que têm emprego, mas os que trabalham.

De nada adianta estabelecer um sistema protetor apenas para os que têm emprego, se este sistema desaparecer no curso do tempo. Não se quer com isso discutir o que surgiu primeiro: o trabalho ou o trabalhador, ou o que vem primeiro: o econômico ou o social, mas estabelecer um mínimo de proteção, para todos. A flexibilização é uma forma de harmonização entre o social e o econômico.

É preciso também pensar na manutenção da empresa, para que esta possa continuar a gerar empregos. Haver trabalhadores, mas não existirem empresas, é totalmente utópico.

Por outro lado, as condições de trabalho não podem ficar totalmente ao alcance da flexibilização, pois do contrário, o empregado ficaria completamente desprotegido. Deve existir uma garantia mínima prevista em lei. O restante será negociado.

O que se espera, ansiosamente, é que, em respeito aos séculos de lutas e ao anseio popular traduzido pela atuação constituinte originária, as posturas dos Sindicatos, nas negociações coletivas, e do Poder Judiciário, no julgamento da validade dos instrumentos normativos autônomos, prestigiem a inafastável exigência de um ordenamento jurídico fulcrado no solidarismo constitucional, contemplativo da dignidade humana e inspirador do direito fundamental do trabalhador.

Conclusão

No Brasil, a flexibilização do Direito do Trabalho vem acontecendo de forma gradual. A Constituição Federal de 1988 já inovou neste sentido. Apesar de levar muitos preceitos de Direito do Trabalho ao nível de norma constitucional, possibilitou uma maior abertura à negociação coletiva, como o disposto nos incisos VI, XIII, XIV e XXVI, do art. 7º. Também garantiu uma maior liberdade para os sindicatos, estes agora não mais atrelados ao Estado, no seu art. 8º.

Mais tarde, outras ações foram tomadas, como a Medida Provisória, editada no governo de Fernando Henrique Cardoso, que permitiu os contratos temporários de trabalho com direitos reduzidos.

Em outubro de 2001 foi encaminhado à Câmara dos Deputados o PROJETO DE LEI nº 5483 de 2001, que altera o disposto no artigo 618, da Consolidação das Leis Trabalhistas. Sua redação atual é:

Art. 618. As empresas e instituições que não estiverem incluídas no enquadramento sindical a que se refere o art. 577 desta Consolidação poderão celebrar Acordos Coletivos de Trabalho com os Sindicatos representativos dos respectivos empregados, nos termos deste Título.

A modificação conferia-lhe esta redação:

Art. 618. As condições de trabalho ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de segurança e saúde do trabalho.

O projeto foi aprovado, no entanto, com algumas mudanças na redação original:

Art. 618. Na ausência de convenção ou acordo coletivo firmados por manifestação expressa da vontade das partes e observadas as demais disposições do Título VI desta Consolidação, a lei regulará as condições de trabalho.

§1º A convenção ou acordo coletivo, respeitados os direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal, não podem contrariar lei complementar, as Leis nº 6.321, de 14 de abril de 1976, e nº 7.418, de 16 de dezembro de 1995, a legislação tributária, a previdenciária e relativa ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço- FGTS, bem como as normas de segurança no trabalho.

§2º Os sindicatos poderão solicitar o apoio e o acompanhamento da central sindical, da confederação ou federação a que estiverem filiados quando da negociação de convenção ou acordo coletivo previstos no presente artigo.

Está claro que o projeto traz uma revolução para o direito do trabalho brasileiro, visto que inverte a hierarquia das normas, ou seja, o acordo coletivo passa a ser superior à lei, ressalvadas as garantias constitucionais.

Sendo a convenção ou acordo coletivo superior à lei, várias das garantias estabelecidas poderão ser objeto de modificações, dependendo do poder de barganha do sindicato ou da classe em questão. Como se sabe, poucos sindicatos profissionais no Brasil possuem um grande poder de discussão junto aos respectivos sindicatos patronais. Por isso, dificilmente conseguiriam manter suas garantias frente às propostas dos patrões, e, principalmente, à constante ameaça do desemprego.

Devido a algumas constatações como esta, várias autoridades em Direito do Trabalho se manifestaram contrariamente ao projeto de lei, como é o caso da Moção de Repúdio ao Projeto nº 5483 proclamada no encontro de magistrados e procuradores do trabalho, da 10ª Região.

Além da patente inconstitucionalidade da matéria versada no Projeto, revelada pela pretensão de ampliar as hipóteses de flexibilização autorizadas expressamente pelo art. 7º da Constituição Federal de 1988. A proposta, se aprovada, consagrará a retirada de direitos e conquistas históricas dos trabalhadores, sob o ilusório argumento de que haverá a igualdade nas negociações coletivas. Nesse contexto, a perspectiva é a do agravamento da crise social e da concentração de renda (SÜSSEKIND apud LOPES, 2002, p.16).

É claro que a tal inversão, que torna o acordo ou convenção coletiva superior à lei, se deve apenas à vontade de retirar direitos, visto que hoje a legislação trabalhista prevê a possibilidade de acordo ou convenção que versem sobre os temas já existentes na lei, mas somente para aumentar direitos. Nesse caso, o conflito de normas será solucionado com a adoção da cláusula mais favorável ao trabalhador, podendo, o acordo ou convenção contrariar a lei.

No momento em que se permite a diminuição de direitos, começa-se trilhar um caminho onde muito fácil será não cumprir justificadamente o que está na lei. Talvez este caminho leve a

uma outra realidade ainda muito pior do que a flexibilização: a desregulamentação do direito do trabalho, ou seja, a revogação das normas de proteção ao trabalhador, deixando a cargo dos sindicatos e entidades representativas de classe a negociação e disponibilidade dos direitos.

Nota-se que, no caso de flexibilização, tem-se que as normas contratuais são principais em relação as legislativas, mas estas ainda existem, ao passo que neste modelo o trabalhador não teria outra norma senão a nascida da atuação sindical, num acordo entre as vontades coletivas das categorias representadas (ABREU, 2003).

Algumas das consequências da aprovação do Projeto de Lei no Senado Federal, elencadas por SÜSSEKIND apud LOPES (2002, p. 16), são: a) o valor da remuneração do repouso semanal, que poderá ser em qualquer dia da semana; b) redução dos adicionais de trabalho noturno, insalubre ou perigoso e de transferência provisória do empregado; c) ampliação do prazo para o pagamento do salário; d) ampliação da hora do trabalho noturno; e) ampliação das hipóteses de trabalho extraordinário; f) extensão da eficácia da quitação de direitos; g) redução do período de gozo das férias, ampliação do seu fracionamento e alteração da forma de pagamento da respectiva remuneração; h) redução dos casos de ausência legal do empregado, inclusive licença-paternidade; i) redução do valor de depósito do FGTS; j) transformação do 13º salário em parcelas mensais.

Além disso, outra questão séria a ser levantada é como irão figurar no ordenamento jurídico as convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Em 27 de agosto de 2002, a Central Única dos Trabalhadores (CUT) e a OIT, por meio de documento manifestaram discordância à proposta do governo de "modernização" das relações de trabalho. As instituições afirmaram que a proposta de prevalência do negociado sobre o legislado, se aprovada pelo Parlamento, revogará as convenções da OIT reconhecidas pelo Brasil, já que estão situadas no mesmo patamar da legislação ordinária, e ficariam, portanto, abaixo dos acertos na hierarquia das fontes do Direito do Trabalho brasileiras (SINDICATO MERCOSUL, 2002). Na carta, a CUT pede ainda a ratificação da Convenção nº 87, da OIT, que trata da liberdade sindical, visto que os sindicatos para poderem negociar, crescer e solidificar, devem, no mínimo, ter a garantia de liberdade e autonomia, o que não acontece hoje no Brasil. A própria questão da base territorial definida na CLT cerceia a tão almejada liberdade sindical.

Como já foi sustentado no tópico IX, a flexibilização das leis do trabalho, tendo em vista tão-somente o mercado e suas forças, não cabe de forma alguma. Não se pode esquecer o trabalho informal, a exploração do trabalho infantil, entre outras condições desumanas de emprego. Porém, não se pode acreditar que a flexibilização seja a saída para as condições desumanas ainda existentes. Uma maior fiscalização do poder público talvez fosse a melhor solução. Mas isto significa o quê? A intervenção do Estado nas relações de trabalho. Não há dúvida de que a tutela do Estado deve existir. É inerente ao Direito do Trabalho o reconhecimento da hipossuficiência do trabalhador perante o empregado e a sua tutela. Nesse caso, um intervencionismo humanista que garanta as condições mínimas de vida para o trabalhador seria o melhor caminho.

Por outro lado, é estranho como o governo e as pressões neoliberais pretendem retirar, das relações de trabalho, a intervenção do Estado, para que ele deixe de tutelar os direitos dos trabalhadores, mas no âmbito do moderno Direito Civil as coisas se deem de outro modo. Os mitos da autonomia da vontade, da liberdade absoluta das partes na Constituição e desenvolvimento dos contratos já caiu no Código Civil que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003. A função social da propriedade e do contrato, o Código do Consumidor são exemplos desta interferência. Quem traz este questionamento é MACIEL (2002), que mostra como o direito do consumidor "incorporou quase todos os princípios do direito do trabalho, como o princípio da irrenunciabilidade, princípio da norma mais favorável". Além disso, mostra contradição quanto à economia: "aqui, a racionalidade jurídica de proteção e de defesa do consumidor e do meio ambiente se sobrepõe à racionalidade econômica", ao contrário dos valores que vêm para o direito do trabalho, onde o custo dos encargos sociais vem a ser mais importante do que uma melhor qualidade de vida ao trabalhador.

A sociedade em geral, não mais questiona o custo decorrente do direito do consumidor e de proteção ao meio ambiente, sob pena de sofrer enormes protestos de Associações e Organizações Não-Governamentais, mas todos acham estapafúrdio o que se paga aos trabalhadores para poderem sobreviver com o mínimo de garantias para si e para sua família.

Na Grécia Antiga, a tão admirada democracia se reduzia a um pequeno número de cidadãos que utilizava do trabalho de pessoas que não tinham acesso a ela. É recente o reconhecimento

da centralidade do trabalho, não por sua importância econômica, mas porque se reconheceu a dignidade e a importância do trabalho para a organização social.

Essa noção é essencial para compreender o fenômeno da flexibilização dos direitos trabalhistas e sua evolução histórica, assim como entender o risco que ela impõe à organização social.

Somente com o risco social imposto pelas situações ultrajantes criadas pós-Revolução Industrial é que surgiu a centralidade do trabalho e se reconheceu no trabalho a dignidade especial, a dignidade própria do ser humano que executa o trabalho. E aí surge a Organização Internacional do Trabalho (OIT), com as normas internacionais do trabalho, e as garantias dos direitos do trabalhador. Tudo isso baseado em um princípio, que infelizmente parece ter sido deixado de lado nos dias de hoje:

“O trabalho não é uma mercadoria”

REFERÊNCIAS

- BARROS, Cássio M. J., **Trabalho e Processo. Flexibilização no Direito do Trabalho**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BELTRAMELLI NETO, Silvio, **A Flexibilização do Direito do Trabalho Sob o Enfoque Constitucional**, São Paulo: LTr, novembro 2007, 71-11/1324.
- CASSAR, Vólia Bomfim, **Princípio da Irrenunciabilidade e da Intransacionalidade Diante da Flexibilização dos Direitos Trabalhistas**, São Paulo: LTr, abril 2006, 70-04/408.
- COUTINHO, Grijalbo Fernandes, **O Direito do Trabalho Flexibilizado por FHC e Lula**, São Paulo: Ed. LTr, 2009.
- DELGADO, Mauricio Godinho, **Curso de Direito do Trabalho**, 6. São Paulo: LTr, 2005.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, **Dicionário da Língua Portuguesa**, Nova Edição, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.
- GÊNOVA, Leonardo, **O Princípio da Proteção no Século XXI**, São Paulo: LTr, 2009.
- JUCÁ, Francisco Pedro, **Renovação do Direito do Trabalho: Abordagem Alternativa à Flexibilização**, São Paulo: LTr, 2000.
- MACIEL, José Allberto Couto. **Flexibilização da CLT, um tiro nos direitos dos trabalhadores**. Revista Jurídica Consulex. 2002.
- MALHADAS, Júlio A., **A flexibilização das condições de trabalho em face da nova Constituição**. Curso de Direito Constitucional do Trabalho. Estudos em homenagem ao professor Amauri Mascaro do Nascimento. São Paulo: LTr, 1991.
- MARTINS, Sergio Pinto, **Flexibilização das Condições de Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009.
- MONTES OCA, Santiago Barajas. **La flexibilidad em La relación de trabajo. Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. México, ano XXIV, no. 70, abr. 1991. p.17.
- MONTESSO, Cláudio José. **Flexibilização – Uma Ameaça aos Direitos do Trabalhador**, em seu discurso de posse na presidência da Anamatra, Revista Anamatra, 53: ed. 2º semestre de 2007.
- NASCIMENTO, Sônia A.C. Mascaro, **Flexibilização do Horário de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.
- PISTORI, Gerson Lacerda, **Trabalho: Um pouco da História da Maldição**. São Paulo: LTr, dezembro 2007, 71-12/1425.

PORTO, Lorena Vasconcelos; VIANA, Márcio Túlio. **Flexibilização Trabalhista e Desemprego – A Recente Polêmica da Lei de Primeiro Emprego na França**. São Paulo: LTr, novembro 2006.

SILVA, Wilma Nogueira de A.V. da. **O Princípio de proteção e a flexibilização do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, junho 2007, 71-06/676.

SPENGLER, Fabina Marion. **Tempo, Direito e Constituição**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**, São Paulo: LTr, 1994.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**, São Paulo: LTr, 2000.

ZIMMERMANN NETO, Carlos F. **Direito do Trabalho**, São Paulo: Saraiva, 2007.

Sites:

ABREU, Rogério Roberto G. de. Modernização das relações de trabalho - Falácias do discurso neoliberal. Disponível em: <<http://www.trt13.gov.br/revista/6rogerio.htm>> Acesso em: 10.JULHO.2009.

SILVA, JORGE E. **O nascimento da organização sindical no Brasil e as primeiras lutas operárias (1890-1935)**. Disponível em: <<http://www.midiaindependente.org> > Acesso em: 10.JUL.2009).