VANESSA DE ALMEIDA VIGNOLI

**FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO:
IMPORTÂNCIA E LIMITAÇÕES**

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, sob a orientação do Prof. Dr. Otavio Pinto e Silva.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO - 2010**

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	04
Tema a ser desenvolvido e suas limitações.....	04
Justificativa da escolha do tema e sua importância.....	05
CAPÍTULO I – FLEXIBILIZAÇÃO.....	08
1.1. Fundamentos para o advento da flexibilização.....	08
1.2. Denominação e conceito de flexibilização.....	16
1.3. Espécies de flexibilização.....	25
1.3. As principais teorias.....	27
1.4. Flexibilização e desregulamentação.....	29
1.5. Efeitos da flexibilização diante do princípio protetor.....	33
1.6. Flexibilização e a dignidade da pessoa humana.....	39
CAPÍTULO II – FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO.....	43
2.1. Por que a flexibilização da jornada de trabalho?.....	43
2.2. Fundamentos constitucionais para a flexibilização do horário de trabalho.....	48
2.3. Acordo individual para compensação de horas trabalhadas.....	48
2.4. Banco de horas e a negociação coletiva.....	51
2.5. Contrato de trabalho a tempo parcial.....	55
2.6. Turnos ininterruptos de revezamento.....	57
2.7. Escala 12 x 36 horas.....	60
2.8. Importância dos sindicatos para a flexibilização da jornada.....	66
CAPÍTULO III – IMPORTÂNCIA E LIMITAÇÕES À FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO.....	72
3.1. A importância das diferentes jornadas contemporâneas.....	72
3.2. Limitações à flexibilização da jornada de trabalho.....	75
3.3. Desmistificação do “custo social” do trabalho.....	77

CONCLUSÕES.....	88
BILIOGRAFIA.....	91
RESUMO.....	99
ABSTRACT.....	100

INTRODUÇÃO

Tema a ser desenvolvido e suas limitações

O tema a ser desenvolvido refere-se à análise da flexibilização da jornada de trabalho no âmbito da relação de emprego, sua importância no atual cenário de atividades profissionais cada dia menos tradicionais e, por fim, os limites a serem impostos à flexibilização desenfreada. A pesquisa tem também como objetivo conceituar o mecanismo de flexibilização do Direito do Trabalho, bem como fixar os limites mínimos de proteção ao trabalhador diante das tão velozes mudanças oriundas das novas tecnologias de produção.

O tema proposto vem sendo amplamente estudado pela doutrina, uma vez que trata da disponibilidade de determinados direitos trabalhistas como forma de adequação do Direito do Trabalho ao ritmo de desenvolvimento econômico dos países na atual conjuntura da globalização. Desenvolvimento este que exige a atuação de um Direito com ampla capacidade de disciplinar em tempo hábil as novas relações de trabalho.

Entretanto, há que se ter cautela ao se afirmar que o Direito do Trabalho deve necessariamente adaptar-se às exigências da economia de mercado, sob pena de comprometimento de sua própria existência e autonomia caso assim não o faça. O cerne da questão diz respeito à determinação das regras e limitações norteadoras da flexibilização das condições de trabalho. Inevitável, portanto, que se questione se o Direito do Trabalho deve inexoravelmente adequar-se às diretrizes econômicas (como forma de sobrevivência) ou se deve manter-se à parte de tais influências, como forma de assegurar sua própria autonomia.

Limites claros no tocante à compensação de horas extras e prorrogação de jornada diária serão traçados, com o objetivo de se aferir em quais casos realmente a flexibilização fora utilizada para fins legítimos, quais sejam, o de equacionar, de um lado, as crescentes e rápidas mudanças do cenário mundial e, de outro, a garantia da efetivação mínima dos direitos do trabalhador enquanto direitos sociais.

A presente pesquisa visa desmistificar a argumentação de que o entrave ao pleno desenvolvimento econômico e social de um país está nas amplas proteções dadas ao trabalhador, vindo estas a sofrerem sérios e constantes golpes em suas estruturas, sob o rótulo de “flexibilização”, mas que, verdadeiramente correspondem à própria desregulamentação do Direito do Trabalho e mitigação de seus princípios basilares.

Com o aprofundamento da pesquisa em relação à flexibilização da jornada de trabalho na relação de emprego, conclui-se que esta deve ser pautada pelo princípio protetor ao trabalhador, como forma de assegurar a efetivação dos direitos trabalhistas, ao mesmo tempo em que se objetiva equacionar o equilíbrio entre interesses patronais e empregatícios. Os limites da flexibilização da jornada de trabalho devem ser bem traçados, para que se considere legítimo o afastamento da rigidez de algumas leis para permitir, diante de situações que a exijam, maior dispositividade das partes para alterar ou reduzir as horas atinentes à duração do trabalho.

Justificativa da escolha do tema e sua importância

A fixação da jornada do trabalho é questão basilar da ordem social, de modo que os direitos trabalhistas relacionados a tal matéria devem ser rigorosamente submetidos a um regime próprio imperativo, inalienável e irrenunciável pelos particulares. Trata-se de direitos indisponíveis assegurados pela própria Constituição Federal e que, por sua própria natureza gozam de mecanismos de proteção mais amplos e rígidos.

Entretanto, a Magna Carta adotou, em limitadas, mas relevantes hipóteses, a flexibilização de algumas de suas normas, quais sejam: redutibilidade salarial, compensação de horários na semana e trabalho em turnos de revezamento (art. 7º, incisos VI, XIII e XVI). Tais matérias só poderão ser modificadas por meio de negociação sindical. Diante da norma permissiva constitucional, a aceitação da flexibilização da duração do trabalho vem se generalizando, quer na elaboração de normas legais e convencionais, quer na aplicação das mesmas.

A importância de se analisar os limites da flexibilização dos horários de trabalho reside no fato de se assegurar a autonomia devida aos parâmetros estabelecidos pelo Direito do Trabalho, uma vez que a sua principal finalidade é assegurar ao trabalhador a efetivação de seus direitos, como parte hipossuficiente da relação de trabalho. A lógica que determina a flexibilização das condições de trabalho não pode ser invertida, na medida em que o objetivo de tal mecanismo não pode ser confundido com objetivos meramente econômicos, sob o pretexto de tornar determinado país mais competitivo no cenário mundial. O alcance de uma maior competitividade, bem como o aumento dos postos de trabalho, não podem simplesmente ser conquistados por meio da mitigação de direitos indisponíveis do trabalhador.

De fato, alguns países, para concorrerem no mercado internacional, implantaram, ou procuram implantar sistemas e instrumentos da modernidade tecnológica; outros, porém, agravam as condições de trabalho, num verdadeiro retorno ao início do século XIX. Este procedimento vem sendo adotado principalmente em países em via de desenvolvimento, onde preponderam governos fortes e sindicatos fracos, sendo que a desregulamentação das condições de trabalho propicia jornadas excessivas, repouso semanal e férias anuais insuficientes, trabalho de menores e parte significativa dos salários indexada à produtividade e ao desempenho empresarial¹.

A lógica da desregulamentação do Direito do Trabalho é uma lógica perversa, na medida em que a principal preocupação ao se utilizar tal mecanismo é diminuir o crescente desemprego estrutural, advindo da nova tecnologia, sobretudo da robotização e da automação. Por isso, faz-se imprescindível denunciar os mecanismos de desregulamentação, utilizados sob o rótulo de “ajustes necessários”, como verdadeiro atentado a direitos fundamentais indisponíveis do trabalhador.

Dessa forma, a afirmação da autonomia do Direito do Trabalho na atual conjuntura econômico-social faz-se urgentemente necessária, na medida em que interesses outros, alheios aos interesses do trabalhador, não podem nortear os novos rumos desse ramo do Direito. Aceitar a flexibilização desordenada da jornada de trabalho como algo natural seria simplesmente aceitar a própria negação da aplicação do próprio princípio protetor ao trabalhador. Nas palavras de Jorge Luiz Souto Maior: “Pior que isto é a

¹ PASTORE, José. *Encargos Sociais no Brasil e no Exterior*, São Paulo, LTr, 1994, p. 111.

desmoralização pública por que tem passado o direito do trabalho, fazendo com que o descumprimento das poucas garantias que restam ao trabalhador seja vista como natural, não produzindo qualquer efeito ao agressor dos direitos trabalhistas”².

O presente trabalho analisará especificamente a hipótese de alterações atinentes à jornada laboral. E, diante das questões relevantes que envolvem a matéria, tem-se que o aprofundamento de pesquisa acerca da conceituação e delimitação da flexibilização do Direito do Trabalho é imprescindível para que se tragam fundamentos que coíbam a utilização de argumentos estranhos ao Direito (oriundos do sistema econômico e social), como forma de condicionar o próprio âmbito de atuação do Direito do Trabalho.

Note-se que o argumento da flexibilização dos horários de trabalho vem sendo utilizado como fundamentação do discurso de aumento de postos de trabalho, a fim de coibir o desemprego em massa. A presente dissertação analisará a autenticidade da referida assertiva, com base em experiências recentes ocorridas no Brasil.

Por fim, a necessidade de imposição de limites à flexibilização da duração de trabalho é questão imprescindível para que a importância do instituto não se perca diante de arbitrariedades e ilegalidades cometidas sob a argumentação de “aumento de postos de trabalho”. O desemprego deve sim ser coibido, mas com mecanismos hábeis a equilibrar os interesses entre empregadores e empregados, com a finalidade de se evitar a mitigação de direitos indisponíveis do trabalhador.

² MAIOR, Jorge Luiz Souto em “A Fúria”, Revista LTr, vol. 66, n.11, Novembro de 2002.

CAPÍTULO I. FLEXIBILIZAÇÃO

1.1. FUNDAMENTOS PARA O ADVENTO DA FLEXIBILIZAÇÃO

A proposta da flexibilização dos direitos trabalhistas surgiu na Europa, com o ideal de fazer o Direito do Trabalho colaborar com o desenvolvimento econômico, necessidade imperiosa, decorrente da crise do petróleo em 1973. Nessa época, diante do abalo econômico mundialmente sofrido, as diretrizes das condições de trabalho anteriormente propostas tiveram que sofrer profundas transformações, como forma de adequação ao novo cenário global.

Diante desse quadro economicamente hostil, os sensíveis avanços, verificados precedentemente no Direito do Trabalho, transformaram-se em pesos insuportáveis, às empresas. Estas, por sua vez, viram-se obrigadas a reduzir o contingente de pessoal ou, quando menos, impedidas de ampliar seus quadros, com novas contratações. A crise provocou a redução na demanda de trabalho, surgindo como fatal consequência o desemprego e a busca do mercado informal.

Luiz Carlos Amorim Robortella afirma que a crise econômica dos anos 70 foi gerada pela combinação de fatores como inflação, recessão e preços do petróleo, trazendo como resultado a desestabilização de muitas economias, até mesmo as do então chamado Primeiro Mundo. Com isto, começaram a cair os níveis de emprego e os sistemas de seguridade social deram mostra de desequilíbrio e insuficiência de recursos, por força de uma grave crise de financiamento. Nos anos 80, a tudo isso veio se somar a questão da dívida externa, principalmente dos países do Terceiro Mundo, com graves reflexos econômicos internos, atestados por altas taxas de inflação e quedas ainda maiores nos níveis de emprego e de remuneração do trabalho³.

Note-se que a crise não afetou a todos os países de forma semelhante; ao contrário, variou de país para país, sendo mais penalizados aqueles em desenvolvimento, cuja situação era agravada pelo ônus da dívida externa, pelo grande crescimento

³ ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim. A flexibilização do direito do trabalho – Crise econômica, novas tecnologias e política social do Estado. Revista Legislação do Trabalho, vol. 54, São Paulo, LTr, 1990, p. 420.

demográfico, pela impotência de competição de seus mercados, pelo distanciamento tecnológico, pelos baixos níveis de educação e de saúde. Já no âmbito das relações de trabalho, os graves efeitos da crise foram o grande número de desempregados, o desenvolvimento do trabalho informal e do subemprego, o incremento de inúmeras formas precárias de contratação e, como consequência lógica, o arrocho salarial.

Não resta dúvida de que tal período representou marco divisor entre o grande desenvolvimento do Direito do Trabalho, até então patrocinado pelo Estado do Bem-Estar Social, e o retrocesso: o direito laboral entrava em crise⁴.

Travava-se, nesse momento, acalorado debate entre duas correntes opostas de pensamento. Uma, de inspiração neokeynesiana, que tivera grande aceitação até então, atribuía ao Estado a tarefa de formular política de pleno emprego; à economia de mercado caberia regular a inflação e a distribuição de renda. Outra, de inspiração monetarista, sustentava o contrário, ou seja, deveria o Estado controlar a inflação, deixando para as forças de mercado a criação de empregos. Para essa segunda corrente, a interferência estatal na política de emprego seria indesejável e inadequada, por estabelecer uma rigidez incompatível com a necessária fluidez e mobilidade da economia. O próximo passo seria o ataque às bases da proteção social proveniente do Estado.

Arnaldo Süssekind sustenta que “a flexibilização seria consequência da globalização da economia, afetando normas protetivas do trabalho a partir da década de 1980 na Europa Ocidental, de maneira a preservar empresas ameaçadas de extinção em função da crise econômica advinda do choque petrolífero”⁵. De acordo com o referido autor, o objetivo primordial da flexibilização nas relações de trabalho foi o de propiciar a implementação de nova tecnologia ou novos métodos de trabalho e, bem assim, o de evitar a extinção de empresas, com evidentes reflexos nas taxas de desemprego e agravamento das condições socioeconômicas⁶.

⁴ BELTRAN, Ari Possidonio. Flexibilização, Globalização, Terceirização e seus impactos nas relações de trabalho. *LTr*: revista legislação trabalhista, São Paulo, v. 61, n. 4, abril 1997, p.490-491.

⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. Alcance e objeto da flexibilização do Direito do Trabalho. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro (Coord.). *A transição do Direito do Trabalho no Brasil*. São Paulo, LTr, 1999. p. 33-34.

⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas e TEIXEIRA, Lima, *Instituições de Direito do Trabalho*, 23ª ed., São Paulo, LTr, 2006, p. 206.

A partir do entendimento do referido autor, é possível concluir que a proposta da flexibilização das condições de trabalho surgiu em meio a uma crise econômica mundial, em que se buscavam alternativas para a diminuição dos custos de produção, uma vez que estes haviam sofrido elevação brusca diante do aumento sem precedentes dos preços do petróleo. A idéia do abrandamento de determinados direitos trabalhistas conquistados ao longo de ferrenhas lutas entre patrões e empregados mostrou-se a alternativa mais rápida e fácil, já que teria efeitos imediatos e atingiria apenas o trabalhador, parte mais frágil da relação de emprego.

Já segundo Amauri Mascaro Nascimento, o fenômeno da flexibilização foi também decorrente do surgimento dos blocos econômicos, do avanço da tecnologia e o crescimento do desemprego⁷. Para este autor, o fenômeno em estudo teria surgido como uma tentativa de solucionar problemas de conjuntura tecnológica e econômica, sem ter, entretanto, se verificado, na prática, mudanças substanciais no tocante ao surgimento de novos postos de trabalho.

Concordamos com o entendimento do autor, já que a idéia da flexibilização surgiu não com o objetivo de adequar os direitos dos empregados em um cenário de constantes e velozes mudanças sociais e econômicas. Ao contrário, a idéia de flexibilizar surgiu como uma alternativa para o enfrentamento da crise gerada pelos preços do petróleo da década de 70. A idéia de supressão ou adequação dos direitos trabalhistas surgiu não como iniciativa de efetivação dos referidos direitos, mas como tentativa de diminuição dos custos de produção, para tentar solucionar problemas de conjuntura econômica. Na prática, não se verificou as mudanças substanciais esperadas no desenrolar da crise dos anos 70.

José Pastore afirma que os mercados de trabalho da Europa Ocidental passaram por quatro transformações de vulto na década de 80. A primeira diz respeito à redução drástica da mão-de-obra industrial e o crescimento do setor de serviços que, em 1993, já respondia, em média, por 70% do emprego. A segunda refere-se à integração crescente dos mercados europeus à economia mundial. A terceira se relaciona aos ajustamentos que foram demandados para superar a recessão dos anos 80 através de forte desregulamentação da economia, inclusive do mercado de trabalho. A quarta, e mais recente, é a tendência acelerada em direção às fusões de empresas além das fronteiras

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2008, p. 31.

nacionais, com vista a maximizar suas vantagens comparativas e se posicionarem melhor na União Européia⁸.

Pastore afirma ainda que a onda de liberalização e privatização das economias da Europa tornou-se uma grande marca dos anos 80. E no campo das relações do trabalho surgiram então, inúmeras formas de flexibilização, tais como, a redução dos salários; a criação de horários flexíveis; a remuneração atrelada ao desempenho, subcontratação e terceirização da produção. Para ele, o fenômeno da flexibilização na Europa, no início da década de 90 caracterizou-se por uma forte descentralização das negociações em direção às empresas, tendo em vista as inúmeras concessões dolorosas feitas pelos sindicatos europeus naquela década.

Para Nelson Mannrich, as causas determinantes para o surgimento da flexibilização dividem-se em três principais categorias. A primeira delas seriam as causas econômicas, com destaque à crise de petróleo de 1973 e o aumento da competitividade internacional decorrente da globalização e da formação de blocos econômicos regionais. Em segundo, entre as causas sociológicas, importam o aumento da demanda do setor terciário e a reorganização estrutural do mercado de trabalho. E, por fim, em relação aos fatores tecnológicos, enfatiza-se a acelerada evolução da microeletrônica e da informática, agravando o quadro de excesso de mão-de-obra ociosa⁹.

Mannrich afirma que a flexibilização envolve o conflito entre duas concepções: a intervencionista, concebendo uma função social ao Estado, o qual através do Direito do Trabalho promove a proteção do empregado; e a liberal, visão pela qual o Estado deve ater-se às suas atribuições mínimas. Neste último, o Direito do Trabalho deve servir de instrumento para a empresa gerar bons empregos. Ambas as concepções contrapõem os princípios da livre concorrência e do valor da livre iniciativa de um lado, e o valor social do trabalho e a valorização do trabalho humano de outro; e partem da mesma premissa de que o Direito do Trabalho tem como função promover uma desigualdade jurídica para compensar a desigualdade econômica entre as partes contratantes.

⁸ PASTORE, José. *Flexibilização dos Mercados de Trabalho e Contratação Coletiva*. São Paulo, LTr, 1994, p.20

⁹ MANNRICH, Nelson. Limites da flexibilização das normas trabalhistas. *AASP. Revista do Advogado*. São Paulo, n. 54, dez. 1998, p. 32.

Este autor discorda tanto com a primeira visão, denominada flexibilização de *proteção*, quanto da segunda, chamada flexibilização de *desregulamentação*, pois defende que a flexibilização tem a função de *adaptação* da norma jurídica à realidade social que pretende reger¹⁰. Assim, o Direito do Trabalho deve atentar não somente à proteção do hipossuficiente, mas também deve se sintonizar com as mudanças econômicas e sociais. A flexibilização, neste sentido, surge como possibilidade de renovação, com diminuição da intervenção do Estado e maior prestígio da negociação coletiva, implicando o “ajuste das normas jurídicas à realidade econômica”¹¹.

Da análise do posicionamento do supracitado autor, manifestamos nossa concordância em relação à assertiva de que o fim legítimo para o surgimento da flexibilização seria a adaptação do Direito do Trabalho à nova realidade social que pretende reger. Note-se que não estamos falando em desregulamentação ou em alternativas para a diminuição de custos da produção, mas sim em um mecanismo pensado como forma de adequação dos direitos já existentes à então cambiante realidade social e econômica. Adequação esta que deverá ser realizada de acordo com os princípios basilares do Direito do Trabalho.

Já Octavio Bueno Magano, denunciando a rigidez da redação da CLT decorrente da concepção de hipossuficiência do trabalhador, indica quatro fatores determinantes para o surgimento da flexibilização: “a crise econômica dos anos 70, o desenvolvimento da técnica, a atuação das empresas multinacionais, e o desaparecimento da Guerra Fria entre os blocos do oeste e do leste”, tratando-se ainda de medida destinada a impedir o crescimento dos índices de desemprego na Europa, elevados em função do abrupto aumento do preço do petróleo¹².

No entendimento de Sônia Mascaro Nascimento, a flexibilização surgiu na Europa, como resultado da preocupação em encontrar novos mecanismos para a restauração e manutenção do emprego. As mudanças econômicas e sociais ocorridas na Europa a partir da década de 70 teriam conduzido ao surgimento de mecanismos de gerenciamento dos conflitos, decorrentes das relações de trabalho, dentre as quais a

¹⁰ MANNRICH, Nelson. Op. cit., p. 30-31

¹¹ MANNRICH, Nelson. Op. cit., p. 30-35.

¹² MAGANO, Octavio Bueno. A flexibilização do Direito do Trabalho. *AASP. Revista do Advogado*. São Paulo, n. 54, dez. 1998, p. 8.

descentralização da negociação, transportando-a para o nível de empresa e até mesmo de setores; o encurtamento do período de contratação do trabalho; remuneração por produtividade e não por tempo trabalhado e, por fim, a implantação de horários de trabalho em sistemas cada vez mais flexíveis¹³.

André Gorz vislumbrava já em obra de 1988 a gradativa redução do volume de trabalho socialmente necessário - tendo como causa relevante as crescentes inovações tecnológicas - o qual deveria ser redistribuído como medida de combate à injusta divisão do mercado de trabalho que então se desenhava: “de um lado, elites profissionais e, de outro, massas de desempregados e de trabalhadores em situação precária; entre os dois, sempre majoritários, os trabalhadores indefinidamente cambiáveis e substituíveis da indústria e, sobretudo, dos serviços industrializados e informatizados”¹⁴.

Sergio Pinto Martins, afirma que o fenômeno da flexibilização dos direitos trabalhistas surgiu como forma de adequação entre os dinamismos das mudanças do mundo e o direito laboral. Afirma o autor que a flexibilização das condições de trabalho é um conjunto de regras que têm por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho¹⁵. Salienta ainda que para alguns doutrinadores, a flexibilização é forma de salvar a pátria dos males do desemprego, para outros, é uma forma de destruir tudo aquilo que o trabalhador conquistou durante séculos de reivindicações, que apenas privilegiam os interesses do capital, sendo uma forma de fazer com que o empregado pague a conta da crise econômica¹⁶.

Contudo, os resultados insatisfatórios de um modo geral das técnicas flexibilizatórias, com ampla precarização das relações de trabalho e diminuição dos níveis de emprego, influíram fortemente na doutrina juslaboralista, surgindo novas interpretações da flexibilização não mais como uma solução possível, mas como uma medida frustrada, senão ideologicamente criticável.

¹³ NASCIMENTO, Sônia ^a Mascaro. *Flexibilização do Horário de Trabalho*. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2001, p. 35.

¹⁴ GORZ, André. *Metamorfoses do trabalho*. Trad. Ana Montoia. São Paulo, Annablume, 2003, p. 94-95

¹⁵ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo, 24ª Ed., São Paulo, Ed. Atlas, 2008, p. 498.

¹⁶ MARTINS, Sergio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. São Paulo, Ed. Atlas, 2004, p.13.

Neste sentido, Oscar Ermida Uriarte ataca os fundamentos econômicos da flexibilização, os quais seguiriam fórmulas da escola econômica neoliberal, pretendendo maximizar a individualização das relações de trabalho, com ênfase na não-intervenção do Estado na negociação entre o trabalhador diretamente com o empregador, aproximando-se cada vez mais do Direito Civil e abandonando o Direito do Trabalho. O autor ressalta ainda uma aparente contradição da proposta da flexibilização, na medida em que suscita a necessidade da intervenção restritiva do Estado nas questões de direito coletivo do trabalho.

Uriarte critica a afirmativa de que com a flexibilização, com o barateamento do custo do trabalho e o consequente aumento dos lucros da empresa, haveria o estímulo a novos investimentos na produção, o que ensejaria o crescimento dos níveis de emprego e dos salários, e melhoria das condições de trabalho. Afirma que, analisando-se os resultados da flexibilização, além de não ter gerado novos empregos, as condições de trabalho teriam piorado consideravelmente¹⁷.

Uriarte destaca ainda haver outros fatores que contribuíram para a adoção da flexibilização no seio do Direito do Trabalho. Do prisma sócio-cultural, o autor destaca o desprezo da solidariedade como valor da sociedade pós-moderna, o que mina de forma geral o apoio aos sindicatos, à negociação coletiva e à greve, além da própria legislação do trabalho. No plano político, com o fim da Guerra Fria, a ausência do fantasma do comunismo dispensa a manutenção do Estado do Bem-Estar Social. E por fim, o enfraquecimento dos sindicatos favorece a aprovação de medidas flexibilizatórias que tendem a enfraquecê-los ainda mais¹⁸.

Já as divergências teóricas, no parecer de Amauri Mascaro Nascimento, derivam de concepções diferentes do Direito do Trabalho: “É o que explica posições tão diferentes como a daqueles que vêem na flexibilização um remédio para os males da economia e do Direito do Trabalho, e outros que nela vêem apenas um engodo para disfarçar o propósito de reduzir direitos dos trabalhadores como parte de um plano diabólico de globalização”¹⁹.

¹⁷ URIARTE, Oscar Ermida. *A flexibilidade*. São Paulo, LTr, 2002, p.19-21.

¹⁸ Id. Ibid., p.22.

¹⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 33.

Sustenta o doutrinador que nos países que adotaram a *concepção heterotutelar* do Direito do Trabalho, a exemplo da América Latina, prestigia-se a presença do Estado nas relações de trabalho a para proteção do hipossuficiente, bem como na existência de leis para solução dos problemas sociais, concepções contrárias à flexibilização, o que justifica a sua recepção com reservas. Já nos sistemas anglo-saxônicos, foi adotada a *concepção autotutelar*, que deixa o Estado em segundo plano e tem como fontes normativas os particulares, privilegiando-se a liberdade sindical e a autonomia coletiva, e, portanto, a auto-regulamentação dos próprios interesses²⁰.

Em todo o mundo assiste-se à fragmentação do mercado de trabalho e à elevação do desemprego, fenômenos que estão associados ao surgimento de novas figuras contratuais, ao lado do tradicional contrato de trabalho por prazo indeterminado²¹.

Na verdade, o Direito do Trabalho vem sendo contestado nas suas próprias bases. Da predominância de uma racionalidade material que busca a concretização de certos valores, para a transformação desse ramo jurídico em um direito formalista, que visaria unicamente garantir a negociação das condições de trabalho pelos atores sociais. Essa seria, resumidamente, a pretensão de determinados setores econômicos e sociais, no tocante à atuação do Direito Laboral.

Entretanto, da análise dos fundamentos para o advento da flexibilização, acima explicitados, bem como nos tópicos posteriores, importantes ressalvas serão feitas, no sentido de corroborar o nosso entendimento de que os efeitos esperados da flexibilização devem residir exclusivamente na efetivação dos direitos trabalhistas enquanto direitos sociais. A melhoria dos índices econômicos e sociais somente será alcançada por meio de políticas públicas que garantam o equacionamento real entre os interesses patronais e empregatícios nos momentos de crise.

²⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 34-35.

²¹ SILVA, Otavio Pinto. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 9.

1.2. DENOMINAÇÃO E CONCEITO DE FLEXIBILIZAÇÃO

Segundo Sergio Pinto Martins, a denominação “flexibilização” foi consagrada na prática do Direito do Trabalho, induzindo-se à idéia da necessidade de conferir elasticidade às normas laborais, ditas rígidas. Neste sentido, não se poderia falar em flexibilização do Direito do Trabalho, mas sim das condições de trabalho, pois estas é que constituem o seu objeto²².

O referido autor afirma ainda que a flexibilização visa assegurar um conjunto de regras mínimas ao trabalhador e, em contrapartida, a sobrevivência da empresa, por meio da modificação de comandos legais, procurando garantir aos trabalhadores certos direitos mínimos e ao empregador a possibilidade de adaptação de seu negócio, mormente em épocas de crise econômica. Afirma ainda que é uma forma de adaptação das normas vigentes às necessidades e conveniências de trabalhadores e empresas²³.

Há correntes doutrinárias defensoras da flexibilização como sinônimo de desregulamentação, e afirmam que as definições de ambos os institutos são equivalentes. Mas que, entretanto, existiriam direitos fundamentais constitucionalmente indisponíveis que não poderiam ser desconsiderados no momento de flexibilização de determinadas condições de trabalho.

Todavia, conforme se analisará em tópico posterior, a flexibilização não se confunde com a desregulamentação, já que a primeira pressupõe atuação, ainda que mínima do Estado, enquanto que a segunda retira a proteção do Estado ao trabalhador, permitindo que a autonomia privada regule de forma ampla sobre as condições de trabalho. Assim, discordamos do posicionamento de parte da doutrina que considera ambos os significados como sinônimos.

Já no ensinamento de Ari Possidonio Beltran, são utilizados os termos “adaptabilidade”, “flexibilidade”, capacidade de “acomodação” e, para alguns

²² MARTINS, Sergio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 21-22.

²³ MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 498

simplesmente “desregulamentação”. Na essência se cogitaria o abrandamento de normas excessivamente rigorosas ou engessadas e, portanto, incompatíveis com as novas situações enfrentadas nas relações de trabalho²⁴.

O referido autor afirma ainda que a flexibilização das normas trabalhistas constitui processo relacionado com a adaptação dos preceitos que regulamentam as relações laborais às grandes alterações ditadas por fatores diversos que afetam a nova realidade do mundo do trabalho, sobretudo as crises econômicas, a globalização e o extraordinário desenvolvimento tecnológico. Fala-se, em suma, em abrandamento de normas rígidas que se mostrariam incompatíveis com o atual momento histórico do Direito do Trabalho²⁵.

De fato, datada de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) foi pensada e articulada para uma situação social da primeira metade do século XX, situação esta completamente diversa daquela vivenciada nas três últimas décadas. Notório, portanto, que o Direito do Trabalho necessita de reformas profundas, não com o intuito de mitigação dos direitos indisponíveis do trabalhador, mas como forma de adequação de normas já ultrapassadas à realidade dinâmica do século XXI. Além de procurar minimizar e suprir as deficiências do sistema, adequando-o à realidade. Nesse contexto, o conceito de “flexibilização” pode ser definido de forma positiva, como meio de adequação de institutos já superados às novas situações de trabalho reveladas diariamente aos operadores do direito.

Além do mais, os aspectos sociológicos mostram que a estrutura da legislação trabalhista foi determinada em razão do trabalho na indústria. Com a mudança de grande parte do trabalho para os serviços ou para o setor terciário, houve necessidade de criação de novas situações e nova legislação para adaptação do contrato clássico de trabalho que era feito na indústria. Diante de tal cenário, notória a premente necessidade de conceituação do fenômeno da flexibilização como eficiente mecanismo de adaptação de normas criadas em determinado contexto social e que não seriam mais aplicáveis na atual conjuntura sócio-econômica.

²⁴ BELTRAN, Ari Possidonio. Flexibilização, globalização, terceirização e seus impactos nas relações de trabalho. *LTr*: revista legislação trabalhista, São Paulo, v. 61, abril/1997, p. 491.

²⁵ BELTRAN, Ari Possidonio. Dilemas do trabalho e do emprego na atualidade. São Paulo, *LTr*, 1993, p. 149

Para Amauri Mascaro Nascimento, a flexibilização significa o “afastamento da rigidez de algumas leis para permitir, diante de situações que a exijam, maior dispositividade das partes para alterar ou reduzir as condições de trabalho”. Mas alerta ele que a flexibilização desordenada ameaça o cumprimento da finalidade do Direito do Trabalho, que é a proteção do trabalhador em sua posição de inferioridade econômica na relação contratual²⁶.

Com efeito, as correntes contrárias à flexibilização pontuam que os riscos da mitigação dos direitos dos trabalhadores estão justamente nos artifícios comumente utilizados sob o rótulo de “flexibilização”, mas que, na verdade, correspondem à supressão de direitos indisponíveis previstos pela Constituição Federal.

Dessa forma, atento aos riscos da utilização do instituto da flexibilização de forma desordenada, o Estado, no próprio texto constitucional traçou limites claros e específicos como, por exemplo, a necessária intervenção dos sindicatos nas negociações, cujos objetos versem sobre a disponibilidade de determinados direitos até então indisponíveis. A preocupação é de todo pertinente quando analisados alguns dos efeitos da flexibilização da jornada de trabalho, notadamente a precarização das relações de trabalho e o aumento da informalidade.

Para Arnaldo Süssekind, a flexibilização das relações de trabalho consiste no mecanismo pelo qual a proteção dispensada pela lei ao trabalhador permite uma reestruturação para conciliar os interesses entre empresa e trabalhador. Corresponderia a uma fenda no princípio da inderrogabilidade das normas de ordem pública e no da inalterabilidade *in pejus* das condições contratuais ajustadas em favor do trabalhador, visando a facilitar a implementação de nova tecnologia ou preservar a saúde da empresa e a manutenção de empregos²⁷.

Da análise do conceito acima explicitado surge imperiosa necessidade de se pontuar dois relevantes aspectos no tocante ao tema. O primeiro deles diz respeito à falsa afirmativa de que um dos efeitos necessários da flexibilização seria a preservação da

²⁶ Id. Ibid., p. 35.

²⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo. A globalização da economia e o Direito do Trabalho. *LTr*. Revista legislação do trabalho, São Paulo, volume 61, n. 1, jan. 1997, p. 42.

“saúde” da empresa. Isso porque em um contexto de crise econômica, vários outros fatores, especialmente aqueles relacionados à política de mercado, têm importante peso no equacionamento entre os custos de produção e a recuperação de empresas em dificuldades econômicas.

O segundo aspecto diz respeito à afirmativa de que a flexibilização seria eficiente mecanismo de manutenção de empregos. Não podemos concordar com tal assertiva, na medida em que na prática, verificamos que os empregados têm aceitado a diminuição dos valores dos salários ou o aumento da jornada de trabalho, não em decorrência de negociações com igualdade de argumentos e autonomia de vontades, mas sim em virtude dos constantes e iminentes riscos de dispensas coletivas.

Dessa forma, a conceituação da flexibilização como mecanismo hábil a promover a manutenção de empregos pode conter graves erros, diante das recentes experiências de grandes empresas, em que os trabalhadores foram praticamente “obrigados” a aceitar os termos das negociações coletivas, sob pena de perderem seus empregos, caso assim não o fizessem. Análise mais detida sobre o assunto será feita adiante no Capítulo III.

Prosseguindo na definição do conceito de flexibilização, Octavio Bueno Magano define o fenômeno como o “processo de adaptação de normas trabalhistas à realidade cambiante”. Ao contrário do movimento de cima para baixo, com o decreto legal sobre determinada matéria abstrata, a flexibilização definiria normas através da experiência empírica, tais como “retrações ou expansões econômicas, processo tecnológico, transformações sociais ou políticas”²⁸.

No mesmo sentido, Sergio Pinto Martins afirma que a flexibilização engloba um conjunto de regras com objetivo de instituir mecanismos para adaptação às “mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho”. Consiste no plano sociológico na capacidade de renúncia a costumes e adaptações a novas contingências²⁹.

²⁸ MAGANO, Octavio Bueno. Op. cit., p. 7.

²⁹ MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 27.

Assim também, Luiz Carlos Amorim Robortella define a flexibilização do Direito do Trabalho como instrumento de política social, caracterizado pela adaptação constante das regras jurídicas à realidade econômica, social e institucional, mediante intensa participação dos trabalhadores e empresários, para eficaz regulação do mercado de trabalho, tendo como objetivos o desenvolvimento econômico e o progresso social³⁰.

Como acima visto, a idéia de adaptação do Direito do Trabalho à nova realidade econômica, social e tecnológica é uma constante na definição do conceito de flexibilização. Acreditamos que o ponto principal para a definição de flexibilização seja a idéia da “adaptação” como forma de promover a real eficácia das garantias conquistadas pelos trabalhadores, com a implementação de algumas mudanças que tornem essas garantias palpáveis no atual cenário das relações de emprego.

Flexibilizar significa, antes de tudo, “adaptar”, “tornar a aplicação de um direito mais certa”. O conceito, independentemente das correntes ideológicas a que se filiem os doutrinadores, seja ela protecionista ou liberal, deve ser pensado de forma inteligente, desprovida de ideologias. A flexibilização inteligente tem como objetivo equacionar interesses de empregados de um lado e de empregadores de outro, assegurando a ambas as partes a efetivação de seus direitos, levando-se em consideração as reivindicações dos dois lados da relação de emprego³¹.

Para se flexibilizar de maneira equilibrada e consciente, é necessário levar-se em consideração não apenas a importância do bom funcionamento das empresas para a economia de um país, mas também e, acima de tudo, a importância de ser traçado um núcleo de direitos mínimos, indisponíveis do trabalhador, como parte hipossuficiente da relação de emprego.

Tem-se imputado à legislação de nosso país a característica de ser excessivamente intervencionista, herdado que foi o modelo corporativista que deita raízes na década de 30. Alega-se ainda que a tendência pela flexibilização, que avançou em diversos países, aqui se encontra em fase embrionária e enfrenta a resistência de muitos

³⁰ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Op. cit., p. 97.

³¹ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Flexibilização no direito do trabalho*. Brasília: Thomson, 2003, p. 313.

setores. Na verdade, a matéria nem sempre vem sendo tratada com isenção, tendo, costumeiramente, sido objeto de enfoque não-técnico, mas político-ideológico, com posições por vezes radicalizadas, de um ou de outro lado, sejam aquelas de tendência neoliberal, sejam as que defendem o chamado Estado Social³².

Com efeito, quanto à chamada modernização do Direito do Trabalho, uns sustentam a necessária e urgente flexibilização, com a total varrição do Direito legislado, deixando a sua regulamentação para a negociação coletiva entre empregados e empregadores. Outros, no entanto, preconizam uma modernização deste importante ramo do Direito, mas com a manutenção, pelo Estado, de garantias mínimas fundamentais, além do implemento de uma legislação de sustento no tocante à organização dos sindicatos, que, fortalecidos, deverão assumir efetivamente a negociação de demais garantias trabalhistas.

Entretanto, as dificuldades na conceituação da flexibilização estão não apenas nas ideologias que permeiam o tema, mas também nas peculiaridades de cada país ou região.

Rosita de Nazaré Sidrim Nassar entende que a dificuldade na definição da flexibilização resulta da diversidade das legislações nacionais e dos graus de desenvolvimento industrial locais. Alerta, contudo, que “as medidas flexibilizadoras benéficas para determinado país, podem não produzir o mesmo resultado em outro, cuja configuração econômica e social seja diferente”³³. Assim, a autora define o fenômeno da flexibilização como o conjunto de medidas destinadas a dotar o Direito do Trabalho de novos mecanismos capazes de compatibilizá-lo com as mutações decorrentes de fatores de ordem econômica, tecnológica ou de natureza diversa, que exigem pronto ajustamento³⁴.

Na visão da referida autora, o Direito precisa acompanhar as alterações ocorridas na realidade social à qual se dirige, sob pena de tornar-se ineficaz, deixando de produzir os efeitos jurídicos que lhe são próprios. O Direito do Trabalho, mais do que qualquer outro ramo da Ciência Jurídica, precisa estar atento à necessidade de adaptação de suas normas, pois tem em mira realidade mais acentuadamente mutável. Assim, o

³² BELTRAN, Ari Possidonio. Op. cit, p. 174

³³ NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. Op. cit., p. 17.

³⁴ NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. Op. cit., p. 20.

fenômeno da flexibilização seria de fundamental importância para a adequação do direito à realidade.

Por sua vez, a Professora Walküre Lopes Ribeiro da Silva defende que a autonomia privada deve contribuir para uma sociedade mais justa e solidária, garantindo a todos uma vida digna, sendo a flexibilização admissível desde que respeitada a ordem pública, nos limites do texto constitucional, não se esquecendo dos seus objetivos. A autora afirma, em síntese, que a flexibilização deve implicar em uma reestruturação em sentido positivo. As distorções do mercado não seriam corrigidas única e exclusivamente por meio da flexibilização dos direitos trabalhistas, mas sim diante da combinação de ações do Estado e dos particulares³⁵.

Como acima dito, a flexibilização não pode ser entendida como solução para todos os problemas econômicos advindos das distorções do mercado. Deve haver uma combinação entre políticas públicas e mecanismos de fortalecimento das negociações entre empregados e empregadores, com a eficiente intervenção de sindicatos fortes e autônomos.

José Pastore não elabora um conceito de flexibilização, utilizando-a como sinônimo de desregulamentação. Neste sentido, critica a Constituição da República promulgada em 1988 por entender que os direitos trabalhistas ali consagrados dificultariam a adaptação “às novas condições de competição e inovação que o Brasil enfrenta nos mercados internos”³⁶.

Entretanto, não é possível a concordância com referido entendimento, haja vista que se a elevação de direitos trabalhistas ao patamar de direitos constitucionais foi imprescindível para evitar que a flexibilização – cujos resultados eram desde o início incertos - atingisse as garantias mínimas dos trabalhadores nas relações de emprego, o que poderia representar um verdadeiro retrocesso social em matéria trabalhista.

³⁵ SILVA, Walküre Ribeiro Lopes da. Autonomia privada, ordem pública e flexibilização do Direito do Trabalho. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz (Org.). *Faculdade de Direito: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre, EDIPUCRS, 1997. p. 220-221.

³⁶ PASTORE, José. *Flexibilização dos mercados de trabalho e contratação coletiva*. São Paulo, LTr, 1994. p. 15.

Por sua vez, Oscar Ermida Uriarte parte de uma concepção crítica da flexibilização, “a qual se concretiza de duas formas principais: diminuição ou eliminação de direitos e benefícios trabalhistas, ou prevalência da negociação coletiva sobre as normas legais, caso em que em regra se impõe unilateralmente a vontade do empregador. Tendo em vista que o Direito do Trabalho sempre foi flexível para a estipulação de normas mais favoráveis ao trabalhador, para o autor o conceito de flexibilização somente pode tratar da flexibilização *in pejus*, ou seja, em *prejuízo* ao empregado”³⁷.

O autor afirma ainda que a Constituição Brasileira de 1988, apesar de seu detalhismo, rigidez e extensão na proteção dos direitos dos trabalhadores, contém “válvulas de escape” flexibilizadoras, já que permite-se flexibilizar, por convenção ou acordo coletivo, a jornada e o salário, habilitando, nessas matérias, a flexibilização propriamente dita, por meio da negociação coletiva. Sublinha Uriarte que tem havido, no Brasil, importante desenvolvimento da flexibilidade coletiva, que muitas vezes, excede os limites constitucionais e gera, por isso, problemas de licitude.

Marcus Orione Gonçalves Correia endossa este entendimento, afirmando ainda que a flexibilização deveria impor benefícios e perdas para ambas as partes negociadoras, e não somente a uma delas. Acerca das negociações prejudiciais aos trabalhadores, seria sintomático que o ex-primeiro-ministro inglês Tony Blair, defendendo a *New Labour*, utilizasse a expressão “flexibilização com *fair play*”. Então, até aquele momento, cerca de dez anos após o surgimento do modelo de flexibilização na Europa e nos Estados Unidos, só teria havido *unfair play* (jogo “sujo”)? Segundo Marcus Orione, nesta concepção, idealiza-se a flexibilização como um embate, o que é completamente equivocado, pois não é apropriado falar-se numa relação ganha-perde, sendo evidentemente injusta se considerarmos que um dos lados é notadamente mais débil.

Na realidade, deveríamos entender que a recomposição da economia, com a preservação dos empregos, um dos desideratos do modelo flexibilizado, não interessa apenas aos trabalhadores. Interessa, ainda, aos empregadores – mesmo que sob a lógica

³⁷ URIARTE, Oscar Ermida. Op. cit., p. 9-10.

minimalista da preservação de um nível satisfatório de consumo. E, por fim, interessa, sobretudo, ao Estado, pelo menos como forma de concretização da paz social³⁸.

Cassio Mesquita Barros Jr. informa que a “flexibilidade do Direito do Trabalho consiste nas medidas ou procedimentos de natureza jurídica que têm a finalidade econômica de conferir a possibilidade de ajustar a sua produção, emprego e condições de trabalho às contingências rápidas ou contínuas do sistema econômico”³⁹.

Com efeito, a possibilidade de ajuste de produção, com especial enfoque à flexibilização dos horários de trabalho, é questão de extrema importância na atual conjuntura, como forma de otimização do tempo não só do empregador, como também do próprio empregado.

Por fim, Nelson Mannrich afirma que a expressão flexibilização parece estar consagrada, indicando o processo de ajustamento do Direito do Trabalho às atuais realidades da sociedade pós-industrial. No fundo, o debate envolve uma questão encoberta: como conciliar essa adaptação aos princípios do Direito do Trabalho? O que se pretende é o ajuste das normas jurídicas à realidade econômica, contribuindo-se, assim, para a solução dos problemas trabalhistas atuais⁴⁰.

A flexibilização apresentaria fundamentos tecnológico-produtivos, segundo os quais ela seria necessária para adaptar a legislação trabalhista às mudanças provocadas nos sistemas produtivos e na organização do trabalho por força da revolução tecnológica. Aqui, o autor remete-se às distinções adiante apresentadas entre flexibilização jurídica e flexibilização real, entre alta flexibilização e baixa flexibilização, ressaltando que as mudanças tecnológicas geram a queda da demanda por mão-de-obra, aumentando o desemprego, sendo que qualquer medida flexibilizatória deveria respeitar os direitos universalmente consagrados aos trabalhadores⁴¹.

³⁸ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Flexibilização com *fair play*? LTr: Revista legislação do trabalho, São Paulo, v. 65, n. 09, p. 1046-1047, set. 2001.

³⁹ BARROS JR., Cassio Mesquita. *Trabalho e processo*. São Paulo: Saraiva, 1994, nº 2. Flexibilização no Direito do Trabalho.

⁴⁰ MANNRICH, Nelson. A modernização do contrato de trabalho. São Paulo: LTr, 1998, p. 72.

⁴¹ Id. Ibid., p. 21-22.

Da análise de todos os conceitos acima explicitados, podemos conceituar a flexibilização como um mecanismo de adaptação das condições de trabalho, diante das mudanças econômicas, tecnológicas e sociais de determinada país ou região, com o objetivo de equacionar, de um lado, os custos de produção das empresas com o aumento da competitividade e, de outro os direitos indisponíveis dos trabalhadores enquanto direitos sociais.

A maioria da doutrina utiliza o termo flexibilização sem nenhuma conotação positiva ou negativa, razão pela qual será assim utilizado na presente obra, sem qualquer predicação, para garantir maior imparcialidade das conclusões do presente estudo.

1.3. ESPÉCIES DE FLEXIBILIZAÇÃO

Oscar Ermida Uriarte, citando, primeiramente, Jean-Claude Javillier⁴² propõe algumas classificações da flexibilização. De acordo com o critério da finalidade, haveria três classes de flexibilidade, sendo esta caracterizada como sendo de proteção, de adaptação ou de desregulamentação.

A primeira delas, a flexibilidade de proteção, considera que o Direito do Trabalho sempre foi flexível e adaptável. Contudo, qualquer adaptação costuma ser em sentido único: em benefício do trabalhador.

A flexibilidade de adaptação, por sua vez, seria aquela construída a partir da negociação coletiva das normas legais rígidas e das novas circunstâncias que, ao final, se mostrariam mais benéficas ao trabalhador sob o ponto de vista global. Trata-se de uma adaptação feita por intermédio da autonomia coletiva.

O terceiro tipo, a flexibilidade de desregulamentação, seria simplesmente a derrogação de benefícios trabalhistas preexistentes ou a sua substituição por outros inferiores. Esse tipo parte da premissa da perniciosidade econômica da rigidez do Direito

⁴²JAVALLIER, Jean-Claude. *Manual de Droit Du Travail*. Paris, Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, 1986, p. 55-57 e “Ordre Juridique, relations professionnelles et flexibilité. Approches comparatives et internationales”. *Droit Social*. Paris (1): 56-65, Jan, 1986

do Trabalho, contrária aos interesses dos próprios empregados por dificultar ou impedir a contratação.

Propõe também aquele autor uma segunda sistematização, feita em função da fonte de direito flexibilizadora. Assim, segundo sua fonte, a flexibilidade pode ser classificada como autônoma ou heterônoma.

A flexibilidade autônoma é aquela introduzida pela autonomia coletiva, sendo que o sujeito passivo participa das tratativas por meio da negociação coletiva, enquanto que, a forma heterônoma é caracterizada pela desconsideração da vontade do sujeito passivo da flexibilização, uma vez que é imposta unilateralmente pelo Estado, por meio de lei ou decreto que derroga ou diminui direitos trabalhistas.

A flexibilidade pode ainda ser condicionada ou incondicionada, dependendo da existência ou não de contraprestação por parte do empregador ou do Estado.

Tendo em vista a matéria ou o instituto sobre o qual recai a flexibilização, surge a distinção entre flexibilidade interna e externa. A flexibilidade interna diz respeito aos termos e condições de contratos de trabalho existentes. A externa tende a se referir ao contrato de trabalho *strictu sensu*, alterando as formas de contratação e extinção do contrato de trabalho (também denominadas: flexibilidade de entrada e de saída, respectivamente).

Ainda é possível a distinção entre flexibilidade jurídica, flexibilidade real ou produtiva e flexibilidade de fato. A jurídica, como a própria nomenclatura indica, está relacionada à lei e aos institutos jurídicos e normativos que regulam a relação de trabalho. A flexibilização real ou produtiva refere-se à organização da produção, com vistas ao atendimento imediato de demandas oscilantes (produção *just in time* a partir do estoque zero). Por fim, a flexibilidade de fato é identificada nas situações de desequilíbrio das relações de trabalho, a favor do empregador. Trata-se do descumprimento das leis trabalhistas⁴³.

⁴³ URIARTE, Oscar Ermida. Op. cit., p. 17.

Já Antonio Álvares da Silva afirma que “a flexibilização de direito é a que se faz explicitamente, dentro de um plano social, visível e discutido, por meio dos sindicatos ou da negociação coletiva. A de fato se opera na realidade, à revelia de qualquer controle normativo. Esta forma é comum e existe em todos os países, em maior ou menor grau. É a chamada informalidade”⁴⁴.

Sergio Pinto Martins destaca ainda que, quanto à legalidade, a flexibilização pode ser legal ou autorizada, nas hipóteses que a própria lei a permite, como na redução da jornada de trabalho (art. 7, inciso XIII, da Constituição Federal) e dos salários (art. 7, inciso VI, da Constituição Federal); ou ilegal ou ilícita, nas hipóteses em que é realizada com o objetivo de burlar a lei e os direitos dos trabalhadores⁴⁵.

Por fim, é possível classificar a flexibilização, de acordo com o ramo do Direito do Trabalho que a flexibilização pretende atingir. Sergio Pinto afirma que, a flexibilização no Direito Individual do Trabalho poderia se realizar a partir do contrato de trabalho, pelo regulamento de empresa, mediante a adaptação das regras de trabalho às condições econômicas e as necessidades da empresa. No Direito Coletivo do Trabalho, a flexibilização poderia acontecer por intermédio da convenção ou acordo coletivo, da greve e da co-gestão.

1.4. AS PRINCIPAIS TEORIAS

Segundo Sergio Pinto Martins⁴⁶, há pelo menos três correntes sobre a flexibilização e seus efeitos, a saber: a flexibilista, a antiflexibilista e a semiflexibilista.

A primeira corrente entende que o Direito do Trabalho passa por fases distintas. A primeira fase envolve o fato de se assegurar os direitos trabalhistas. Trata-se de uma conquista dos trabalhadores. A segunda fase diz respeito ao momento promocional do direito do trabalho. Concerne à terceira fase a adaptação à realidade dos fatos, como no que diz respeito às crises, o que é feito por meio das convenções coletivas, que tanto podem

⁴⁴ SILVA, Antonio Álvares da. *Flexibilização das relações de trabalho*. São Paulo: Ltr, 2002, p. 69.

⁴⁵ MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p.44.

⁴⁶ MARTINS, Sergio Pinto. Op. Cit.p. 41

assegurar melhores condições de trabalho, como também situações *in pejus*. No momento em que a economia está normal aplica-se a lei. Na fase em que ela apresenta crises, haveria flexibilização, inclusive para pior.

A teoria antiflexibilista afirma que a flexibilização do Direito do Trabalho é algo nocivo para os trabalhadores e vem a eliminar certas conquistas que foram feitas ao longo dos anos, a duras penas. Seria uma forma de reduzir direitos dos trabalhadores. Poderia haver agravamento das condições dos trabalhadores, sem que houvesse qualquer aperfeiçoamento ou fortalecimento das relações de trabalho.

Por fim, a teoria semiflexibilista prega a observância da autonomia privada coletiva e também sua valorização plena. A flexibilização seria feita pela norma coletiva, havendo uma desregulamentação do Direito Coletivo do Trabalho, por meio das convenções ou acordos coletivos.

Apontando para uma divergência, especialmente entre os economistas, José Alberto Couto Maciel destaca a existência de duas correntes de pensamento que se posicionam diferentemente quanto ao enfoque da questão da flexibilização: a neoliberal e a institucional. A primeira delas, a corrente neoliberal entende que os direitos sociais devem ser fixados pelo livre jogo do mercado, devido ao fato de que esse é regular a si mesmo, limitando-se a intervenção estatal a umas poucas normas básicas, pois a intervenção do Estado, ou mesmo dos sindicatos, resultaria inevitavelmente em distorções ao processo econômico, retardando seus ajustes naturais e, por conseguinte, a criação de empregos.

Assim, para os neoliberais, a melhor proteção para os trabalhadores seria mesmo a abolição das normas destinadas a protegê-los, de outro modo, sua desproteção institucional, ou desregulamentação, possibilita um mercado altamente competitivo, ganhando a competição o trabalhador mais eficaz e o empregador mais esperto. “O objetivo dos neoliberais é desregulamentar e flexibilizar o mais possível a legislação trabalhista, privilegiando a autonomia individual na contratação”⁴⁷.

Por seu turno, os economistas institucionalistas acreditam que as normas trabalhistas promovem a justiça social e não podem ser desprezadas. Deixar o trabalho sem

⁴⁷ MACIEL, José Alberto Couto. *Desempregado ou supérfluo*. São Paulo: LTr, 1998, p. 63.

garantias é possibilitar que as empresas reduzam salários e outros direitos sociais, reduzindo, inclusive, os ganhos das empresas, pois afastaria do mercado os verdadeiros consumidores que são os trabalhadores. Entretanto, consideram os institucionalistas, é inegável que uma legislação severa, detalhista e anacrônica, resulta tão prejudicial para os setores produtivos quanto à falta de normas é perniciosa para os trabalhadores em países subdesenvolvidos como o Brasil⁴⁸.

1.5. FLEXIBILIZAÇÃO E DESREGULAMENTAÇÃO

Como mencionado acima, a desregulamentação não se confunde com a flexibilização. Isso porque a primeira retira a proteção do Estado ao trabalhador, permitindo que a autonomia privada, individual ou coletiva regule as condições de trabalho e os direitos e obrigações advindos da relação de emprego. Enquanto que a flexibilização, como já visto anteriormente, pressupõe a intervenção estatal, ainda que básica, com normas gerais abaixo das quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade.

O autor Valter Uzzo define a processo de desregulamentação, salientando o seguinte: “Como resposta, ou como solução, surgem as propostas de aguda desregulamentação do direito, radical flexibilização das leis, quando não supressão larga e profunda dos direitos trabalhistas, a extinção da Justiça do Trabalho, redução de encargos trabalhistas, restrição e desarticulação dos sindicatos, enfim, há que se aumentar a produtividade a qualquer preço, a fim de tornar os custos mais baratos e a economia mais competitiva. E, nesse baú, cabe tudo, como se o próprio processo produtivo, ou a empresa, ou os bens e serviços, ou as normas, regras, leis, ou, enfim, tudo o que existe no mundo material e no conhecimento humano não tivessem como último e único destinatário, nós, os homens”⁴⁹.

Não podemos concordar com a proposta de desregulamentação, como eficiente mecanismo contra o desemprego, uma vez que promove a redução legal de direitos sociais e aparece como verdadeira ameaça a uma das partes da negociação, o

⁴⁸ MACIEL, José Alberto Couto. Op cit., p. 64.

⁴⁹ UZZO, Valter. O Direito do Trabalho e a Globalização vista pelo avesso, in *Temas Atuais do Direito do Trabalho*, Revista do Advogado, AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, dezembro/98, pág. 69.

trabalhador. Fragilizada, esta parte negocia qualquer coisa a partir desta premissa, a nosso ver, inconsistente.

A idéia da unilateralidade da perda fragiliza a negociação e reverte a tendência para a concretização de uma falsa flexibilização, que, de fato, corresponde à desregulamentação. E, como acima explicitado, a diminuição dos direitos sociais dos trabalhadores não gera necessariamente o aumento de empregos.

Para Souto Maior, ambas, no entanto, quando apoiadas no pressuposto da necessidade de alterar as relações de trabalho, para fins de satisfação do interesse econômico, acabam se constituindo em meios de redução dos custos do trabalho, mascarando-se tal intenção⁵⁰.

As políticas de desregulação do ordenamento laboral adotadas em outros países não obtiveram necessariamente a diminuição dos problemas no mundo do trabalho, além de produzirem outros que justificariam a volta da atuação do Estado. O caso da Espanha, por exemplo, reflete um mercado de trabalho “livre” de normas estatais que em vez de propiciar condições mais dignas ao trabalhador, se caracterizou por uma alta precariedade dos empregos criados.

Para Uriarte, “sobretudo na doutrina européia, reserva-se a palavra “desregulamentação” para se referir à flexibilização unilateral, imposta pelo Estado ou pelo empregador, diminuindo ou eliminando benefícios trabalhistas, sem real participação da vontade do trabalhador e sem contrapartida determinada e exigível. Por outro lado, essa mesma doutrina reserva o termo “flexibilização” para identificar a adaptação autônoma, negociada e condicionada, quer dizer, em troca de determinadas e exigíveis contraprestações e não em troca de uma mera expectativa”⁵¹.

Argumenta ainda Uriarte que, no plano político, a necessidade de promover o emprego tem sido o grande argumento das iniciativas desreguladoras e flexibilizadoras. E que, além de certa inconsistência teórica, o certo é que, na prática, os pretensos efeitos dinamizadores do emprego não se têm verificado. A desregulamentação e a flexibilização,

⁵⁰ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Op. cit., p.1301.

⁵¹ URIARTE, Oscar Ermida. Op.cit., p. 17.

onde foram aplicadas, não teriam gerado emprego, mas, pelo contrário, teriam deteriorado a qualidade do emprego existente.

No entendimento de Sergio Pinto Martins, a desregulamentação envolveria a completa ausência de normas a respeito do trabalho. Não sendo, entretanto, a proposta apresentada pelo autor, que defende a existência de normas legais trabalhistas que garantam um mínimo ao trabalhador, porém com maior flexibilidade para se adaptar, por exemplo, às situações nas crises⁵².

Assim, para o autor, não se confunde flexibilização com desregulamentação, já que esta última significa desprover de normas heterônomas as relações de trabalho. Na desregulação, o Estado deixa de intervir na área trabalhista, não havendo limites na lei para questões trabalhistas, que ficariam a cargo da negociação individual ou coletiva. Na desregulamentação, a lei simplesmente deixa de existir, pois é retirada a proteção do Estado em relação ao trabalhador.

Na flexibilização, são alteradas as regras existentes, diminuindo a intervenção do Estado, porém, garantindo um mínimo indispensável de proteção ao empregado, para que este possa sobreviver, sendo a proteção mínima necessária. A flexibilização é feita com a participação do sindicato.

Citando ainda Ermida Uriarte, “a desregulamentação imposta tem sido freqüente e cada vez maior na América Latina, uma vez que responde à proposta teórica neoliberal, com a eliminação ou redução da intervenção do Estado protetor do trabalhador individual e restrição da autonomia coletiva, ambas no limite do politicamente possível”. Para o referido autor, “a desregulamentação legislativa teve um importante e pouco lembrado antecedente remoto no Brasil: a Lei n. 5.107/1966, que promoveu a substituição da estabilidade decenal pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Essa reforma foi desreguladora por produzir a abolição da estabilidade absoluta para trabalhadores com mais de dez anos de antiguidade, mas o foi também para os demais ao retirar o desestímulo à dispensa constituído pela indenização”⁵³.

⁵² MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 22.

⁵³ URIARTE, Oscar Ermida. Op. cit., p. 28-29.

Esse novo sistema de dispensa totalmente livre gerou, alimentou e tolerou uma grande predisposição para a dispensa, convertendo-a em uma promoção da rotatividade no emprego, a ponto de, nos últimos anos, o próprio Governo Brasileiro considerar a alta rotatividade no emprego um dos maiores problemas a ser enfrentado pela política trabalhista do país.

Para Otavio Pinto e Silva, “a idéia da flexibilização não deve assustar ninguém, pois em hipótese alguma poderá servir para desmontar o sistema brasileiro de tutela do trabalhador. Flexibilizar não significa desregular, mas sim regular novamente, de modo diferente do que se acha regulado. Em verdade, o que se intenta é apenas aperfeiçoar esse sistema, afastando alguns defeitos que se apresentam e que acabam por atrasar ou dificultar o desenvolvimento do processo econômico”⁵⁴.

Concordamos com o entendimento do autor, na medida em que, de fato, para nós, flexibilizar não significa desregular, mas sim regular novamente, com o objetivo de se adequar determinados aspectos do Direito do Trabalho à cambiante realidade, como forma efetiva de concretização dos direitos trabalhistas no atual contexto globalizado.

Segundo, José Alberto Maciel, a desregulamentação pode ser um “equivoco flagrante que os países em desenvolvimento estão sendo levados a efetuar, em consequência de uma orientação de economistas neoliberais que pretendem a destruição da proteção ao trabalho, como se fosse esse direito empecilho ao desenvolvimento econômico e à integração de novas tecnologias nos países”.

Prossegue o autor e afirma que “deixar em aberto as portas para a desregulamentação, excluir o poder dos sindicatos e evitar totalmente a intervenção estatal no relacionamento social, é o que deseja essa minoria (detentores do poder econômico), que passa a ser maioria em um mundo dirigido pelo capital. É necessário, assim, refletir sobre essa vestimenta que os neoliberais usam e chamam com orgulho de flexibilização”⁵⁵.

⁵⁴ SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho*. São Paulo, LTr, 2004, p. 140.

⁵⁵ MACIEL, José Alberto Couto. Op. Cit., p. 64-65.

A apatia estatal tem dado vazão à criatividade do mercado, que vem criando novas fórmulas de relacionamento trabalhista, normalmente prejudiciais para o trabalhador. Na visão de Agurto Plata, “aquele que está empregado aceita piores condições de trabalho e menor remuneração, para manter-se no emprego ameaçado pela enorme massa de desempregados, que se submete a novos e aviltantes regimes de emprego, por falta de alternativas dentro do mercado formal. Toda uma esfera de direitos e garantias conquistados hoje é desfrutada somente por uma parcela dos trabalhadores. A informalidade é o reflexo maior do câncer social, representado pelo desemprego em países em crescimento”⁵⁶.

Nesse contexto de crescentes taxas de desemprego e informalidade, imperiosa a diferenciação entre flexibilização e desregulamentação, para que sejam denunciados falsos mecanismos intitulados de “flexibilização”, mas que correspondem na prática à verdadeira disposição de direitos indisponíveis do trabalhador.

1.6. EFEITOS DA FLEXIBILIZAÇÃO DIANTE DO PRINCÍPIO PROTETOR

Nas palavras de Rui Barbosa “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigalam, Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade”. As palavras do saudoso jurista sintetizam o escopo do princípio protetor, qual seja, a criação, interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, de maneira favorável ao trabalhador, diante de suas desigualdades frente ao empregador.

Com efeito, o Direito do Trabalho clássico parte da constatação de uma desigualdade, de um desequilíbrio de poder entre o trabalhador individualmente considerado e seu empregador. Nessas condições, seria impossível a livre negociação individual do trabalho prestado em troca de uma remuneração sem criar péssimas condições de trabalho. Daí o surgimento de um Direito do Trabalho protetor da parte fraca nessa relação, proteção tanto de fonte heterônoma como autônoma⁵⁷.

⁵⁶ PLATA, Ludwig Agurto; SILVA, Eliana Aparecida. Taxa natural de desemprego na região metropolitana de São Paulo. In: DIEESE. (Org.). Emprego e desenvolvimento tecnológico: artigos dos pesquisadores. São Paulo: DIEESE, 1999, p. 170.

⁵⁷ URIARTE, Oscar Ermida. Op. cit., p. 24.

Entretanto, as propostas acerca das reformas no ordenamento laboral vêm sendo guiadas, em grande parte, por razões econômicas, em função do aumento da competitividade das empresas e da diminuição do desemprego, no sentido de dotar os atores sociais de maior liberdade. São esses os argumentos favoráveis à transformação do Direito do Trabalho em um direito “flexível”, o que pode, enfim, desfigurá-lo por completo, pelo abandono das disposições protetoras e, conseqüentemente, da garantia de alguma justiça nas relações de trabalho⁵⁸.

Assim, em uma análise inicial, não haveria como compatibilizar a aplicação do princípio protetor com a do princípio da autonomia privada coletiva.

Os fundamentos do princípio da proteção se confundem com os próprios fundamentos que motivaram o surgimento do Direito do Trabalho, vale dizer, a necessidade de valorização do trabalho, o resgate da dignidade do trabalhador enquanto ser humano, a busca da igualdade jurídica, como forma de compensação de uma desigualdade econômico-social.

Diante de tais argumentos, imprescindível, portanto, situar o fenômeno da flexibilização frente ao princípio da proteção, norteador das históricas relações juslaborais, após todo o processo de luta pela valorização de direitos fundamentais inerentes ao trabalhador no cunho da relação empregatícia.

Ao garantir condições básicas a partir das quais se desenvolva a negociação coletiva, a norma protetora busca possibilitar que a expressão da vontade dos trabalhadores seja de fato livre e não resultante da situação de predomínio, na qual se encontra o empregador. A tensão ocorre se este protecionismo acaba por restringir em excesso a atuação dos atores sociais ou, em vez disso, perde-se qualquer proteção em troca de um sistema fundamentado exclusivamente na autonomia coletiva.

Muito se tem discutido acerca dos reflexos da teoria flexibilizadora sobre as normas que regulam as relações de trabalho e, por conseguinte, sobre o princípio protecionista, em seus vários desdobramentos. Não há dúvidas de que o abrandamento de

⁵⁸ GOMES, Ana Virgínia Moreira. A aplicação do princípio protetor no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2001, p. 158

normas rígidas que se mostram incompatíveis com o atual momento histórico do Direito do Trabalho, mediante o denominado processo de flexibilização, incidirá e afetará a essência de proteção universalmente consagrada. Mas o objetivo maior deve ser enfatizado: há continuidade da proteção sim, se estabelecido parâmetros claros de atuação, limites estes que serão estudados de forma detalhada em capítulo posterior.

Muito embora determinados autores entendam que os impulsos tecnológicos da automação, somados à tese da flexibilização das normas laborais sejam elementos indutores de desemprego e precarização do trabalho, e que a flexibilização seria um meio de retrocesso, entendo que tal procedimento, se utilizado com cautela, apenas com o objetivo de adequação dos interesses patronais e empregatícios, poderá trazer amplos benefícios ao Direito do Trabalho.

Os efeitos nefastos da mitigação de determinados direitos trabalhistas, observados nos últimos anos não são consequência do fenômeno da flexibilização, mas sim do uso desenfreado da desregulamentação sob o rótulo de “flexibilização”. A verdadeira disposição de direitos indisponíveis de forma ilimitada fez com que a maioria dos operadores do direito, com razão, passassem a questionar a legitimidade do fenômeno de flexibilização. Entretanto, não se trata de desregulamentação ou de retrocesso em relação aos ideais trabalhistas conquistados, mas apenas uma adaptação à atual conjectura mundial.

Dessa forma, imperiosa, portanto, a presença do Estado, uma vez que a flexibilização legítima tem como um de seus fundamentos básicos, a intervenção do Estado com o objetivo de assegurar, mediante o princípio protetor, uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes. Este é o objetivo da verdadeira flexibilização.

As consequências das propostas de mudanças abusivas, que só ensejam frequentes abusos e indisponibilidade de direitos indisponíveis, não podem ser confundidas com as consequências do fenômeno da flexibilização. Os legítimos instrumentos flexibilizadores são capazes de compatibilizar os interesses das empresas e de seus trabalhadores, de modo a adaptar os preceitos de ordem pública às grandes alterações ditadas pelas crises econômicas e pelo desenvolvimento tecnológico, evitando-se de um lado o desemprego e de outro a disponibilidade de direitos indisponíveis.

Com efeito, imperioso que a flexibilização de determinadas condições de trabalho deva ser assistida por entes coletivos devidamente estruturados, mediante o pleno incentivo à autonomia privada coletiva, desde que observados, por óbvio, os padrões mínimos de proteção. A compatibilização do princípio protetor com a teoria da flexibilização pode ser equacionada por meio da fixação de limites claros ao instituto e da estruturação dos sindicatos envolvidos na negociação coletiva.

Vale frisar, como já foi analisado, que a própria manutenção do princípio clássico de proteção se obtém por meios outros que não apenas pela de norma de origem estatal. Nesse ponto, os interesses e os direitos dos trabalhadores podem ser defendidos, ampliados ou até mesmo restringidos por meio de uma atuação efetiva de entes coletivos bem estruturados. Entretanto, o que se observa na prática são sindicatos desorganizados e desmobilizados, o que acaba por gerar negociações coletivas que afrontam diretamente direitos previstos pela própria Constituição do Brasil.

No caso brasileiro deve ser sempre ressaltada a circunstância de que a legislação básica, aquela que está hoje em vigor em seu núcleo duro, essencial, que não sofreu alterações ao longo do tempo, foi implantada nas décadas de 30 e 40 do século XX, época de autoritarismo e de corporativismo. O Brasil não poderia deixar de sofrer o influxo dessas noções. Entretanto, as circunstâncias de ordem política, econômica e social do começo do século XXI são de todo diferentes, quer do ponto de vista político, quer do ponto de vista econômico, quer do ponto de vista social⁵⁹.

Imperiosa, portanto, a necessidade de se pensar em adaptações do texto celetista à nova realidade econômica e social do século XXI. Adaptações estas norteadas sempre pelo princípio central do Direito do Trabalho, qual seja, o princípio protetor.

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

⁵⁹ ROMITA, Arion Sayão. Fórum Internacional: Flexibilização no Direito do Trabalho. Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, abril de 2003, p. 81.

Para Souto Maior, “a tão propalada ‘flexibilização’, no fundo, é um eufemismo, ou seja, uma maneira amena de se alcançar a redução dos direitos trabalhistas, que, no Brasil, já deu mostras claras de sua falácia, visto que estando entre nós desde 1967, quando fora criado o FGTS para acabar com a estabilidade no emprego, não produziu qualquer resultado satisfatório em termos de melhoria da economia com produção de justiça social”⁶⁰. Assim, para o autor, não haveria como compatibilizar de um lado, a flexibilização e, de outro, o princípio protetor do Direito do Trabalho.

Em relação à compatibilidade entre a flexibilização e o princípio protetor, Octávio Bueno Magano afirma o seguinte: “A ordem pública de proteção não é, portanto, um conceito absoluto, mas relativo. Sempre se admitiu que a norma legal não fosse aplicada, quando pudesse haver a incidência de norma convencional mais favorável ao trabalhador. Por outro lado, sempre se reconheceu a difícil conciliação entre a imperatividade da norma trabalhista e o poder hierárquico do empregador. Agora, em face das exigências de flexibilização do Direito do Trabalho, força será acentuar o caráter relativo da ordem pública trabalhista admitindo-se que as normas asseguradoras de benefícios aos trabalhadores logo se traduzam em direitos, mas direitos passíveis de renúncia ou transação, desde que veiculadas estas através de procedimentos idôneos, como o da convenção ou acordo coletivo (...)”⁶¹.

Manifestamos nossa concordância com o entendimento do supracitado autor, sendo perfeitamente legítima a preocupação da idoneidade dos procedimentos a serem adotados na flexibilização. Daí a necessidade da participação de sindicatos fortes, com reais poderes de representatividade, o que, em tese, garantiria a observância do princípio protetor no momento das celebrações dos acordos e das convenções coletivas.

Resta agora perguntar: seria possível um Direito do Trabalho sem este elemento protetor? Será preservada a dignidade do trabalhador ou regrediremos ao primeiro estágio da prestação de trabalho – o trabalho escravo – que antecedeu a *locatio conductio*, já que a “autonomia da vontade”, do lado do empregado, não existe ou é insuficiente para garantir a equivalência na troca e na composição de interesses?

⁶⁰ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Op. cit., p. 1315.

⁶¹ MAGANO, Octávio Bueno. “A determinação da norma mais favorável”, anais do X Congresso Ibero-americano de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, Montevideo, abril de 1989, Tomo I, os.13 e 14.

A nosso ver, seria inadmissível o afastamento do princípio protetor do Direito do Trabalho, sob a argumentação de “ajustes necessários” para o pleno desenvolvimento econômico de determinado país. Entendemos que tal princípio deve nortear todo e qualquer procedimento flexibilizador, sob pena de afronta aos princípios constitucionais do trabalho previstos no artigo 7º da Magna Carta.

A fragilidade da parte hipossuficiente da relação de trabalho é notória, em um mercado de trabalho, cada dia mais hostil. De fato, verifica-se que a necessidade de ocupação provedora da subsistência do trabalhador ou da melhoria de seus meios, a par da impossibilidade de encontrar trabalho regular, conduz o indivíduo a aceitar a execução de serviços, sem as vantagens do emprego declarado. Entre a falta de trabalho e a redução da proteção social legalmente estabelecida, o trabalhador prefere suportar as consequências da última.

Verifica-se também a ocorrência de fatores de natureza diversificada, que solapam os alicerces do padrão tradicional do emprego. As reestruturações do capital, o progresso tecnológico, as dificuldades econômicas, a redução da duração do trabalho, a afirmação do direito ao lazer, o desenvolvimento do tempo livre, o crescimento do desemprego são algumas causas que concorreram para a desestabilização do emprego típico.

Diante desse cenário assustador, o princípio protetor do Direito do Trabalho deve ser fortalecido, sob pena de retrocesso e verdadeiro retorno às condições de trabalho do início do século XX. Seria impensável admitir-se a argumentação de que as forças de mercado, por si só, teriam o condições de reger, de forma satisfatória, os embates entre empregados e empregadores. Daí porque a flexibilização deve ser pensada tendo como parâmetros legítimos as diretrizes norteadoras do princípio protetor.

Já até se analisaram alguns argumentos que rebatem de forma veemente a utilidade da intervenção do Estado, em especial quando tratam da sua ineficiência econômica, o que acaba por fundamentar a idéia de que as normas protetoras na verdade desprotegem o empregado, isto é, apenas geram disfunções no mercado de trabalho. Este, estando liberto da interferência das normas estatais, passaria a funcionar com maior eficiência, beneficiando a empregados e empregadores. É o chamado processo de

“culpabilização” do Direito do Trabalho: o desemprego, a informalidade e a falta de competitividade das empresas seriam causadas, em boa parte, pela rigidez das normas protetoras, que, em última análise, acarretariam uma situação de maior dificuldade para o trabalhador.

Entretanto, não podemos concordar com as referidas argumentações, uma vez que a intervenção estatal trata-se de medida importante e necessária para a correção de algumas disfunções do mercado de trabalho. A falta de ingerência estatal não ocasionaria necessariamente maior desenvolvimento econômico e, muito menos, teria o condão de melhorar as condições de trabalho do trabalhador. Em países como o Brasil, nos quais os altos índices de informalidade, na prática, revelam uma parcela importante do mercado de trabalho fora da ingerência do Estado, a culpa quase que exclusiva das normas protetoras é ainda mais contraditória. Se tão pouco são aplicadas, não podem ter efeitos tão nefastos.

1.7. FLEXIBILIZAÇÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

José Afonso da Silva define a dignidade da pessoa humana como “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana”⁶².

Após definir o conceito de dignidade da pessoa humana, José Afonso conclui: “Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art.

⁶² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 105.

205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana”⁶³.

Segundo Alexandre de Moraes, “A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos”⁶⁴.

Da análise dos conceitos acima transcritos, verifica-se que o primeiro fundamento do trabalho é o próprio homem. O princípio da dignidade humana não se confunde com o princípio da proteção, pois é superior a ele. Dessa forma, toda e qualquer alteração no contrato de trabalho deve pautar-se, antes da observância de qualquer outro princípio, pela observância do fundamento da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º da Constituição Federal.

Esse fundamento pressupõe várias vertentes. Por exemplo, os controles pessoais no emprego devem ser feitos respeitando-se a dignidade de quem a eles se submeter; as opiniões políticas, sindicais e religiosas devem ser respeitadas, vedando-se ainda a discriminação de qualquer natureza, em função do sexo, cor, idade ou estado civil, além de outras vertentes.

No tocante à flexibilização, o grande desafio que se enfrenta é o de determinar o ponto de equilíbrio entre uma flexibilização sensível às preocupações legítimas das empresas e uma legislação que impeça um retrocesso ao antigo arrendamento de serviços, norteado pela autonomia da vontade, fugindo completamente dos ideais de justiça social.

⁶³ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 105.

⁶⁴ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo, 2003, p. 128.

Especialmente no tocante à flexibilização dos horários de trabalho, a questão das compensações de horários, do labor em horas extraordinárias e das novas escalas de trabalho, o fundamento da dignidade da pessoa humana do trabalhador não pode ser ignorado. Enfatizamos a importância desse fundamento constitucional, diante das arbitrariedades, muitas vezes cometidas sob o rótulo de “flexibilização”, mas que correspondem a verdadeiro atentado aos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

De fato, submeter o empregado a exaustivas jornadas diárias, privando-o de seu convívio familiar e social, sob a argumentação de otimização dos horários de produção corresponde a clara afronta ao fundamento da dignidade humana.

Igualmente, a questão do trabalho extraordinário, para além das forças físicas e mentais do empregado, quando também não é devidamente registrado e pago, constitui grave afronta à dignidade humana do trabalhador. Este, sem condições de insurgir-se contra as condições de trabalho que lhe são impostas e, diante do crescente índice de desemprego, aceita a realização das horas extras.

Entendemos que a flexibilização da jornada de trabalho deve ser pautada não só pelo princípio protetor do Direito do Trabalho, como também pelo fundamento da dignidade da pessoa humana do trabalhador. O empregado deve aceitar os termos da flexibilização não pelo receio da perda do emprego, mas como resultado de negociações legítimas com o empregador, sob a tutela do Estado e do sindicato de classe.

Outro ponto importante diz respeito à incerteza e inconstância das escalas de trabalho. Entendemos que a incerteza quanto ao horário de trabalho traduz-se em afronta ao fundamento da dignidade da pessoa humana, uma vez que o empregado não pode programar sua agenda de compromissos pessoais em determinada semana, diante da incerteza de seus horários de trabalho. Há empregadores que insistem em dizer que a fixação das escalas de trabalho, ainda que de forma incerta e inconstante, está inserida no âmbito do poder diretivo da empresa.

Acreditamos que o empregado tenha direito de conhecer os horários que cumprirá ao longo da semana, com a antecedência necessária para a organização de sua

agenda pessoal, familiar e profissional. A dignidade da pessoa humana do trabalhador deve ser respeitada também nesse aspecto. Os abusos sob a argumentação de simples exercício do “poder diretivo” devem ser coibidos, sob pena de afronta aos princípios insculpidos na Constituição Federal.

Dessa forma, no tocante ao tema da dignidade humana do trabalhador frente às tendências flexibilizadoras, concluimos que nenhum mecanismo flexibilizador pode afrontar esse fundamento do Estado Brasileiro, sob pretextos outros, alheios não somente aos fundamentos constitucionais, como também aos fundamentos norteadores do próprio Direito do Trabalho.

CAPÍTULO II. FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

2.1. POR QUE A FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO?

Como ressalta Arnaldo Süssekind, dentre os princípios que se universalizaram objetivando a proteção do trabalho humano e a dignidade do trabalhador, destaca-se o referente à limitação do tempo de trabalho⁶⁵.

Sob diversos aspectos, é imprescindível estabelecerem-se limites à duração do trabalho. Do ponto de vista social, a limitação da duração do trabalho é fundamental, pois permite ao trabalhador gozar da vida, como um ser humano, participando da comunidade em que vive, podendo praticar atividades esportivas, culturais, aprimorar seus conhecimentos e conviver com sua família⁶⁶.

Hoje, mais do que nunca, a ampliação do tempo livre apresenta-se como exigência vital a todo e qualquer trabalhador. Os excessos de trabalho concorreram decisivamente para males da sociedade hodierna, como a fadiga e as tensões nervosas. O ócio deixou de ser visto como sinônimo de indolência e defeito. É considerado elemento fundamental na vida das pessoas que, em função dele, em grande parte, se organiza.

A relativa autonomia na manipulação do tempo de trabalho favorece mais o obreiro a realizar atividades complementares essenciais ao desenvolvimento da personalidade do ser humano, quais sejam, o convívio familiar, atividades recreativas, culturais, políticas, cívicas, sindicais etc. O trabalhador eleva, assim, o nível de sua existência, tornando-a mais diversificada e atrativa. Por outro lado, aprimora conhecimentos, estendendo as possibilidades de ascensão social e profissional.

Por outro lado, a questão da otimização do tempo por parte das empresas traduz-se em escopo muito almejado na atual conjuntura sócio-econômica, de acirrada competitividade tecnológica. As novas demandas de produção do século XXI desafiam a imaginação dos operadores do Direito. A tradicional jornada de 8 horas diárias cede espaço

⁶⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. Op. cit., p. 802.

⁶⁶ ABUD, Cláudia José. *Jornada de trabalho e a compensação de horários*. São Paulo, Atlas, 2008, p. 17.

para outros tipos de jornadas, com quantidades de horas diferentes, adequados de forma específica para cada ramo de atividade econômica, seja ele da indústria ou de serviços.

A demanda por novos tipos de jornada de trabalho surgiu como forma de atender não somente às necessidades de empregadores com peculiaridades específicas, mas também como forma de propiciar ao trabalhador melhor disposição de seus horários de trabalho, com a otimização de seu tempo e melhor organização de sua agenda pessoal, de acordo com as demandas específicas de seu trabalho.

Assim, a flexibilização da jornada de trabalho pode ser definida como uma prática em que cada trabalhador tem a permissão de arranjar sua entrada ou saída na empresa para atender a seus próprios compromissos, trabalhando dentro de um horário fixo a cada dia. Distingue-se o horário flexível do horário livre. Neste, o empregado trabalha no horário que deseja, no primeiro deve ter presença obrigatória em certos horários determinados pelo empregador, dentro de um limite mínimo e máximo de trabalho⁶⁷.

Com efeito, podemos verificar no Brasil, o processamento de relevantes mudanças, em múltiplos aspectos que dizem respeito à relação de trabalho. Essas mudanças vêm sendo impulsionadas pelos imperativos decorrentes das novas fórmulas de produção econômica da era pós-industrial, com sua acirradíssima competitividade, a exigir maior produtividade, com menores custos e maior velocidade.

Segundo Robortella, tal discussão apresenta inclusive, contornos mais temerários em países como o Brasil, pois a situação vivida aqui pelos trabalhadores revela que a baixa remuneração, aliada à pequena influência da negociação entre os atores sociais, a importância econômica dos segmentos não legalizados, nos quais se pode ver uma recusa explícita ao cumprimento de normas destinadas a proteger o trabalhador, resultam em campo desfavorável para as propostas tendentes ao fim da regulação estatal do mercado de trabalho⁶⁸.

Entretanto, pode-se perceber que a flexibilização dos horários de trabalho não é decorrência apenas do desemprego e não tem por objetivo criar novos postos de

⁶⁷ MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 77

⁶⁸ ROBOTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno direito do trabalho*, São Paulo, LTr, 1994, p. 123.

trabalho, mas sim é resultado de profundas modificações que vêm ocorrendo na sociedade, em seus modos de produção e de vida, que sobrevêm como reflexo nas mudanças das estruturas normativas referentes aos horários de trabalho.

Assim, verifica-se que a flexibilização da jornada de trabalho possibilita a organização do tempo de trabalho de cada um, de acordo com os demais interesses e necessidades pessoais, e, tendo em vista o período do dia em que a pessoa apresenta mais vigor e disposição física. Dessa forma, harmonizam-se os interesses do empregado com os do empreendimento.

Importante também ressaltar que o fenômeno da globalização trouxe a intensificação do comércio e um brutal aumento das atividades no setor da prestação de serviços, apontando para uma maior abertura do mercado de trabalho, fora de esquemas muito rígidos ou tradicionais. Verificamos, assim, que a questão que mais aflige os economistas está ligada à necessidade das empresas de responderem com agilidade às variações do livre jogo de mercado, em especial quando se constata que estamos vivendo uma época de rápido desenvolvimento de novas tecnologias e de incremento da concorrência.

Competitividade e produtividade são palavras-chave na atual conjuntura econômica, de tal forma que surgiu com bastante intensidade a demanda pela flexibilização do modelo das relações de trabalho. Assim, o que se percebe atualmente, então, é a preocupação dos juristas em redefinir a regulamentação das relações de trabalho, na árdua tarefa de fazer com que o direito do trabalho possa manter a sua histórica vocação de proteção aos “hipossuficientes”, sem que isso signifique um obstáculo para o desenvolvimento da economia⁶⁹.

O certo é que “assistimos às transformações do mundo das relações de trabalho numa sociedade que produz mais com pouca mão-de-obra. A tecnologia mostrou o seu lado cruel: a substituição do trabalho humano pelo *software*; a desnecessidade, cada vez maior, de um quadro numeroso de empregados para obter os mesmos resultados com redução da demanda de trabalhadores; a informatização e a robótica como principais fatores do crescimento da produtividade; o aumento do desemprego em escala mundial; o

⁶⁹ SILVA, Otavio Pinto e. Op. cit., p. 139.

avanço da sociedade de serviços maior que a sociedade industrial; novas profissões; sofisticados meios de trabalho. Enfim, uma realidade bem diferente daquela na qual o direito do trabalho nasceu”⁷⁰.

A revolução tecnológica nos campos da informática e a automação das últimas décadas tornou o mundo pequeno e integrado. As informações ultrapassam velozmente as barreiras nacionais e se incorporam nos processos produtivos em todas as partes do mundo, gerando novas formas de relacionamento entre empregados e empregadores. A invasão mundial das inovações tecnológicas e novas formas de gestão decretaram o fim da geografia e transformou os mercados nacionais em peças integradas da economia global⁷¹.

Outro aspecto importante a ser analisado é a diferenciação entre horário flexível de trabalho e flexibilização do horário de trabalho. O que a princípio pode parecer uma mera inversão na ordem das palavras, sem qualquer alteração semântica, na verdade se refere a dois conceitos distintos.

O horário flexível é apenas uma das possibilidades de flexibilização do horário de trabalho e pode ser entendido como uma maneira de organizar o tempo entre o horário de trabalho e o horário em que não se trabalha. É uma forma utilizada para que o empregado possa melhor dispor de seu tempo pela escolha pessoal da jornada que vai seguir.

Já a flexibilização do horário de trabalho se refere a todo um conjunto de mudanças, quanto às normas trabalhistas e as formas de prestação de serviços ou tarefas e apenas nos aspectos relacionados ao aumento da autonomia do trabalhador, quanto à escolha dos horários em que trabalhará e os em que não trabalhará, isto é claro, respeitadas as regras de horário flexível adotadas pela empresa em que o trabalhador cumpre o seu trabalho. Nesse contexto, o horário flexível pode ser entendido como uma modalidade,

⁷⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Um terceiro caminho para o Direito do Trabalho, in *A transição do Direito do Trabalho no Brasil* – Estudos em homenagem a Eduardo Gabriel Saad, São Paulo, Ltr, 1996, p.16.

⁷¹ PASTORE, José. Op. cit., p.119.

dentro de um conjunto maior de medidas maleabilizadoras, qual seja, a flexibilização do horário de trabalho⁷².

Percebe-se, dessa forma, a importância de se conceber a jornada de trabalho sob um novo enfoque, privilegiando-se a otimização do tempo de empregados e empregadores, como forma de equacionar de um lado, o anseio dos trabalhadores pela melhor disposição de seus horários e, de outro, o anseio dos empregadores pelo aumento da produção e por maiores vantagens na competitividade de mercado.

Entretanto, há que se ter cautela no tocante à generalização da flexibilização da jornada de trabalho, sob pena de haver a desenfreada disposição de direitos contidos em núcleo intangível, previsto pela Magna Carta. Ao mesmo em que se ressalta a importância do mecanismo ora analisado, é preciso também traçar limites claros no tocante à matéria, como, por exemplo, a efetiva participação dos sindicatos nas negociações de acordos e convenções coletivas que versarem sobre o assunto.

Segundo Orlando Gomes e Elson Gottschalk o princípio de *ordem pública*, de que se revestem as leis sobre horário e jornada, pode ser abrandado diante de conjuntura econômica desfavorável para as empresas, e devidamente comprovada e reconhecida pelos próprios interessados, que se manifestam, através de chancela do sindicato de classe, pela redução de horário de trabalho. Afirmam os autores que a disponibilidade do referido direito previsto pela Constituição Federal deve estar condicionada inteiramente aos limites claros fixados pela própria Carta Magna⁷³.

Assim, das conclusões dos referidos autores, poder-se-ia dizer que as mudanças advindas da flexibilização da jornada de trabalho devem estar estritamente condicionadas aos parâmetros estabelecidos pela Constituição. A importância do instituto é notória, devendo-se, entretanto, ser utilizado com cautela, diante de limites claros, sob pena de ocorrer a mitigação de direitos indisponíveis dos trabalhadores.

⁷² NASCIMENTO, Sônia A. Costa Mascaro. *Flexibilização do horário de trabalho*. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo, 2001, p. 139.

⁷³ GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro, 18ª Ed., Editora Forense, 2008, p. 302.

2.2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA A FLEXIBILIZAÇÃO DO HORÁRIO DE TRABALHO

A flexibilização da duração de trabalho fez-se presente na Constituição da República de 1988, em seu artigo 7º, incisos XIII e XIV, onde se consagram como direitos do empregado: primeiro, a duração do trabalho normal não superior a quarenta e quatro horas semanais, possibilitando a compensação dos horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; e segundo, a jornada de seis horas para o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.

Já o inciso XXVI do artigo 7º da Carta Magna reconheceu não só as convenções coletivas, mas também os acordos coletivos de trabalho. O inciso VI do artigo 8º estatuiu a obrigatoriedade da participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho⁷⁴. Note-se que houve notório escopo de prestigiar a autonomia privada coletiva, sendo que para determinados assuntos a flexibilização negociada ou assistida é expressamente indicada.

2.3. ACORDO INDIVIDUAL PARA COMPENSAÇÃO DE HORAS TRABALHADAS

Compensar, conforme o dicionário Aurélio de língua portuguesa, significa “contrabalançar”, “equilibrar”, “reparar”. Nesse sentido, em linhas gerais, entende-se por compensação de horas a disposição flexível das horas de trabalho, de forma que em alguns dias se trabalhe além da jornada normal, como forma de repor os dias em que trabalhou menos horas, ou então se pode ter um crédito de horas, em favor do trabalhador, que cumpre uma jornada maior em alguns dias e menor em outros.

Assim, em síntese, o acordo ou compensação de horas é o ajuste feito entre empregado e empregador para que o primeiro trabalhe mais horas em determinado dia para prestar serviços em número de horas inferior ao normal em outros dias.

⁷⁴ MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 498-499.

Como vimos no tópico acima, o inciso XIII do artigo 7º da Constituição Federal, limita a duração do trabalho e possibilita a compensação de horários mediante “acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

Da análise do preceito constitucional, a primeira discussão que se trava está relacionada à possibilidade de pactuar a compensação da jornada de trabalho por acordo tácito, acordo individual ou, exclusivamente, por instrumento normativo decorrente de acordo ou convenção coletiva de trabalho.

No tocante ao acordo tácito, é majoritário na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o simples acordo ajustado tacitamente pelas partes é inválido. Concordamos com o referido posicionamento, que está, inclusive, sedimentado pela Súmula n. 85 do Tribunal Superior do Trabalho.

A maior controvérsia, a nosso ver, diz respeito à validade do acordo individual para a compensação de horas trabalhadas. Parte da doutrina entende que o acordo a que se refere o inciso XIII do artigo 7º da Constituição Federal e o 2º do artigo 59 da CLT, trata-se, na verdade de acordo exclusivamente coletivo.

Com efeito, Amauri Mascaro Nascimento afirma que “o sistema de compensação de horas é formalizado através de negociação coletiva da qual resulta um acordo ou uma convenção coletiva de trabalho”⁷⁵.

Já Sergio Pinto Martins, embora afirme que o acordo deva ser coletivo, esclarece que a interpretação sistemática da Constituição Federal permite ao intérprete concluir que se trata de acordo individual⁷⁶.

Segundo Cláudia José Abud, “a interpretação gramatical não esclarece a questão de forma definitiva. A ambiguidade da expressão “acordo ou convenção coletiva” existe porque o adjetivo “coletiva” pode, a depender da interpretação, incidir somente sobre o substantivo que lhe precede, convenção, ou sobre ambos os substantivos. É verdade que o adjetivo pode concordar com o substantivo mais próximo, mas,

⁷⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 238.

⁷⁶ MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 508.

frequentemente, isso causa problemas à interpretação. Por isso, como a regra geral da língua é que o masculino é um gênero englobante, não marcado, a melhor construção para eliminar a ambiguidade é “acordo e convenção coletivos”, pois, sem a menor dúvida, o adjetivo qualificaria ambos os substantivos”⁷⁷.

Como o legislador constituinte não utilizou a expressão gramatical por último citada, permanece a dúvida quanto ao sentido do adjetivo “coletiva”. Dessa forma, diante das possíveis interpretações da palavra “acordo”, contida no inciso XIII da Constituição Federal, entendemos que, após análise mais detida sobre assunto, é possível concluir que se trata de acordo individual.

Isso porque “pelo método lógico-sistemático de interpretação concluímos, portanto, que se o legislador utilizou somente no inciso XIII do art. 7º a expressão ‘acordo ou convenção coletiva de trabalho’, é porque pretendia que o acordo fosse individual. Do contrário, teria usado as expressões que não deixam dúvidas quando à compreensão do termo acordo, como: “negociação coletiva”, “convenções e acordos coletivos”, como sugerido em nossa análise gramatical”⁷⁸.

Concordamos com o entendimento da referida autora. Isso porque, da análise do histórico da matéria em período anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, a lei ordinária previa a compensação de horários e o acordo individual era válido, com ampla aceitação por parte da doutrina e da jurisprudência.

Ademais, verifica-se também que na prática, sempre houve ampla aceitação do acordo de compensação individual quando previa hipóteses favoráveis ao empregado, como a compensação dos sábados e das pontes, em feriados. Dessa forma, não seria razoável concluir que a Magna Carta, mesmo em hipóteses favoráveis ao trabalhador, pretendesse restringir o acordo benéfico entre as partes.

Importante também frisar que no âmbito das empresas de pequeno porte, a convenção e o acordo coletivo são instrumentos mais raros de celebração. Tal fato corrobora nosso entendimento, uma vez que, por mais esse motivo, seria razoável

⁷⁷ ABUD, Cláudia José. Op. cit., p. 107

⁷⁸ ABUD, Cláudia José. Op. cit., p. 108.

interpretar que a Magna Carta optou por tornar mais viável o regime de compensação através do acordo individual.

2.4. BANCO DE HORAS E A NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Algumas das principais reivindicações dos trabalhadores nas negociações de flexibilização de jornada têm se pautado principalmente pela reivindicação de redução da jornada média semanal e participação do sindicato nos mecanismos de compensação de jornada. Em algumas das negociações, os trabalhadores buscam assegurar ainda, a manutenção dos níveis de emprego.

As modalidades de compensação atingem um número por demais expressivo e as possibilidades são consideravelmente diversas, conforme o tratamento dispensado aos fatores envolvidos pelas partes contratantes. Com efeito, a grande maioria dos mais recentes acordos coletivos de compensação, firmados entre as empresas e os sindicatos representativos dos empregados, têm contemplado a implantação de bancos de horas, quer como acordo principal, quer como parte de acordos maiores.

Esses instrumentos normativos têm sido acordados em função da instabilidade do mercado, o que obriga as empresas a se adequarem a períodos de ociosidade do parque fabril. As empresas têm que aumentar ou diminuir sua produção durante essas mudanças conjunturais e o fator mão-de-obra não deve representar um entrave para essas rápidas adequações, desde que a empresa entenda necessário serem mantidas a mesma qualidade e competitividade de seus produtos⁷⁹.

Em atenção à essas novas demandas, a Lei n. 9.601/1998 alterou o artigo 59 da CLT e criou uma modalidade especial quanto à compensação de horas de trabalho. Inicialmente, a redação original dada à referida lei ordinária, previa que a compensação seria realizada no prazo máximo de 120 dias. Contudo, o Poder Executivo estabeleceu pela Medida Provisória n. 1.709 o critério anual para a compensação, a qual foi objeto de inúmeras reedições subsequentes até a MP n. 2.164-41, de 24 de agosto de 2001, que alterou de vez o prazo compensatório, instituindo a compensação pelo período de um ano.

⁷⁹ NASCIMENTO, Sônia A. Costa Mascaro. Op. cit., p. 171.

Dessa forma, após a vigência da referida lei, pelo regime da compensação anual de horas, os trabalhadores passaram a ter a alternativa de prestar serviços além de sua jornada normal de trabalho, sem o pagamento normal delas com o respectivo adicional, desde que compensadas com folgas, no período de um ano.

No contexto das divergências mais significativas acerca do tratamento que a ordem constitucional teria fixado com relação ao regime de compensação de jornada, há um importante debate a ser destacado: o parâmetro temporal máximo cabível para a compensação pactuada (semana, mês ou ano)? A partir da Lei n. 9.601, em vigor desde 22.01.1998, ficou expressamente autorizada a pactuação de regime compensatório de jornada à base do parâmetro anual (art. 6º, Lei 9.601/98, dando nova redação ao art. 59, § 2º, da CLT).

Para Mauricio Godinho Delgado, “a pactuação de horas complementares à jornada padrão que extenua o trabalhador ao longo de diversas semanas e meses, cria riscos inevitáveis à saúde e segurança daquele que presta serviços, deteriorando as condições de saúde, higiene e segurança no trabalho (em contraponto, aliás, àquilo que estabelece o art. 7º, XII, da Carta Magna). O regime de compensação anual, desse modo, escapa à dubiedade instigante que respondia pelo prestígio do mecanismo compensatório no estuário normativo da CF, já que deixa de ser manejado em extensão ponderada, perdendo, nesse aspecto, o caráter de vantagem trabalhista em benefício recíproco de ambas as partes contratuais. A agressão que propicia à saúde, higiene e segurança laborais já obscurece o sentido favorável ao trabalhador de que era ele classicamente dotado”⁸⁰.

Concordamos com o posicionamento do referido autor, tendo em vista que o mecanismo, antes manejado com prudência e em extensão ponderada, tendia a favorecer não somente ao empregador, mas, também, de modo incontestável, ao próprio empregado. Isso porque o mecanismo permitia a concentração mais racional do tempo do obreiro nas atividades laborativas, alargando-se, em contrapartida, o tempo para livre disponibilidade pessoal, sem prejuízo às cautelas recomendáveis no tocante à saúde e segurança laborais.

No instante em que o legislador infraconstitucional criou no país, novo tipo de regime compensatório, distinto daquele até então vigente e, adicionalmente,

⁸⁰ DELGADO, Mauricio Delgado. Op. cit., p. 865-866.

prejudicial à saúde e segurança da pessoa humana prestadora de serviços empregatícios, não pode determinar que tal regime prejudicial, redutor de direitos e vantagens trabalhistas, seja pactuado sem o manto protetivo da negociação coletiva.

Cláudia José Abud aborda outro importante aspecto no tocante a compensação anual de horas: “no sistema de compensação de horários, a folga compensatória não leva em consideração o acréscimo de 50% sobre a hora trabalhada, como ocorre na prorrogação da jornada em regime de horas extras (art. 7º, inciso XVI); o empregado que, por exemplo, extrapolou a jornada em uma hora, não terá direito a uma hora e meia de folga, mas sim à hora simples. O sistema, como está, é prejudicial à saúde do empregado, que poderia descansar por mais tempo e, dessa forma, reduzir os riscos a sua saúde”⁸¹.

Há também outros fatores que fazem com que o banco de horas seja visto como mecanismo não tão benéfico ao trabalhador. Isso porque “se a empresa não observar o prazo anual para concessão das folgas compensatórias, terá que remunerá-las como horas extras, ou seja, acrescidas de 50%. Como o prazo para a compensação é anual, somente ao final de um ano o pagamento dessas horas será realizado. Se o limite temporal da compensação fosse, por exemplo, mensal, nessa situação a empresa seria obrigada a pagar as horas não compensadas como o acréscimo de 50% no final do mês trabalhado. Portanto, para o empregado que tem direito a receber as horas não compensadas como horas extraordinárias, o prazo de um ano lhe traz prejuízo financeiro”⁸².

Após detida análise dos parâmetros estabelecidos para o funcionamento da compensação anual de jornada de trabalho, verificamos que o mecanismo atende muito mais aos interesses do empregador do que os do próprio empregado. Isso porque além de o empregador economizar no pagamento das horas extras laboradas, pode pagá-las no prazo de até um ano após a realização do trabalho.

Outra discussão importante que tem surgido em relação ao banco de horas é a seguinte: questiona-se o possível desvirtuamento do sistema de compensação de horas quando o empregado preste horas além do limite de duas horas compensáveis diárias.

⁸¹ ABUD, Cláudia José. Op. cit., p. 119.

⁸² ABUD, Cláudia José. Op. cit., p. 120.

Em nosso entendimento, quando o empregado trabalha além do limite de duas horas compensáveis diárias, ocorre o desvirtuamento do instituto. Na verdade, o que ocorre é que as horas, além do limite, devem ser remuneradas como horas extraordinárias, e também as demais horas, excedentes à jornada de trabalho normal. Entendimento diverso a esse constituiria empecilho à adaptação do tempo de trabalho às necessidades da nova era: qualificação profissional, abertura de novos postos de trabalho e mais tempo para o trabalhador dedicar-se à sua família⁸³.

Caso a rescisão do contrato de trabalho ocorra antes que exista a compensação integral da jornada extraordinária, fará o trabalhador jus ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão. Ademais, entende-se que qualquer frustração aos requisitos e funcionamento regulares do banco de horas produzirá o pagamento da jornada em excesso como horas extras.

Por fim, tem-se verificado acirrado debate acerca do instrumento jurídico autorizador do sistema de compensação anual previsto no atual § 2º do artigo 59 da CLT.

Parte significativa da doutrina entende que o banco de horas pode apenas ser firmado por acordo e convenção coletivos. A corroborar tal entendimento, citamos Arnaldo Süssekind: “o acordo a que se refere § 2º do art. 59 da CLT é o coletivo”⁸⁴.

No mesmo sentido, Mauricio Godinho Delgado afirma o seguinte: “no instante em que o legislador infraconstitucional criou, no país, novo tipo de regime compensatório, distinto daquele até então vigente e, adicionalmente, prejudicial à saúde e segurança da pessoa humana prestadora de serviços empregatícios, não pode determinar que tal regime prejudicial, redutor de direitos e vantagens trabalhistas, seja pactuado sem o manto protetivo da negociação coletiva”⁸⁵.

Concordamos com o entendimento de Arnaldo Süssekind e Mauricio Godinho Delgado, no sentido de que somente será válido o acordo anual de compensação

⁸³ NASCIMENTO, Sônia A. Costa Mascaro. Op. Cit., p. 163.

⁸⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. Op. cit., p. 815.

⁸⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit., p. 868-869.

de jornada pactuado pelos instrumentos formais da negociação coletiva trabalhista. Isso porque a Constituição da República não permite que a transação meramente bilateral pactue medida desfavorável à saúde e segurança dos trabalhadores.

2.5. CONTRATO DE TRABALHO A TEMPO

O trabalho em regime de tempo parcial, pelas novas regras do art. 58-A da CLT, é tipificado como “aquele cuja duração não exceda a vinte e cinco horas semanais”. O tipo legal celetista passa a ter limites máximos precisos: 25 horas semanais. A figura em exame submete-se a certas regras jurídicas específicas. Tratam elas da proporcionalidade salarial, do sistema de férias anuais remuneradas e da vedação dirigida à extrapolação da jornada laborativa pactuada.

No tocante à proporcionalidade salarial, trata-se de efeito jurídico clássico a qualquer sistema de jornada contratualmente reduzida, cujo salário seja estimado à base horária. Assim, o empregado, sob regime de tempo parcial, ganhará proporcionalmente àqueles que cumprem as mesmas funções em tempo integral.

Trata-se do princípio da equiparação salarial da CLT, devendo-se sublinhar que empregados de idêntica função são aqueles que exercem a mesma atividade com a mesma perfeição técnica, produtividade cuja diferença de tempo na função não seja maior do que dois anos. A fórmula do pagamento, por conseguinte, será obtida pela transfixação do salário funcional, em salário hora, pagando-se ao empregado o número de horas efetivamente trabalhadas.

Com efeito, a lei veio consolidar um posicionamento, embora tímido, da doutrina e da jurisprudência, no que se refere ao salário mínimo, de guardar proporcionalidade com a quantidade de horas trabalhadas, permitindo-se assim, que o empregado receba salário inferior ao mínimo legal, quando a jornada efetivamente contratada e trabalhada de modo efetivo for inferior a 8 (oito) horas diárias ou 44 (quarenta e quatro) horas semanais.

“No tocante às férias anuais remuneradas, dispõe o novo art. 130-A, da CLT, que a duração deste instituto relativamente aos obreiros submetidos a regime de tempo parcial será menor do que o padrão estabelecido para os demais trabalhadores (30 dias, art. 130 da CLT)”⁸⁶.

Temos a jornada a tempo parcial como regime alternativo a determinados empregados, tais estudantes, mulheres casadas ou com filhos, bem como empregadores que não precisem de empregados em regime total, ou que almejem, face às dificuldades atravessadas pelas empresas, viabilização para a propositura de alternativas aos empregados, evitando demissões.

Por conseguinte, o cerne da jornada a tempo parcial não pode ser interpretado como imposição legal para a redução de salários ou direitos trabalhistas, mas sim uma proposta atual e pertinente, oriunda dos altos índices de desemprego nacional e internacional, cuja eficácia vem sendo demonstrada em sua aplicação prática.

A Medida Provisória 1.709/98, responsável pela introdução do artigo 58-A da CLT, proíbe as horas extraordinárias aos contratados em regime de trabalho a tempo parcial.

Mauricio Godinho Delgado afirma que “as alterações redutoras da duração do trabalho decorrentes de ato unilateral do empregador ou bilateral das partes somente serão lícitas, regra geral, se não produzirem qualquer correspondente diminuição no salário do empregado (conjugação do art. 468 da CLT, com o art. 7º, VI, da Constituição, a par do princípio da inalterabilidade contratual lesiva)”⁸⁷.

Já em relação à diminuição da jornada de trabalho, acompanhada de redução salarial, o § 2º do artigo 58-A consolidado estabelece expressamente que “para os atuais empregados, a adoção do regime de tempo parcial será feita mediante opção manifestada perante a empresa, na forma prevista em instrumento decorrente de negociação coletiva”.

⁸⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit., p. 911.

⁸⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit., p. 912.

2.6. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO

O inciso XIV do art. 7º da Constituição Federal fixa jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.

O trabalho por turno é aquele em que grupos de trabalhadores se sucedem nas mesmas máquinas do empregador, cumprindo horários que permitam o funcionamento ininterrupto da empresa. O substantivo “turno” refere-se, portanto, às divisões dos horários de trabalho, dizendo respeito ao trabalhador, ao que este faz, tendo em vista a onerosidade do trabalho desenvolvido pelo obreiro e o fato de o trabalho em turnos ser prejudicial à saúde do empregado, principalmente porque em uma semana trabalha pela manhã, na outra à tarde e na seguinte à noite⁸⁸.

O substantivo “revezamento” trata dos trabalhadores escalados para prestar serviços em diferentes períodos de trabalho (manhã, tarde ou noite), em forma de rodízio. É a troca de posição dos trabalhadores, a substituição de um empregado por outro no posto de trabalho. Geralmente, o revezamento é feito por turmas ou por equipes, mas nada impede que seja feito por um ou alguns trabalhadores, como ocorre com os vigias.

Por “ininterrupto” entende-se o sistema contínuo, habitual, seguido, de trabalho em turnos. A ininterruptividade vai dizer respeito à forma como a empresa opera, no sentido de que uma turma termina a jornada e imediatamente é substituída por outra, e também de o trabalhador prestar serviços, por exemplo, nos três horários anteriormente mencionados⁸⁹.

Portanto, por turno ininterrupto de revezamento deve-se entender o trabalho realizado pelos empregados que se sucedem no posto de serviço, na utilização dos equipamentos, de maneira escalonada, para períodos distintos de trabalho.

Francisco Antonio de Oliveira alerta para os efeitos danosos na vida social do empregado, afirmando que “os turnos ininterruptos de revezamento certamente o

⁸⁸ MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 508.

⁸⁹ MARTINS, Sergio Pinto. Op cit, p. 509 e 510.

afastarão da convivência dos seus familiares e do seu círculo social, posto que, quando não estiver trabalhando, estará dormindo ou, pelo menos, descansando, se é que conseguirá dormir”⁹⁰.

Por essas razões, a finalidade do dispositivo constitucional foi reduzir a jornada de trabalho realizada em turno, em razão do maior desgaste que sofrem estes empregados.

Com efeito, verifica-se o enquadramento no tipo legal em exame o sistema de trabalho que coloque o empregado, alternativamente, em cada semana, quinzena ou mês, em contato com as diversas fases do dia e da noite, cobrindo as 24 horas integrantes da composição dia/noite. Daí a idéia de falta de interrupção no sistema do trabalho, sob a ótica do trabalhador (turnos ininterruptos).

Os turnos ininterruptos de revezamento aplicam-se a qualquer tipo de atividade ou profissão, como nas siderúrgicas, empresas que exploram atividades petrolíferas, vigias, porteiros, hospitais. O direito à jornada de seis horas pertence ao trabalhador urbano e rural, além do avulso, que tem igualdade de direitos com os demais trabalhadores.

A situação enfocada pela Constituição configura-se caso o trabalhador labore ora essencialmente pela manhã, ora essencialmente pela tarde, ora essencialmente pela noite, por ser flagrante a agressão que semelhante sistemática de organização laboral impõe ao organismo do trabalhador. É a essa sistemática de trabalho que a Constituição pretendeu atingir, reduzindo o desgaste do trabalhador, ao proporcionar-lhe jornada mais estreita de trabalho.

O trabalho em turnos ininterruptos de revezamento, em todo o mundo, é objeto de um tratamento especial, uma vez que se reconhece serem extremamente penosas as condições a que estão expostos aqueles que têm de se submeter a esse regime. Entre os principais aspectos negativos do trabalho, em turnos de revezamento, destacam-se os seguintes:

⁹⁰ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Manual de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- a) redução da capacidade de recuperação do desgaste físico e mental, devido à alternância do horário de sono, principalmente em função da jornada de trabalho noturna;
- b) desorganização do ciclo biológico do trabalhador, com a alternância frequente de seus horários de sono, alimentação e metabolismo;
- c) diminuição da segurança no trabalho, com conseqüente elevação dos riscos de acidentes, devido ao sono e cansaço;
- d) dificuldades na organização da vida privada, fora do local de trabalho, com graves prejuízos, no que se refere ao convívio familiar e outras atividades sociais, educacionais ou de reciclagem profissional.

Caracterizado o turno e o empregado trabalhando mais de seis horas, terá direito às horas extras e ao adicional respectivo a partir da 7ª hora diária, pois a partir desta não foi remunerado seu trabalho, já que era obrigado a cumprir apenas seis horas. A jornada normal é de seis horas, e o que for trabalhado além de seis horas será anormal ou extraordinário, devendo ser pagas as horas extras e o adicional.

O empregador também deverá obedecer à orientação da Súmula 110 do TST, que esclarece que “no regime de revezamento, as horas trabalhadas em seguida ao repouso semanal de 24 horas, com prejuízo do intervalo mínimo de 11 horas, consecutivas para descanso entre jornadas, devem ser remuneradas com extraordinárias, inclusive com o respectivo adicional.”

O mecanismo definido na Constituição prevê, ainda, a possibilidade de sua própria flexibilização, mediante negociação coletiva. Isso permitiu que várias categorias optassem pela manutenção de jornadas de oito horas diárias, em troca de folgas mais prolongadas, ficando assegurada a redução da jornada anual.

2.7. ESCALAS 12 X 36 HORAS

Muito se tem discutido na doutrina e na jurisprudência acerca da validade das chamadas escalas 12 x 36 (doze horas de trabalho por trinta e seis horas de descanso). Isso porque apesar de o § 2º do artigo 59 da CLT limitar a jornada de trabalho diária a dez horas quando da compensação de horários, alguns acordos e convenções coletivos de trabalho têm celebrado cláusulas de regime de trabalho em escalas 12 x 36.

Cláudia José Abud afirma que “na doutrina e na jurisprudência, na maioria das opiniões, sempre se teve como válido tal procedimento, ressaltando-se o respeito aos instrumentos normativos, garantido pelo inciso XXVI do art. 7º da Constituição, e pelo fato de que o descanso de trinta e seis horas, após uma jornada prolongada, é mais benéfico ao empregado, pois assim ele pode usufruir melhor seu repouso.”

Prossegue a autora afirmando que “embora constitua prática antiga em alguns setores, como nos estabelecimentos hospitalares, a escala 12 x 36 sempre teve cunho excepcional, pois faz ultrapassar o limite diário de trabalho previsto em nosso ordenamento jurídico”⁹¹.

Arnaldo Süssekind entende que “desde que a jornada 12 x 36 seja encetada através de acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho, não há ilegalidade. Explica o autor que “as jornadas 12 x 36 horas, praticadas há muito tempo nos hospitais, têm hoje o amparo do art. 7º, XIII, da Constituição, desde que estipuladas em convenção ou acordo coletivo”⁹².

Para Sergio Pinto Martins, “é lícito o regime 12 x 36, por ser superior a 10 horas diárias, pois a Constituição não fixa qualquer limite para compensação”. Segundo o autor, os limites devem ser fixados por meio de convenção ou acordo coletivos⁹³.

Em sentido contrário, Jorge Luiz Souto Maior afirma seu posicionamento quanto à ilegalidade da jornada de trabalho em escalas 12 x 36. Assim afirma o autor: “O revezamento 12 x 36 fere, frontalmente, a Constituição e a lei. A lei não permite trabalho

⁹¹ ABUD, Cláudia José. Op. cit., p. 133.

⁹² SÜSSEKIND, Arnaldo. Op. cit., p. 816.

⁹³ MARTINS, Sergio Pinto. Op. cit., p. 512.

em horas extras de forma ordinária. E, se houver trabalho em hora extra, a jornada não pode ultrapassar a 10 horas. No regime 12 x 36 há trabalho frequente além de oito horas diárias, portanto, horas extras (o fato de ser remunerado como tal, ou não, não afeta a realidade, pois hora extra é a hora que ultrapassa o limite máximo da jornada normal) e há trabalho com jornada superior a 10 horas. O descanso a mais que se dá, com a folga no dia seguinte, primeiro não retira a ilegalidade e segundo, sob o aspecto fisiológico, não repõe a perda sofrida pelo organismo, ainda mais sabendo-se, como se sabe, que no dia seguinte o trabalhador não descansa, ocupando-se de outras atividades e mesmo vinculando-se a outro emprego. Uma jornada de 12 horas vai contra todos os preceitos internacionais de direitos humanos”⁹⁴.

No mesmo sentido, Cláudia José Abud, entende que “o regime especial de escala de trabalho 12 x 36 é ilegal, pois viola o disposto no § 2º do art. 59 da CLT, assim como transgredir os princípios e dispositivos constitucionais que garantem o direito à saúde e à dignidade do trabalhador”⁹⁵.

Concordamos com o entendimento de Souto Maior e Cláudia Abud, por defendermos a ilegalidade das jornadas de trabalho em escalas 12 x 36. Isso porque o § 2º do artigo 59 da CLT prevê expressamente o limite máximo de 10 horas diárias de trabalho, no regime de compensação de horários.

Além do mais, verifica-se, na prática, o trabalho frequente além da jornada regular de 8 horas diárias prevista pela Constituição Federal. Além de representar o labor constante em horas extras, pior, representa também o constante labor em jornada superior à prevista pelo próprio artigo 59 da CLT, qual seja 10 horas.

Não se pode aceitar a argumentação de que a extensa jornada de 12 horas em um dia seja compensada com um período maior de descanso no dia seguinte. Isso porque, sob o aspecto fisiológico, a perda sofrida pelo organismo do trabalhador não é reposta pela folga concedida posteriormente.

⁹⁴ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Em defesa da ampliação da competência da Justiça do Trabalho. *Revista LTr*, n. 70, v. 13, janeiro/2008.

⁹⁵

Os prejuízos trazidos ao trabalhador são inúmeros. Entre eles podemos citar:

- a) o aumento dos níveis de estresse;
- b) desgaste físico irreparável;
- c) comprometimento do convívio familiar e social;
- d) doenças diversas decorrentes da fadiga e do estresse;
- e) acúmulo de trabalho quando o trabalhador opta por complementar

sua renda mensal, laborando também nos dias de suas folgas.

Além do mais, entendemos que os limites no tocante ao número de horas trabalhadas, sejam elas diárias ou semanais, já foram fixados pela Constituição Federal e pela CLT. Nota-se claramente que as normas relativas à duração do trabalho são de ordem pública e imperativa; não podendo, dessa forma, sofrer alterações, ainda que por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Cláudia Abud salienta que “o § 2º do art. 59 da CLT estabelece regras para compensação de horários e fixa o limite diário de dez horas. Sendo norma de ordem pública e de caráter imperativo, não pode ter sua aplicação afastada mesmo que realizada através de acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho”⁹⁶.

Apesar de toda a argumentação contrária a esse tipo de contratação, a Seção de Dissídios Individuais (SDI) do Tribunal Superior do Trabalho (TST), em recente decisão, declarou válida a adoção do regime da escala 12 x 36. Transcrevemos abaixo, partes de acórdão que declarou a validade do regime de jornada ora em análise (E-RR-3154/2000-063-02-00.3):

“Para bem se posicionar sobre a controvérsia é imprescindível salientar a circunstância de o artigo 59 da CLT ser aplicável apenas ao proverbial regime de compensação, pelo qual se admite o elástico da jornada legal de oito horas até o máximo de duas horas por dia, cuja introdução há de ser pactuada em acordo individual por escrito, segundo se constata dos itens I e II da súmula 85 do TST.

⁹⁶ ABUD, Cláudia José. Op. cit., 135.

A norma consolidada, porém, não é oponível na hipótese de se ajustar regime de compensação de 12 por 36 horas, por meio de negociação coletiva, tendo em conta a norma do artigo 7º, inciso XIII da Constituição, segundo a qual é facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

É que, diferentemente do artigo 59 da CLT, a norma do inciso XIII do artigo 7º da Carta Magna não impõe limites ao excedimento da jornada legal de oito horas, deixando a critério dos protagonistas das relações coletivas de trabalho estabelecerem regime especial de compensação que melhor atenda às peculiaridades das respectivas atividades profissional e econômica.

Efetivamente, enquanto o artigo 59 da CLT cuida de acordo de compensação firmado entre o empregado e o empregador, caso em que a jornada diária não pode exceder a 10 horas, o inciso XIII do artigo 7º da Constituição cuida de regime especial de compensação da jornada de trabalho, em que essa pode eventualmente exceder aquele limite diário, desde que, ao fim e ao cabo, não seja ultrapassada a duração semanal de quarenta e quatro horas, tendo por norte a norma do inciso XXVI daquele artigo, pela qual o Constituinte de 88 elevou a patamar constitucional a supremacia da vontade coletiva privada. Aliás, nesse sentido tem-se orientado a jurisprudência desta Corte, sobretudo da douta SBDI-I, conforme se constata dos seguintes precedentes:

‘EMBARGOS. ESCALA DE 12X36. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. O entendimento predominante na Corte é o da prevalência de acordo coletivo de trabalho celebrado por entidade sindical representativa da classe dos trabalhadores com base na livre estipulação entre as partes, desde que sejam respeitados os princípios de proteção ao trabalho. Havendo acordo de compensação de horário, firmado em convenção coletiva de trabalho, que prevê jornada de trabalho de doze horas e descanso de trinta e seis horas, não se pode desconsiderá-lo, porquanto as convenções e acordos coletivos de trabalho são reconhecidos constitucionalmente pelo art. 7º, XXVI. Registre-se que a jornada de 12 horas de trabalho por 36 de descanso é praticada há muitos anos em algumas atividades, por força de instrumentos normativos,

constituindo uma conquista da classe trabalhadora, que atende aos interesses de ambas as partes. Não há, pois, violação literal dos artigos 7º, inciso XIII, 58 e 59 da CLT. Embargos não conhecidos . (E-RR-364.943/1997, Ac. SBDI-1, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 10/9/2004)’.

‘ACORDO DE COMPENSAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO - REGIME DE 12x36 - VALIDADE - ART. 7º, XIII, DA CF - VIOL A ÇÃO DO ARTIGO 896 DA CLT - INEXISTÊNCIA DE DIREITO À PERCEPÇÃO DO ADICIONAL DE HORAS EXTRAS. A partir da promulgação da atual Constituição Federal, tem-se como válido o acordo de compensação de jornada de trabalho pelo regime de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, não havendo que se falar em direito à percepção do adicional de horas extras sobre as horas excedentes à oitava diária. Embargos conhecidos e providos . (E-RR-346.316/1997, Ac. SBDI-1, Rel. Min. Rider de Brito, DJ 29/6/2001)’”.

Com base nos fundamentos acima mencionados, a Sessão de Dissídios Individuais 1 (SDI-1), por voto de desempate do ministro Milton de Moura França, presidente do Tribunal Superior do Trabalho, manteve seu entendimento pela validade de acordo coletivo que estabeleça turnos de revezamento de 12 horas de trabalho por 36 de descanso sem que seja devido o adicional de horas extras, quando há observância da carga horária de 44 horas semanais. A votação fechou em sete votos a sete, mas o voto da Presidência, acompanhando a divergência, foi decisivo no sentido de rejeitar o pedido de horas extras do empregado.

Entretanto, em que pese o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho em sentido contrário, entendemos que a jornada de trabalho em escalas 12 x 36 é ilegal, com base nos fundamentos explicitados no início desse tópico. Para concluir, transcrevemos abaixo, acórdão que decidiu pela invalidade da escala 12 x 36 horas, com base nos argumentos anteriormente aqui expostos:

“JORNADA DE TRABALHO DE 12 X 36. REGIME DE COMPENSAÇÃO. ADICIONAL SOBRE HORAS EXCEDENTES DA 10ª DIÁRIA. Não há dispositivo legal a autorizar jornada laboral superior a dez horas diárias; muito pelo contrário, o que a legislação prevê é que a duração de trabalho diário jamais poderá ultrapassar esse limite. A estipulação de dez horas como jornada máxima diária não foi estabelecida por acaso, mas sim em nome do interesse público de proteger a higidez e a incolumidade da classe trabalhadora, bem como a sua saúde psicofisiológica, objetivando a prevenção contra acidentes de trabalho. Isso porque é certo, e cientificamente comprovado, que a fadiga e o cansaço decorrentes de longas jornadas laborais são a causa da maioria dos acidentes de trabalho que ocorrem atualmente, além de serem fatores conducentes à queda de produção.

(...)

Nesse contexto, deve o recurso de revista ser provido parcialmente, a fim de que seja mantido o pagamento como extras da 11ª e 12ª horas, condenando a reclamada ao pagamento tão-somente do adicional sobre a 9ª e 10ª horas. ISTO POSTO ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista por contrariedade à Súmula nº 85 do TST e, no mérito, dar-lhe provimento parcial para que seja mantido o pagamento como extras da 11ª e 12ª horas, condenando a reclamada ao pagamento tão-somente do adicional sobre a 9ª e 10ª horas. (Processo: RR – 45887/2002-900-09, Ministro Relator: Lelio Bentes Corrêa, Publicação DJ: 29.06.2007)”.

O regime 12 x 36 horas é um exemplo de que a afronta a todos os preceitos legais, previstos na Constituição Federal e na legislação ordinária, provoca prejuízos na vida do trabalhador, além de configurar um desarranjo social.

“Não é difícil calcular o prejuízo individual e coletivo que esse regime causa. Além de colocar em risco a saúde e a segurança do trabalhador, a população

beneficiária direta desses trabalhos fica à mercê de profissionais fatigados pelo excesso de labor”⁹⁷.

Dessa forma, após a análise de todos os argumentos acima mencionados, entendemos que a jornada de trabalho em escalas 12 x 36 é não somente ilegal, como inconstitucional, por afrontar diretamente tanto o inciso XIII do artigo 7º da Constituição Federal e quanto o § 2º do artigo 59 da CLT.

2.8. IMPORTÂNCIA DOS SINDICATOS PARA A FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA

Diante de todos os aspectos acima explicitados, verifica-se a importância da atuação dos sindicatos no tocante aos mecanismos flexibilizadores da jornada de trabalho. Daí a necessidade da participação de sindicatos fortes, com reais poderes de representatividade, o que, em tese, garantiria a observância do princípio protetor no momento das celebrações dos acordos e das convenções coletivas.

Assim, entendemos que a negociação coletiva seria, portanto, o instrumento de que se valeriam os interlocutores sociais para preencher o vazio de uma legislação nova que estabeleceria um mínimo de garantias, sem minúcias, e, neste passo, é que poderíamos sugerir as distinções não propriamente entre as diversas regiões do Brasil, mas as diferenças entre os tipos ou porte das empresas, porque normas aplicáveis a uma montadora de automóveis dificilmente serão aplicáveis a uma empresa de navegação marítima ou aérea e menos ainda a um botequim da esquina.

Os sindicatos seriam chamados a preencher este vazio, mas para isso, como acima dito, seria preciso um sindicato forte, autêntico e representativo de que hoje não se tem notícia, ressalvadas, entretanto, as exceções de praxe.

Do próprio setor sindical surgem fatores que alimentam a desregulamentação. O enfraquecimento dos sindicatos os deixa em uma posição muito difícil, na qual, às vezes, se vêem obrigados a legitimar medidas flexibilizadoras que, ao mesmo tempo, contribuem para aumentar sua fraqueza. A retomada do fortalecimento dos

⁹⁷ ABUD, Cláudia José. Op. cit., p. 144.

sindicatos é medida que se impõe, sob pena de haver uma negociação viciada em que o trabalhador permanece como parte hipossuficiente, sem qualquer intervenção efetivamente eficaz.

Com efeito, a baixa taxa de sindicalização no Brasil se deve à circunstância de que não existe uma plena liberdade sindical. Temos sindicatos em número excessivo e sem nenhuma representatividade. Tal situação é consequência da política sindical que foi implantada no Brasil no Estado Novo de Getúlio Vargas. O resultado esperado não poderia ser outro.

Para Amauri Mascaro Nascimento seria muito difícil pensar em flexibilização sem abranger a questão sindical. Salienta que a questão sindical é básica para o país. Isso porque a flexibilização implica na predominância da proteção negociada e não a imposta, o que parece um avanço. Importante, portanto, que o sindicalismo também aumente seu potencial de inovar seus conhecimentos, suas capacidades de gerenciar conflitos.

Para fiscalizar a flexibilização, essa maleabilidade, é que o sindicato passa a deter papel principal, ou seja, na participação das negociações coletivas que irão conduzir ao acordo ou à convenção coletiva, de modo a permitir também a continuidade do emprego do trabalhador e a sobrevivência da empresa, assegurando um grau de lucro razoável e certas garantias mínimas ao trabalhador.

Hodiernamente, apesar da concretização do processo democrático no campo das garantias e liberdades individuais, a atual Carta Magna conservou empecilhos à liberdade sindical plena. De fato, em que pese ter vedado a interferência do Estado na organização sindical, conservou resquícios do modelo estatal corporativista, na medida em que manteve, nos incisos II e IV do seu artigo 8º, a unicidade sindical por categorias e a contribuição sindical obrigatória.

Os obstáculos à liberdade sindical são criticados veementemente pela doutrina especializada, com os seguintes argumentos: a unicidade sindical por categoria não deve constituir antecedente necessário para a formação do sindicato, pois o agrupamento artificial e forçado dos indivíduos na categoria substitui a atividade das

classes sociais pela vontade do Estado. Em outras palavras, o campo de atuação do sindicato não pode ser fixado por lei, mas sim pelos grupos organizados no processo de livre formação.

Quanto à manutenção da contribuição compulsória ou imposto sindical, este compromete a liberdade do grupo na medida em que deforma a própria organização classista, porque lhe dá força econômica quase sempre desacompanhada de representatividade. Por outro lado, a captação de meios econômicos por imposição estatal coloca o sindicato sob a dependência do Estado, o que vulnera sua autonomia. Nosso país, em razão disso, está impossibilitado de aderir à Convenção internacional n. 87 da OIT, de 1948, que trata da liberdade sindical. Essa garantia consiste na conjugação dos seguintes fatores: independência dos sindicatos em relação ao Estado; representação dos interesses profissionais do respectivo grupo; caráter facultativo da associação e pluralidade sindical.

Vigora, pois, entre nós, no campo das relações coletivas do trabalho, apenas uma relativa liberdade sindical, constituída na garantia constitucional de não-interferência do poder público na organização sindical e no reconhecimento da negociação coletiva e de seus resultados, que são os acordos e convenções coletivas.

Ressalte-se, uma vez mais que, nesse contexto, a negociação coletiva não pode ser eficazmente praticada enquanto não vigorar a plena liberdade sindical, sem as amarras da unicidade de organização de classes por categorias, sustentadas pelo imposto sindical. Tais entraves vêm dando ensejo à formação de inúmeros sindicatos destituídos de representação, geralmente com assembleias vazias e cofres cheios.

As questões referentes à liberdade sindical e ao fortalecimento dos sindicatos no atual contexto mundial são de extrema importância, como acima dito e, também em decorrência dos seguintes argumentos:

A passagem da tutela estatal para o garantismo coletivo supõe, em primeiro lugar, que a legislação trabalhista ou parte dela deixa de ser absolutamente imperativa e indisponível, para passar a ser “disponível” por convenção coletiva: a autonomia coletiva poderia formular uma disposição diferente da legal.

Em segundo lugar, verifica-se que a autonomia coletiva não derroga a lei, mas a ela se superpõe: durante a vigência da convenção coletiva, suas disposições se aplicam no lugar da disposição legal, que não foi, porém, ab-rogada; permanece em vigor e retoma eficácia expirado o prazo da convenção coletiva ou por sua caducidade, sujeita a prazo ou condição. Em outras palavras, durante sua vigência, a convenção coletiva superpõe-se à lei, que “reaparece” no vencimento da convenção.

Esse é o mecanismo habitual pelo qual, no Direito do Trabalho tradicional, a convenção coletiva mais favorável “sobrepõe” a lei, deslocando-a para o âmbito de validade da convenção, sem derogá-la. A novidade é que, em termos de flexibilização ou de disponibilidade coletiva da lei, a previsão autônoma poderia deslocar a heterônoma mesmo quando não fosse mais favorável.

A disposição dos direitos do trabalhador feita dessa forma não deixa de chamar a atenção, tendo em vista que a proposta de substituir a tutela legal por um coletivismo coletivo se dê precisamente num momento de enfraquecimento sindical. Por isso mesmo e tendo em vista não ser igual tal enfraquecimento, tem-se verificado que a flexibilização coletiva encerra o risco de acentuar a segmentação da mão-de-obra, já que setores agrupados em sindicatos fortes estariam em condições de preservar benefícios ou de negociar boas condições, enquanto setores com sindicalização menor ou mais fraca poderiam cair numa flexibilização incondicional.

Tais dificuldades e desvantagens têm determinado que parte da doutrina proponha que a pretensa passagem do “garantismo estatal para o garantismo coletivo” requeira um período prévio de transição, no qual se deveria aprovar uma legislação que promova, sustente e apóie a sindicalização e a ação coletiva, para que esta se fortaleça e esteja em condições de negociar e co-administrar equitativamente a disponibilidade das normas legais.

Assim, para se falar em modernização do direito do trabalho no Brasil, é necessário que, em primeiro lugar, se reformule o sistema sindical, implementando-se total liberdade e autonomia sindicais, para que sindicatos fortes e legítimos assumam o papel negocial, como ocorre nos países de primeiro mundo, discutindo em igualdade de

condições os interesses dos representados, flexibilizando direitos e condições de trabalho, além daquelas garantias mínimas que terão de ser asseguradas pelo Estado.

Como afirmou Antonio Álvares da Silva: “não precisamos de mais regras. A Constituição já garante plena autonomia de negociação aos sindicatos de ambos os lados para defender os interesses de seus representados. O que lhes falta é prática negocial, independência, discernimento e, principalmente, representatividade. Mas isso a lei não ensina a ninguém”.⁹⁸

Com efeito, o legislador brasileiro tem se mostrado muito atuante no que toca à elaboração de normas jurídicas aplicáveis aos contratos individuais de trabalho, mas bastante tímido quanto às garantias necessárias ao desenvolvimento das relações coletivas de trabalho. Diante de tal quadro, não há como fortalecer o poder de negociação coletiva das entidades sindicais sem que se democratize a própria estrutura sindical brasileira.

Pelos motivos acima expostos, percebe-se que existem várias premissas indispensáveis para que se possa falar em um sistema de organização sindical fundamentado no critério de liberdade. Essas premissas devem fazer parte da reforma, pois somente com a tutela da liberdade sindical é que o Estado poderá garantir o desenvolvimento de negociações coletivas autênticas.

Somente em um ambiente de verdadeira liberdade sindical é que essas novas perspectivas de representatividade encontrarão maior espaço para desenvolvimento. A quebra da rigidez de certas normas precisam vir metodicamente, através de um processo de flexibilização diferenciada, que não cuide apenas do aspecto geral, mas prioritariamente do diversificado. E essa diversificação deve considerar não apenas a carência de muitos ou o concentrado poder econômico de poucos, mas a variedade que apresentam sindicatos, empresários e empregados.

Verifica-se ademais que, na prática, os novos tipos de relações de trabalho, introduzidos pelo modelo de produção mais flexível também não favorecem a posição dos sindicatos na negociação com as empresas, à proporção em que promovem a terceirização, a contratação por tempo determinado, a rotatividade da mão-de-obra, todas, medidas que

⁹⁸ SILVA, Antônio Álvares da. Guerra para nada. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 28 nov. 2001, p. A-3.

implicam a fragmentação de trabalhadores outrora unidos por uma relação de trabalho estável para o mesmo empregador – a mobilidade funcional e geográfica dos trabalhadores implica a desestruturação da noção de categoria representada por um único sindicato.

É imprescindível, para que efetivamente a proteção e autonomia privada coletiva sejam aplicadas de forma ponderada, que as relações de trabalho tornem-se democráticas. Não há de se aceitar a reforma pontual da legislação trabalhista e, ainda mais, a alteração ou eliminação do núcleo duro de direitos constitucionalmente garantidos, se não se conta com um cenário de plena liberdade sindical e participação dos trabalhadores nas empresas.

CAPÍTULO III. IMPORTÂNCIA E LIMITAÇÕES À FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

3.1. A IMPORTÂNCIA DO ADVENTO DAS DIFERENTES JORNADAS CONTEMPORÂNEAS

Como ressaltado no capítulo anterior, a demanda por novos tipos de jornada de trabalho surgiu como forma de atender não somente às necessidades de empregadores com peculiaridades específicas, mas também como forma de propiciar ao trabalhador melhor disposição de seus horários de trabalho, com a otimização de seu tempo e melhor organização de sua agenda pessoal, de acordo com as demandas específicas de seu trabalho.

No Brasil, vem ocorrendo o processamento de relevantes mudanças, em múltiplos aspectos que dizem respeito à relação de trabalho. Essas mudanças vêm sendo impulsionadas pelos imperativos decorrentes das novas fórmulas de produção econômica da era pós-industrial, com sua acirradíssima competitividade, a exigir maior produtividade, com menores custos e maior velocidade.

A globalização trouxe a intensificação do comércio e um brutal aumento das atividades no setor da prestação de serviços, apontando para uma maior abertura do mercado de trabalho, fora de esquemas muito rígidos ou tradicionais. A importância do surgimento de novos tipos de jornadas de trabalho reside justamente na necessária adequação às novas demandas do mercado de trabalho, com demandas específicas para o cumprimento de atividades cada dia menos convencionais.

As empresas, ao mesmo tempo em que precisam flexibilizar suas formas de produção para atingir um maior desempenho, precisam também estar atentas às disposições legais acerca da jornada de trabalho de seus empregados. Conciliar esses dois fatores tem sido a preocupação não só de parte dos operadores do Direito, como também de parte dos economistas.

Por outro lado, a questão da otimização do tempo por parte das empresas traduz-se em escopo muito almejado na atual conjuntura sócio-econômica, de acirrada competitividade tecnológica. As novas demandas de produção do século XXI desafiam a

imaginação dos operadores do Direito. A tradicional jornada de 8 horas diárias cede espaço para outros tipos de jornadas, com quantidades de horas diferentes, adequados de forma específica para cada ramo de atividade econômica, seja ele da indústria ou de serviços.

Constatamos, assim, que uma das questões que mais aflige os economistas está ligada à necessidade das empresas de responderem com agilidade às variações do livre jogo de mercado, em especial quando se constata que estamos vivendo uma época de rápido desenvolvimento de novas tecnologias e de incremento da concorrência.

Competitividade e produtividade são palavras-chave na atual conjuntura econômica, de tal forma que surgiu com bastante intensidade a demanda pela flexibilização do modelo das relações de trabalho.

A revolução tecnológica nos campos da informática e a automação das últimas décadas tornou o mundo pequeno e integrado. As informações ultrapassam velozmente as barreiras nacionais e se incorporam nos processos produtivos em todas as partes do mundo, gerando novas formas de relacionamento entre empregados e empregadores. A invasão mundial das inovações tecnológicas e novas formas de gestão exigem uma nova forma de pensar a “jornada de trabalho”, de forma diferente à do padrão tradicional, antes estabelecido.

Ressalte-se que, apesar das cautelas anteriormente feitas às diversas formas de flexibilização dos horários de trabalho, não se pode afastar, a importância de se pensar no advento de novos módulos de jornada de trabalho. Isso porque, as constantes inovações tecnológicas têm desafiado, o padrão das previsões legais estabelecidas pela CLT.

A importância de se adequar a otimização do tempo de trabalho às novas demandas de produção do século XXI, faz com que analisemos o surgimento de novas jornadas de trabalho de forma positiva, sem a intervenção de qualquer conceito baseado em ideologias contrárias à flexibilização do Direito do Trabalho.

É preciso, antes de tudo, encarar o advento de novos tipos de jornadas como necessária adequação à atual demanda de determinados segmentos da indústria e do setor

de serviços. Entretanto, todas as cautelas no tocante à observância do princípio protetor do Direito do Trabalho a essas mudanças devem ser tomadas.

Verifica-se, assim, que somente um Direito do Trabalho adaptado à realidade brasileira e à nova realidade social poderá equacionar os problemas atuais. A sociedade contemporânea, voltada para o conhecimento, a competitividade e a informação, exige que o Direito do Trabalho esteja destinado ao estudo do trabalhador no mercado de trabalho e da possibilidade da empresa enfrentar a competição internacional.

Note-se que não estamos defendendo a necessária modificação das jornadas de trabalho como forma de inserção de determinado país em condições vantajosas no atual cenário mundial globalizado. Mas sim a importância de se repensar o tradicional módulo de trabalho diário, com o surgimento de recentes atividades no ramo da cibernética e da robótica.

O conceito de flexibilizar nesse sentido, deve ser entendido como uma adaptação das estruturas dos direitos trabalhistas ao novo cenário econômico e social, que está inserido o Brasil.

Por maiores que sejam as preocupações atinentes às novas formas de contratação e escalas de trabalho, como já anteriormente ressaltado, não é possível que sejam ignoradas as necessárias e urgentes mudanças requeridas pelas empresas inseridas nas novas e mais recentes atividades do mercado. Os anseios e expectativas das empresas inseridas nos mais modernos ramos de produção devem ser atendidos, em atenção também à importância do fundamento da livre iniciativa de mercado, preconizado no artigo 1º da Constituição Federal.

Assim, entendemos que a preocupação em garantir a efetivação dos direitos trabalhistas enquanto direitos sociais é legítima, diante das arbitrariedades e abusos cometidos, mas, inexoravelmente, é preciso ceder espaço à discussão para a elaboração de meios capazes de equacionar tanto o fundamento dos valores sociais do trabalho, como o fundamento da livre iniciativa de mercado.

Defender de forma cega e irredutível a inalterabilidade dos padrões de jornada hoje existentes, sob fundamentos puramente ideológicos é realizar a desconsideração de que nas próximas décadas ocorrerão mudanças nas atividades de mercado, sequer hoje imaginadas.

E, para esse futuro próximo, o Direito do Trabalho terá que apresentar soluções equilibradas e rápidas, sem, contudo, abrir mão dos princípios norteadores que ensejaram o surgimento desse ramo do Direito no início do século XX.

3.2. LIMITAÇÕES À FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

Como amplamente ressaltado no presente trabalho, a fragilidade da parte hipossuficiente da relação de trabalho é notória, em um mercado de trabalho, cada dia mais hostil.

De fato, verifica-se que a necessidade de ocupação provedora da subsistência do trabalhador ou da melhoria de seus meios, a par da impossibilidade de encontrar trabalho regular, conduz o indivíduo a aceitar a execução de serviços, sem as vantagens do emprego declarado. Entre a falta de trabalho e a redução da proteção social legalmente estabelecida, o trabalhador prefere suportar as conseqüências da última.

Assim, imperiosa e necessária a preocupação da idoneidade dos procedimentos a serem adotados na flexibilização da jornada de trabalho. Por isso, ressaltamos uma vez mais, a necessidade da participação de sindicatos fortes nas negociações coletivas de trabalho, com reais poderes de representatividade, o que, em tese, garantiria a observância do princípio protetor no momento das celebrações dos acordos e das convenções coletivas.

A maior dificuldade é estabelecer, na prática, quais são os limites mínimos a serem observados. É de se entender que no sistema brasileiro os limites mínimos são os constitucionais e os legais. O desemprego crescente traz um enfraquecimento do poder de reivindicação e de negociação dos sindicatos. Em épocas adversas não há muito o que negociar.

Por isso, é mister a observância do mínimo legal e constitucional. Apenas em situações excepcionais, como as descritas na Magna Carta, é que seria possível estabelecer situações “in pejus”.

Esta noção de prevenção contra o desemprego, promovida pela negociação “in pejus” aparece como ameaça a uma das partes da negociação, o trabalhador.

Fragilizada, esta parte negocia qualquer coisa a partir desta premissa, a nosso ver, inconsistente. Esta idéia da unilateralidade da perda fragiliza a negociação e reverte a tendência para a da concretização de uma falsa flexibilização. Entretanto, a diminuição dos direitos sociais dos trabalhadores não gera necessariamente o aumento de empregos.

Na verdadeira flexibilização, ambas as partes devem ganhar e perder para que exista a pretendida criação de postos de trabalho. A visão unilateral de que o interesse é apenas do trabalhador, na manutenção dos empregos é inadequada e acaba por consolidar uma forma indevida de pressão, não interessante para o próprio modelo negocial.

Percebe-se, dessa forma que no tocante à flexibilização dos horários de trabalho, o grande desafio que se enfrenta é o de determinar o ponto de equilíbrio entre uma flexibilização sensível às preocupações legítimas das empresas e uma legislação que impeça um retrocesso ao antigo arrendamento de serviços, norteado pela autonomia da vontade, fugindo completamente dos ideais de justiça social.

A dignidade da pessoa humana do trabalhador e a observância do princípio protetor em toda e qualquer negociação coletiva devem ser respeitadas. Os abusos sob a argumentação de simples “ajustes necessários” ao desenvolvimento econômico também devem ser coibidos, sob pena de afronta aos princípios insculpidos na Constituição Federal.

Deve-se lutar pela ampliação dos direitos sociais trabalhistas e, ao mesmo tempo, pelo aprofundamento desses direitos, justificados na irreversibilidade dos direitos conquistados e declarados oficialmente.

Concluimos que, a despeito da importância de se discutir os novos rumos da flexibilização do Trabalho no Brasil, qualquer medida flexibilizadora, mesmo que processada sob o mando da autonomia privada coletiva, pode ser, em princípio, considerada inconstitucional, por ofender a dignidade da pessoa do trabalhador e caracterizar um retrocesso social.

3.4. DESMISTIFICAÇÃO DO “CUSTO SOCIAL” DO TRABALHO

O custo do trabalho não é o maior na composição das despesas empresariais. Para Jorge Luiz Souto Maior⁹⁹ “a diminuição da jornada não gera mais empregos e não melhora o desenvolvimento econômico das empresas. Os problemas brasileiros são muito mais amplos do que aqueles que se situam no conflito capital x trabalho e a sua solução, portanto, passa muito longe da mera avaliação do custo do emprego. Esta idéia representa, em última análise, a consideração vazia de que são os ganhos do trabalhador que estão impedindo o progresso econômico do país”.

Na visão do referido autor, os direitos trabalhistas não são encargos, mas sim direitos mínimos do trabalhador, “a menos que se pretenda revogar a lei Áurea”.

Após análise das experiências mais recentes de flexibilização em outros países, verifica-se que não houve o aumento do número de empregos. Ao contrário, houve a precarização das relações de trabalho existentes.

De fato, alguns países têm sido citados como exemplos de tentativas de flexibilização de leis trabalhistas com o objetivo de diminuir o desemprego, sendo sempre lembrados os casos da Espanha e da Argentina, em que, fundamentalmente, atingiu-se a forma de contratação, dando prioridade aos contratos a prazo determinado ou contratos provisórios, em detrimento dos contratos por prazo indeterminado.

Entretanto, tais alterações não lograram o êxito desejado naqueles países, tendo a Espanha, em 1997, feito reforma em sentido contrário, a chamada “reforma pelo emprego”, passando-se a priorizar a contratação por prazo indeterminado.

⁹⁹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Op. cit., p. 224.

As críticas à ação daqueles dois países podem ser resumidas na seguinte observação de Sússekkind: “Por coincidência ou não, certo é que a Espanha e a Argentina continuam a liderar a estatística mundial de desemprego. Registre-se que a taxa de desemprego do país ibérico subiu de 22,1%, em 1994, para 22,8%, em 1996, enquanto no país portenho o crescimento foi mais acentuado: 12,2% em 1994, 17,1% em agosto de 1996 e 17,3% em março de 1997. O mais significativo, entretanto, a atestar o fracasso dos contratos provisórios de trabalho foi a circunstância de ter sido a correspondente legislação revogada pelos Reais Decretos Legislativos ns. 8 e 9 de 1997, a pedido de centrais sindicais de trabalhadores, fundados em que: a) grande porcentagem de empregados foi substituída por contratados em caráter provisório, acelerando a rotatividade da mão-de-obra; b) o comércio passou a negar crédito para as vendas a prazo, com o que reduziu-se o consumo e, em consequência, a produção de bens destinados ao mercado interno; c) as empresas deixaram de investir na reciclagem profissional, porque a maioria dos empregados era exageradamente transitória”¹⁰⁰.

As soluções para o problema do desemprego, atualmente maximizado pelos efeitos da globalização neoliberal, também tendem a priorizar a acomodação dos interesses econômicos.

No entendimento de Milton Santos, “A idéia de que o desemprego é resultado de um jogo simplório entre formas técnicas e decisões microeconômicas das empresas é uma simplificação, como se a nação não devesse solidariedade a cada um de seus membros. O abandono da idéia de solidariedade está por traz desse entendimento da economia e conduz ao desamparo em que vivemos hoje”¹⁰¹.

Portanto, cabe ao Estado reconhecer o fato de que atingir altos níveis de emprego não requer apenas desenvolvimento econômico ou simples redução da jornada de trabalho, mas, principalmente, políticas governamentais com objetivos explícitos nesse sentido. Tão somente as forças de mercado e o livre comércio mostraram-se insuficientes para tanto. Conforme destaca Daniel Martinez: “Emprego deve ser prioridade na agenda

¹⁰⁰ SÚSSEKIND, Arnaldo. “A flexibilização...”, cit., p.31.

¹⁰¹ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 58.

política econômica e social do governo. Todos os ministérios devem desenvolver políticas que possam contribuir coerente e consistentemente com essa estratégia do governo”¹⁰².

A proposta que concebe a flexibilização da legislação trabalhista nacional como solução para os males que afligem o país é simplista e, além de desconsiderar uma série de outros fatores macro e micro-econômicos, não é compatível com os princípios informadores do Direito do Trabalho, da justiça social e da dignidade humana¹⁰³.

De fato, se traçarmos um gráfico marcando as datas das reformas desregulamentadoras ou flexibilizadoras e se forem superpostas à linha do desemprego, poder-se-ia “demonstrar” que a flexibilização gera desemprego. Talvez não seja assim, mas o nível de emprego é muito mais suscetível às grandes variáveis macroeconômicas (taxa de juros, taxa de câmbio, investimento, poupança) do que à rigidez ou fraqueza da legislação do trabalho.

Um dos principais argumentos suscitados pelos defensores da flexibilização dos horários de trabalho, é que as mudanças nos sistemas produtivos e na organização do trabalho, ocasionadas pelos avanços tecnológicos e que afetaram a competitividade das empresas nacionais, justificariam a necessidade de adaptação da legislação trabalhista brasileira.

De fato, não se pode questionar a ocorrência de recentes alterações nos sistemas produtivos e as conseqüências que estas mudanças trouxeram à economia. Entretanto, isso não implica o reconhecimento de que a legislação trabalhista seja obsoleta e necessita ser reformada.

¹⁰² MARTINEZ, Daniel. In: BERG, Janine; ERNST, Christoph; AUER, Peter. *Meeting the employment challenge: Argentina, Brazil and México in the Global Economy*. Boulder: Lynne Rienner Publishers, Inc.; Geneva: International Labour Office, 2006, prefácio.

¹⁰³ De acordo com Jorge Luiz Souto Maior, os problemas brasileiros são muito mais amplos que se situam no conflito capital x trabalho e a sua solução, portanto, passa muito longe de mera avaliação do custo do emprego. “Os problemas do Brasil são dentre outros; o desmanche da educação pública; a má distribuição da renda; a falta do incentivo à produção agrícola; a desproporcionalidade do sistema tributário; a ausência de uma efetiva política de incentivo às pequenas e médias empresas; a evasão do dinheiro público em casos de corrupção cada vez mais agressivos e a consequente sonegação fiscal; a concessão desmedida de incentivos fiscais a multinacionais; a indefinição quanto ao processo de reforma agrária; a insegurança pública, que interfere até mesmo na política internacional do país; o alto custo de uma dívida externa que consumiu praticamente todo o dinheiro arrecadado pelas privatizações (sem se falar em esquemas organizados para benefícios particulares).” (SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *A fúria. Ltr: revista legislação do trabalho*, São Paulo, v. 66, n. 11, nov. 2002, p. 1294).

Reconhecem-se, entretanto, que os questionamentos econômicos à proteção trabalhista sempre estiveram presentes. Oscar Ermida Uriarte lembra que, a criação das primeiras leis trabalhistas também foi alvo de críticas e adverte: “o Direito do Trabalho surgiu da necessidade de atenuar a exploração do trabalho humano, de tirá-lo do mercado, diante de uma situação social explosiva no final do século XX. Com o desmantelamento dessa proteção corre-se o risco de produzir uma ‘nova questão social’”¹⁰⁴.

Os argumentos de que o problema do desenvolvimento do país está no “custo social” do trabalho e que legislação trabalhista brasileira deve ser flexibilizada, sob pena de prejudicar a competitividade das empresas, além de estarem desatualizados, por si só não justificam tal medida.

Os direitos sociais dos trabalhadores devem ter prioridade em relação aos interesses econômicos, valendo destacar que a própria Constituição Federal garante aos trabalhadores brasileiros proteção face ao advento da automação.

A suposta rigidez da legislação trabalhista não é criticada apenas sob o argumento de que ela afetaria a capacidade de as empresas responderem rapidamente e, de forma eficaz, aos desafios trazidos pela globalização, mas também porque prejudicaria a realização de novas contratações, mesmo em época de aumento da produtividade, estimulando, portanto, a mera substituição da força de trabalho. Em suma, supõe-se que a rigidez da legislação do trabalho prejudica a competitividade das empresas, provoca o desemprego e tantos outros males da sociedade moderna.

Entretanto, o puro e simples “custo” do trabalho não deve ser considerado o principal elemento para o sucesso da integração de uma empresa ao mercado, ou para o aumento da sua produtividade, competitividade e capacidade de geração de emprego.

Diversos fatores influenciam o processo de geração de emprego e a regulação das leis trabalhistas é apenas mais um deles. Certamente, os atuais regimes tributário e previdenciário, bem como a falta de infra-estrutura do país influenciam negativamente os índices de emprego. Oscar Ermida Uriarte acredita que “o nível de emprego é muito mais susceptível às grandes variáveis macroeconômicas (taxa de juros,

¹⁰⁴ URIARTE, Oscar Ermida. Op. cit., p. 56.

taxa de câmbio, investimento, poupança), do que à rigidez ou fraqueza da legislação do trabalho¹⁰⁵.

Apesar disso, alguns ainda insistem na relação direta entre a rigidez da legislação trabalhista e a geração de empregos. Todavia, essa afirmação é questionável. Experiências de desregulamentação e de flexibilização estudadas por Oscar Ermida Uriarte demonstraram que o barateamento do custo do trabalho não teria gerado emprego, pelo contrário, teria deteriorado a qualidade do emprego existente em alguns países, tais como, Espanha, Argentina, Chile e Colômbia¹⁰⁶.

Cabe destacar, ainda, que a proteção ao mercado de trabalho e a garantia dos direitos fundamentais dos trabalhadores contribuem não apenas para a estabilidade social, mas também para o desenvolvimento do capital humano.

Especialmente com relação aos direitos sociais dos trabalhadores, o problema tem sido apresentado de forma equivocadamente simples. Consideram-se, unicamente, os aspectos aritméticos, levando-se em conta, tão somente, o reflexo do custo da mão-de-obra nacional na competitividade internacional e o desemprego, para justificar a necessidade de flexibilização da jornada de trabalho (da legislação trabalhista). O discurso neoliberal, em relação aos direitos dos trabalhadores, é amparado, em sua grande parte, por argumentos econômicos.

A proposta da flexibilização das normas do direito do trabalho visa unicamente assegurar um conjunto de regras mínimas ao trabalhador e, em contrapartida, a sobrevivência da empresa, por meio da modificação de comandos legais, procurando outorgar aos trabalhadores certos direitos mínimos e ao empregador a possibilidade de adaptação de seu negócio, mormente em épocas de crise econômica.

A proposta de flexibilizar com o objetivo de diminuir os custos das empresas com encargos trabalhistas é equivocada.

¹⁰⁵ URIARTE, Oscar Ermida. Op. Cit., p. 58.

¹⁰⁶ URIARTE, Oscar Ermida. Op.Cit., p. 59.

Em posição contrária à flexibilização dos direitos trabalhistas, Souto Maior afirma que todas as avaliações sobre a causa da presente crise são unânimes em dizer que sua origem não está nos custos da produção, mas na desregulação do mercado financeiro e na falta de limites às possibilidades de ganho a partir da especulação.

Desse modo, as propostas de superação da crise a partir do postulado da redução do custo do trabalho “revelam-se de todo oportunistas e descomprometidas com os interesses nacionais, já que tendem a gerar uma retração do consumo, reduzindo, de forma sempre renovada, as potencialidades do modelo de produção capitalista”¹⁰⁷.

Para o autor supracitado, uma crise econômica, vista do ponto de vista estrutural, se concretamente existente, somente pode ser superada por meio de um autêntico pacto social, que envolva os setores da produção, do trabalho e do consumo, gerenciado pelo Estado, e no qual se priorize a construção da justiça social.

Constatando-se o colapso do modelo ou o risco de que venha ocorrer, o que se deve realizar é a sua reformulação por inteiro, o que impõe medidas reais de aumento das potencialidades do Direito Social, tais como: reforma agrária; redistribuição da riqueza; reorganização dos meios de produção; aumento das despesas públicas com educação, saúde, ciência e tecnologia; eficácia das medidas de efetivação do custeio da seguridade social; incentivos às atividades produtivas, sem sacrifício aos direitos dos trabalhadores e ao custeio da seguridade social; tributação especial da especulação financeira e das grandes fortunas; incentivo ao turismo etc.

Neste aspecto, há de se reconhecer que a superação de uma crise econômica estrutural requer sacrifícios de cima para baixo e não de baixo para cima.

Afirma ainda o autor que “não se promove uma sociedade, salvando empresas e deixando pessoas à beira da fome. Se há um problema na conjuntura econômica, que atinge a todos indistintamente, e não apenas a uma ou outra empresa, é necessário, então, o sacrifício conjunto, começando pelos próprios empresários e passando por diversos outros setores da sociedade (profissionais liberais, servidores públicos, senadores, deputados, prefeitos, governadores, juízes etc). É impensável que se busque a

¹⁰⁷ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Op. cit., p. 123.

solução de problemas econômicos estruturais do país com o sacrifício apenas de trabalhadores cujo salário já está entre os mais baixos do mundo”¹⁰⁸.

Não é possível que as pessoas sérias desse país acreditem que o 13º (décimo terceiro) salário de um trabalhador, já “terceirizado”, que ganha pouco mais de R\$500,00 (quinhentos reais) por mês constitua entrave ao desenvolvimento econômico. Para Souto Maior, nossos problemas econômicos, certamente, têm raízes mais profundas¹⁰⁹.

Com efeito, a incapacidade do sistema econômico de criar ou manter empregos tem levado seus cultores a “culpar” o Direito do Trabalho, que seria um dos obstáculos à sua ação. O fato é que o verdadeiro problema do emprego não é o Direito do Trabalho nem o sistema de relações de trabalho, cuja incidência no emprego é muito relativa. O verdadeiro problema é um sistema econômico que destrói mais do que gera postos de trabalho.

Oscar Hernandez Alvarez também, na mesma esteira do pensamento de Souto Maior, afirma que: “En la génesis de la crisis el costo Del trabajo no ES sino uno – y no el más determinante – entre los multiples factores presentes. Por tanto, ninguna crisis encuentra solución en lá reducción de los niveles de proteccion a los trabajadores”¹¹⁰. Aduz ainda que, “por otra parte, seria atentatório contra la justicia social establecer que, mientras em momento de bonanza los beneficios redunden principalmente en favor Del Capital, en los de dificultades, el peso mayor de los mismos recaiga sobre los trabajadores.”

Para Raimundo Simão de Melo, o direito do trabalho no Brasil já é um dos mais flexibilizados do mundo, bastando exemplificar com a total liberdade que tem o empregador para demitir quando quiser, sem qualquer justificação, quando sabemos que aqueles países que são utilizados como modelo de flexibilização têm, pelo menos, uma garantia mínima e razoável, que obriga as empresas a justificarem demissões coletivas, sob pena de terem de reintegrar os trabalhadores demitidos imotivadamente. O Brasil, ao

¹⁰⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Op. cit., p. 13.

¹⁰⁹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Op. cit., p. 14

¹¹⁰ ALVAREZ, Oscar Hernandez. “Los nuevos planiementos de flexibilidad del trabajo”. Anais do I Congresso Venezuela de Relações do Trabalho, ART de Venezuela, s/ data, p. 129.

contrário, sem ter experimentado os efeitos da Convenção n. 158 da OIT, já a denunciou¹¹¹.

Afirma ainda que o Judiciário Trabalhista, também convencido das razões fatalísticas que embasam o ideário da flexibilização, tem concedido eficácia a certas leis. A mera redução de custos do trabalho não produz riqueza e, conseqüentemente, não resolve o problema das pequenas e médias empresas (que são as que realmente empregam no país). Assim, a mera criação de leis que precarizam as relações de trabalho não significaram ampliação do mercado de trabalho. Ratifica-se, nesses termos, a inépcia da flexibilização do Direito do Trabalho como política de fomento ao emprego.

Por vezes, argumenta-se que é melhor ser um cooperado, mesmo com direitos diferentes dos do trabalhador assalariado, do que um desempregado. Por óbvio tal argumento do mal menor não se justifica diante da visão jurídica do emprego como dever do Estado e direito do cidadão. Além do mais, dentro da lógica desse argumento está o próprio fundamento da escravidão.

Na verdade, a realidade do mundo do trabalho que está sendo criada pelas normas da flexibilização é esta: uma realidade que despreza os aspectos éticos das relações sociais e que aumenta a cada dia a desvalorização do trabalho.

Se adotarmos a idéia de que o Direito do Trabalho destina-se ao emprego e não aos direitos, a idéia de flexibilização dos horários de trabalho vem de encontro com os novos parâmetros. Da mesma forma, se adotarmos a idéia de que o Direito do Trabalho deve se adaptar ao novo quadro social, que é a sociedade pós-industrial, a idéia de flexibilização do horário de trabalho se faz premente.

Os postulados econômicos neoliberais são utilizáveis para fundamentar a abolição de determinados direitos trabalhistas. O certo, porém, é que nem a razão nem os números dão respaldo a essa proposta. Isso porque os dois objetivos básicos da desregulamentação são baratear o custo do trabalho para melhorar a competitividade da empresa e aumentar o emprego ou diminuir a desocupação. Nada mais.

¹¹¹ SOARES, Raimundo Simão. Flexibilização do Direito do Trabalho. *Revista Trabalho & Doutrina*, n. 20, março de 1999.

Acontece, porém, que, em geral, os direitos trabalhistas ou o grau de proteção do trabalhador afetam muito pouco o custo total da produção e menos ainda o preço de venda de um produto. Por que então empenhar-se em responsabilizar esse fator pela pouca ou alta competitividade?

Joseph E. Stiglitz explica que a globalização traz novas exigências ao Estado e, ao mesmo tempo, reduz a sua capacidade de responder a esses novos desafios. As políticas de ajuste estrutural e de estabilização macroeconômica impostas aos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento como condição para a renegociação de suas dívidas externas e ainda outras imposições feitas pelas instituições internacionais multilaterais, relativas, principalmente, às condições para a participação daqueles países no comércio internacional, fazem com que determinados interesses econômicos e políticos acabem prevalecendo sobre os interesses nacionais, instalando-se, assim, a ingovernabilidade, cujas implicações atingem as diversas esferas da sociedade e acabam gerando um resultado negativo no desempenho econômico e social desses países¹¹².

Entretanto, a própria denominação de flexibilização já enseja diversas questões, não surpreende, portanto, a polissemia do conceito, não havendo na doutrina consenso quanto às suas características fundamentais. Num momento inicial, observa-se que a doutrina compatibiliza a flexibilização com o espírito do Direito do Trabalho, consistindo, entre suas propostas, em política de combate ao desemprego.

Por outro lado, como um dos reflexos mais imediatos e perceptíveis da inflexibilidade da legislação trabalhista brasileira, o crescimento da informalidade.

Com efeito, os trabalhadores buscam no setor informal e nas formas flexíveis de emprego, as soluções ocupacionais negadas pelo mercado de trabalho tradicional. Trata-se, indubitavelmente, de uma opção nefasta, pois implica desproteção estatal e marginalização social: a informalidade é o destino da desmesurada massa de desempregados que não vêem outra possibilidade que não as aviltantes condições dessa modalidade de trabalho que não oferece nenhuma proteção jurídica ou garantia legal.

¹¹² STIGLITZ, Joseph E. *Making Globalization Work for Developing Countries*. Disponível em: <http://www.2.gsb.columbia.edu/faculty/jstiglitz/papers.cfm>. Acesso em: 13 dez. 2007.

Entendemos ser desnecessário desmistificar a argumentação de que o entrave ao pleno desenvolvimento econômico e social de um país está nas amplas proteções dadas ao trabalhador, vindo estas a sofrerem sérios e constantes golpes em suas estruturas, sob o rótulo de “flexibilização”, mas que, verdadeiramente correspondem à própria desregulamentação do Direito do Trabalho e mitigação de seus princípios basilares.

A importância de se analisar com cautela a argumentação do “custo social” do trabalho reside no fato de se assegurar a autonomia devida aos parâmetros estabelecidos pelo Direito do Trabalho, uma vez que a sua principal finalidade é assegurar ao trabalhador a efetivação de seus direitos, como parte hipossuficiente da relação de trabalho.

A lógica que determina a fixação das condições de trabalho não pode ser invertida, na medida em que o objetivo do Direito do Trabalho não pode ser confundido com objetivos meramente econômicos, sob o pretexto de tornar determinado país mais competitivo no cenário mundial.

O alcance de uma maior competitividade, bem como o aumento dos postos de trabalho, jamais serão conquistados por meio da mitigação de direitos indisponíveis do trabalhador.

De fato, alguns países, para concorrerem no mercado internacional, implantaram, ou procuram implantar sistemas e instrumentos da modernidade tecnológica; outros, porém, agravam as condições de trabalho, num verdadeiro retrocesso social.

Verificamos, portanto, que a lógica dessa argumentação é uma lógica perversa, na medida em que tem como único objetivo combater o crescente desemprego estrutural, advindo da nova tecnologia, sobretudo da robotização e da automação, sem a preocupação devida com os direitos indisponíveis do trabalhador.

Por isso, faz-se imprescindível denunciar os mecanismos de desregulamentação, utilizados unicamente por interesses de natureza econômica. Dessa forma, concluímos que a afirmação da autonomia do Direito do Trabalho na atual conjuntura econômico-social faz-se urgentemente necessária, na medida em que interesses

outros, alheios aos interesses do trabalhador, não podem nortear os novos rumos desse ramo do Direito.

CONCLUSÕES

Da análise de todos os argumentos anteriormente aventados, concluímos que a demanda flexibilizadora encerra muita ideologia e um pouco de verdade. Antes de tudo, parece, portanto, necessário descartar as falácias e identificar os problemas reais, para, em seguida, identificar os fundamentos verdadeiros dessa pretensão e, finalmente perguntar-se se é possível articular um sistema de Direito do Trabalho e de relações de trabalho que atenda, sim, às necessidades reais de adaptação, mas sem desproteger o trabalhador¹¹³.

Como visto, muitos autores, compondo a maioria da doutrina, acreditam que as demandas de desregulamentação e de flexibilização, na verdade, respondem, em sua maior parte, à ineficiência econômica e ao atual desequilíbrio de forças entre capital e trabalho, utilizando-se determinada ideologia como fundamento. Entretanto, a questão vai além de opostos extremos.

Se traçarmos um gráfico marcando as datas das reformas desregulamentadoras ou flexibilizadoras e se forem superpostas à linha do desemprego, poder-se-ia “demonstrar” que a flexibilização gera desemprego. Talvez não seja assim, mas o nível de emprego é muito mais suscetível às grandes variáveis macroeconômicas (taxa de juros, taxa de câmbio, investimento, poupança) do que à rigidez ou fraqueza da legislação do trabalho.

A Organização Internacional do Trabalho, em suas publicações mais recentes já afirma abertamente que, em geral, as reformas flexibilizadoras não têm contribuído para gerar emprego, mas, em compensação, teriam contribuído para deteriorar a qualidade do emprego restante.

Diante desse cenário, questiona-se: como articular um modelo alternativo do Direito do Trabalho e de relações de trabalho que atenda às necessidades de adaptação flexível às novas tecnologias, mas sem desproteger o trabalhador?

¹¹³ URIARTE, Oscar Ermida. Op. cit., p. 55.

A incapacidade do sistema econômico de criar ou manter empregos tem levado seus cultores a “culpar” o Direito do Trabalho, que seria um dos obstáculos à sua ação. O fato é que o verdadeiro problema do emprego não é o Direito do Trabalho nem o sistema de relações de trabalho, cuja incidência no emprego é muito relativa. O verdadeiro problema é um sistema econômico que destrói mais do que gera postos de trabalho.

Como mencionado anteriormente no presente trabalho, os direitos trabalhistas ou o grau de proteção do trabalhador afetam muito pouco o custo social da produção e menos ainda o preço de venda de um produto. Por que então responsabilizar esse fator pela pouca ou alta competitividade? Não seria mais razoável buscar soluções nos outros fatores de produção?

Entretanto, acreditamos que o direito que não observa a realidade dos fatos é direito que não se realiza, que não tem eficácia. E que, apesar das ressalvas anteriormente feitas, existe uma flexibilização inteligente, que é não só aconselhável, mas até indispensável. É inteligente a flexibilização quando ela se desenvolve de modo a favorecer uma aplicação prática, fácil e eficiente das normas legais, pela supressão dos requisitos legais excessivamente minuciosos ou burocráticos, sem que ocorra, entretanto a mitigação dos direitos indisponíveis do trabalhador. Daí a sua importância.

Nesse sentido, imprescindível que a dignidade da pessoa humana do trabalhador seja respeitada. Os abusos cometidos sob a argumentação de simples “ajustes necessários” ao desenvolvimento econômico devem ser coibidos, sob pena de afronta aos princípios insculpidos na Constituição Federal.

Em contrapartida, ao lado da flexibilização inteligente, existe uma flexibilização irracional, que é aquela que pode ser tomada como sinônimo da desregulamentação do direito do trabalho. Isso sim é inaceitável¹¹⁴.

Com base nessas mesmas idéias, é possível propor outra maneira de planejar o desenvolvimento econômico e, ao mesmo tempo, evitar que a precarização das relações de trabalho seja intensificada a partir da flexibilização de suas normas reguladoras.

¹¹⁴ RUSSOMANO, Mozart Victor. Op. cit., p. 313.

Assim, acredita-se que as alianças entre os diversos movimentos sociais, por meio da conjunção de forças sociais, podem contribuir para tanto e, sobretudo, para a construção de um Direito do Trabalho capaz de atender às atuais demandas do século XXI, sem para isso seja necessário o retrocesso às aviltantes condições de trabalho dos séculos anteriores.

BIBLIOGRAFIA

ABDALA, Vantuil. Jornada de trabalho: flexibilização. *Revista do Tribunal Superior Fo Trabalho*, Brasília, n. 64, p. 46-52, 1995.

ABUD, Cláudia José. *Jornada de trabalho e a compensação de horários*. São Paulo, Atlas, 2008.

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 1995;

_____. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2003;

BATTAGLIA, Felice. *Filosofia do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1958;

BARROS JÚNIOR., Cássio Mesquita. *Trabalho e processo*. São Paulo: Saraiva, 1994, nº 2. Flexibilização no direito do trabalho.

_____. Flexibilização do Direito do Trabalho. *LTr: revista legislação do trabalho*, São Paulo, v. 59, n. 8, p. 1034-1045, ago. 1995.

_____. O futuro do Direito do Trabalho. *LTr: revista legislação do trabalho*, São Paulo, v. 66, n.5, p. 524-529, mai.2002.

BELTRAN, Ari Possidonio. *Flexibilização, globalização, terceirização e seus impactos nas relações de trabalho*. LTr: Revista Legislação do Trabalho, São Paulo, 1997;

_____. *Dilemas do Trabalho e do Emprego na Atualidade*. São Paulo: LTr, 2001;

_____. *Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais*. São Paulo: LTr, 2002;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004;

CARDOSO, Alexandre de Almeida. *O princípio protetor diante da flexibilização das condições de trabalho*. 1999. 139 fls. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) – Universidade de São Paulo, São Paulo;

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2008;

CESARINO JUNIOR, Antonio Ferreira. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1993;

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Flexibilização com *fair play*? LTr: revista legislação do trabalho, São Paulo, v. 65, n. 09, p. 1046-1050, set. 2001;

_____. Direitos Humanos e Direitos Sociais: interpretação evolutiva e segurança social. *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e Seguridade Social*. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 117-135, jan/jun. 2006.

_____. O contrato individual do trabalho no contexto neoliberal: uma análise crítica. *LTr: revista legislação do trabalho*. São Paulo, v. 67, n.4, p. 422-429, abr. 2003.

_____. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. In CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. (coords.). *Direito Previdenciário e Constituição*. São Paulo: LTr, 2004.

CREPALDI, Joaquim Donizeti. *O princípio de proteção e a flexibilização das normas do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 7ª Ed., São Paulo: LTr, 2008.

_____. *Jornada de trabalho e descansos trabalhistas*, 3ª ed., São Paulo: LTr, 2003.

DINIZ, José Janguê Bezerra. *O Direito e a Justiça do Trabalho diante da Globalização*. São Paulo: LTr, 1999.

FARIA, José Eduardo. *Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

_____. *Novos desafios da justiça do trabalho*. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. *Direito do trabalho na era do desemprego: instrumentos jurídicos em políticas públicas de fomento à ocupação*. São Paulo: LTr, 1999.

FURTADO, Celso. *O mito do desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974.

GOMES, Ana Virginia Moreira. *A aplicação do princípio protetor no Direito do Trabalho*. São Paulo, Ltr, 2001.

GOMES, Orlando e GOTTSALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

GORZ, André. *Metamorfoses do trabalho*. 1ª ed. Trad. Ana Montoia. São Paulo: Annablume, 2003.

_____. *Crítica da divisão do trabalho*. Trad. Estela dos Santos Abreu. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. São Paulo: Editora Atual, 2000.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

JAVILLIER, Jean-Claude. *Droit du Travail*. 7ème éd. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Atlas, 1982.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *Interpretação e aplicação do direito do trabalho a luz dos princípios jurídicos*. São Paulo: Ltr. 1988.

_____. *Os princípios do direito do trabalho na lei e na jurisprudência*. São Paulo: Ltr, 2000.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

_____. A fúria. *Revista LTr.*, vol. 66, n. 11, Novembro de 2002.

MAGANO, Octavio Bueno. A determinação da norma mais favorável. Anais do X Congresso Ibero-americano de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, Montevideo, Abril de 1989, Tomo I.

_____. A flexibilização do Direito do Trabalho. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 54, p. 7-13, dez. 1998.

_____. Direito do trabalho e direito econômico. *LTr*: revista legislação do trabalho, São Paulo, v. 39, n. 7, p. 726-732, jul. 1975.

_____. O direito do trabalho e as tendências neoliberais. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 78, Junho de 1992.

MANNRICH, Nelson. *Limites da flexibilização das normas trabalhistas*. Revista do Advogado, São Paulo, n. 54. dez. 1998.

_____. *Modernização do contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

MARANHÃO, Délio, SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. São Paulo, 23ª ed., LTr, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O desemprego estrutural e conjuntural. *LTr*: revista legislação do trabalho, São Paulo, v. 60, n. 5, p. 591-592, maio 1996.

MARTINS, Sergio Pinto. *A continuidade do contrato de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Contrato de trabalho de prazo determinado e banco de horas*. São Paulo, Atlas, 2002.

_____. *Direito do Trabalho*. 24ª ed., São Paulo, Atlas, 2008.

_____. *Flexibilização das condições de trabalho*. 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2004.

MONTEIRO DE BARROS, Alice. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003.

MORATO, João Carlos Castilho. *Globalismo e flexibilização trabalhista*. Belo Horizonte: Inédita, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Flexibilização do Direito do Trabalho: dimensão e experiência brasileira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 99, v. 369, p. 31-38, set./out.2003.

_____. *História do trabalho, do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. *Tendências de flexibilização das normas reguladoras das relações de trabalho no Brasil*. In: *Revista LTr*. São Paulo, vol. 59, n. 8, ago. 1995, pp. 1022-5.

_____. *Reflexos da flexibilização no conceito de salário*. In: *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*. São Paulo, vol. 7, n. 7, p. 39-48, 1999.

NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. *Flexibilização do horário de trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

OFFE, Claus. *Capitalismo Desorganizado: transformações contemporâneas do trabalho e da política*. Trad. Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Brasiliense, 1995.

OLIVEIRA, Carlos Afonso Barbosa de (org). *O mundo do trabalho: crise e mudança no final do século*. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Manual de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PASTORE, José. *A agonia do emprego*. São Paulo: LTr, 1997.

_____. *Encargos Sociais no Brasil e no Exterior*, São Paulo: LTr, 1994, p. 111.

_____. *Flexibilização dos mercados de trabalho e contratação coletiva*. São Paulo: LTr, 1994.

REALE, Miguel. A globalização da economia e o Direito do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 61, 1997.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim *O moderno direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Flexibilização no direito do trabalho*. Brasília: Thomson, 2003.

SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter: as conseqüências pessoais do trabalho no novo capitalismo*. 8ª ed. Trad. Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Record, 2004.

SILVA, José Augusto Ferreira da. Painel: Flexibilização do Direito do Trabalho em Portugal. In: FÓRUM INTERNACIONAL SOBRE FLEXIBILIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO, 2003, Brasília. *Flexibilização no direito do trabalho*. São Paulo, IOB Thomson, 2004, p. 119-128.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 23ª edição, 2007.

SILVA, Otavio Pinto e. *A contratação coletiva como fonte do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. A função do Direito do Trabalho no mundo atual. In CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Curso de Direito do Trabalho*. Coleção Pedro Vidal Neto, volume I, Teoria Geral do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007.

_____. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Walküre Ribeiro Lopes da. Autonomia privada, ordem pública e flexibilização do Direito do Trabalho. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz (Org.). *Faculdade de*

Direito: o ensino jurídico no limiar do novo século. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 211-221.

URIARTE, Oscar Ermida. *A flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002.

VITELLI, Eliana Pedroso. O princípio da proteção em face da flexibilização dos direitos trabalhistas. *LTr: revista legislação do trabalho*, São Paulo, v. 62, n.º 10.

ZANTUT, Jamil. Teoria da flexibilização no direito do trabalho. *LTr: legislação do trabalho, suplemento trabalhista*, São Paulo, v. 28, 1992.

RESUMO

O tema deste estudo refere-se à análise da flexibilização da jornada de trabalho no âmbito da relação de emprego, sua importância no atual cenário de atividades profissionais cada dia menos tradicionais e, por fim, os limites a serem impostos à flexibilização. A pesquisa tem também como objetivo conceituar o mecanismo de flexibilização do Direito do Trabalho, bem como fixar os limites mínimos de proteção ao trabalhador, diante das tão velozes mudanças oriundas das novas tecnologias de produção.

A presente pesquisa visa desmistificar a argumentação de que o entrave ao pleno desenvolvimento econômico e social de um país está nas amplas proteções dadas ao trabalhador, vindo estas a sofrerem sérios e constantes golpes em suas estruturas, sob o rótulo de “flexibilização”, mas que, na verdade, correspondem à própria desregulamentação do Direito do Trabalho e mitigação de seus princípios basilares.

Com o aprofundamento da pesquisa em relação à flexibilização da jornada de trabalho na relação de emprego, conclui-se que esta deve ser pautada não apenas pelas demandas do mercado de trabalho, mas também pelo fundamento da dignidade da pessoa humana do trabalhador e pelo princípio protetor do Direito do Trabalho.

Por fim, se concluirá que o alcance de maior competitividade, bem como o aumento dos postos de trabalho, não podem simplesmente ser conquistados por meio da flexibilização da jornada de trabalho. O desemprego também deve ser combatido por meio da implementação de políticas públicas, ou seja, com mecanismos hábeis a equilibrar os interesses entre empregadores e empregados, com a finalidade de se evitar a mitigação de direitos indisponíveis do trabalhador.

ABSTRACT

The subject matter of this study concerns the analysis of the flexibilization of the working hours within the ambit of labor relationship, the importance thereof in the current professional activities scenario, which becomes increasingly less traditional and, finally, the limits to be imposed to said flexibilization. The research has also the purpose of conceptualizing the mechanism consisting in the flexibilization of the Labor Law, as well as setting minimum limits to employees' protection, in view of the rapid changes brought by the new production technologies.

This present paper is aimed at demystifying the thesis that the obstacle to a country's economic and social growth lies in the ample protections offered to employees, which end up undergoing serious and constant setbacks on their structures, under the "flexibilization" label, but which in fact correspond to the very deregulation of Labor Law and the mitigation of its fundamental principles.

As one deepens the research on the flexibilization of working hours within the scope of labor relationship, one concludes that it should be based not only on the labor market demands, but also on the dignity of the employee and the principles safeguarding Labor Law.

Finally, one shall conclude that improved competitiveness and increased labor opportunities are accomplished not simply through the flexibilization of working hours. Unemployment should also be fought by implementation of public policies, that is, through suitable mechanisms that enable balancing the interests of both employers and employees, in order to prevent the inalienable rights of the employees from being undermined.