

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

FACULDADE DE DIREITO

RICARDO AUGUSTO DE MORAES FORJAZ

FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO: Modernização ou Retrocesso?

São Paulo

2008

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

FACULDADE DE DIREITO

RICARDO AUGUSTO DE MORAES FORJAZ

FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO: Modernização ou Retrocesso?

Dissertação apresentada à Universidade
Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito
Político e Econômico

Orientadora: Professora Doutora Patrícia Tuma
Martins Bertolin

São Paulo

2008

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

FACULDADE DE DIREITO

RICARDO AUGUSTO DE MORAES FORJAZ

FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO: Modernização ou Retrocesso?

Aprovado em:

Nota:

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Patrícia Tuma Martins Bertolin (orientadora)
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Professora Doutora Vilma Dias Bernardes Gil
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Professora Doutora Laís Côrrea de Mello
Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo

Aos meus pais.

À minha esposa Erika, fonte inesgotável de amor e incentivo.

AGRADECIMENTOS

À orientadora desta dissertação, Professora Doutora Patrícia Tuma Martins Bertolin, pela oportunidade concedida e pela confiança em mim depositada.

RESUMO

No curso das décadas de oitenta e noventa do final do século XX assistiu-se à introdução de inúmeras propostas de alterações das leis do trabalho como forma de modernização da relação contratual entre patrão e empregado. Seus defensores, apoiados em políticas neoliberais, entendiam que estas reformas se faziam necessárias ante a incapacidade do Estado em adotar políticas econômicas garantidoras de emprego e também em razão das normas trabalhistas não refletirem mais a realidade social e econômica dos empresários e da classe operária. Apesar da resistência por parte de alguns setores da sociedade, inúmeras alterações foram realizadas naquelas duas décadas impondo grandes transformações à legislação do trabalho, que teve seu poder reduzido em detrimento da negociação no campo coletivo. Passados quase vinte anos das primeiras medidas de flexibilização dos direitos laborais, a dúvida que permanece é se aquelas alterações foram um avanço ou um retrocesso no que tange às relações de trabalho e se teriam essas alterações alcançado seus objetivos.

Palavras-chave: flexibilização – direito – trabalho.

RÉSUMÉ

Dans les années quatre vingts et quatre vingt dix on s'est assisté à l'introduction d' nombreuses propositions de modifications dans la législation du travail comme un moyen de modernisation de la relation contractuelle entre employeur et employée. Leurs défenseurs, soutenus par les politiques néolibérales, comprenaient que ces réformes se faisaient nécessaires avant l'incapacité de l'État adopter des politiques économiques qui doit garantir l'emploi et aussi parce que ses normes du travail ne reflètent pas la réalité sociale et économique des entrepreneurs et de la classe ouvrière. Malgré de la résistance, de certains secteurs de la société, de nombreuses modifications ont été réalisées dans ces deux décennies en imposant grand changement dans la législation du travail qui avait réduit son pouvoir au détriment à négociation collective. Passés presque vingt ans des les premières introductions de la flexibilité des droits de les ouvriers le doute qui reste c'est si ces modifications réalisées dans les décennies dernières ont été une avance ou une rétrocession dans laquelle concerne les relations de travail. Et plus, auraient ces modifications atteintes leurs objectifs.

Mots-clés : flexibilité – droit – travail.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO I – BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO	
1.1 Origem do Direito do Trabalho.....	10
1.2 Os princípios do Direito do Trabalho.....	16
1.3 O advento e a crise do Estado de Bem-estar Social.....	19
1.4 O Direito do Trabalho no Brasil.....	23
CAPÍTULO II - O DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO É MESMO RÍGIDO?	
2.1 A crise econômica dos anos oitenta e noventa no Brasil.....	30
2.2 Desregulamentação e Flexibilização.....	33
2.3 Movimento flexibilizatório dos anos noventa.....	35
CAPÍTULO III - SERIAM NOSSAS NORMAS TRABALHISTAS REALMENTE RÍGIDAS?	
3.1 O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.....	41
3.2 Redução salarial mediante negociação coletiva.....	44
3.3 Compensação da jornada (Banco de horas).....	47
3.4 Terceirização.....	50
3.5 Cooperativa de trabalho.....	55
3.6 Contrato por prazo determinado.....	58
3.7 Suspensão do contrato de trabalho.....	63
3.8 Perspectivas do contrato coletivo de trabalho e prevalência do negociado sobre o legislado.....	66
3.9 Dados do desemprego.....	72
CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	78

INTRODUÇÃO

No final do século passado assistiu-se à discussão sobre a necessidade de introdução de inúmeras propostas de alterações das leis do trabalho como forma de modernização da relação contratual entre patrão e empregado.

Seus defensores, apoiados em políticas neoliberais, entendiam que estas reformas se faziam necessárias ante a incapacidade do Estado em adotar políticas econômicas garantidoras de emprego e também em razão das normas trabalhistas não refletirem mais a realidade social e econômica dos empresários e da classe operária.

Para os adeptos destas reformas a globalização da economia impunha às empresas um grau de competitividade jamais experimentado pelo empresariado nacional, além da necessidade de grande investimento em tecnologia e a diminuição de gastos na produção.

A redução dos encargos sociais e a possibilidade de flexibilização e até precarização do trabalho passaram a ser consideradas essenciais para o bom desempenho econômico das empresas e conseqüentemente para a criação e manutenção dos postos de trabalho.

A tese da redução ou simplesmente a perda de direitos laborais seria aceitável para combater a crise do emprego que se iniciou no final da década de setenta. Derrogar-se-iam direitos para a preservação do emprego.

Por outro lado, os críticos desta nova ordem mundial entendiam que referidas mudanças na legislação representavam um retrocesso nas relações de trabalho, eis que muitos direitos que foram conquistados ao longo de anos de lutas acabaram reduzidos ou simplesmente suprimidos, numa situação de total precarização da relação de trabalho. Alegavam que a flexibilização desses direitos em momento algum assegurava ao trabalhador a garantia do emprego.

Apesar da resistência por parte de alguns setores da sociedade, inúmeras alterações foram realizadas, nas últimas décadas, na legislação brasileira, que acabaram por alterar significativamente o Direito do Trabalho.

O presente estudo visa analisar algumas dessas alterações avaliando se as normas vigentes podem ser definidas como flexíveis ou rígidas, e, portanto, se as críticas que continuam sendo formuladas ao Direito do Trabalho no Brasil, no sentido da sua rigidez, são válidas.

Examinaremos também, parte da legislação em vigor, a fim de avaliar se existe ou não a necessidade de adoção de mais flexibilização de nossas normas, e se a flexibilização dos direitos laborais realizada nas décadas passadas foi um avanço ou um retrocesso no que tange às relações de trabalho.

CAPÍTULO 1 - BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO

1.1 Origem do Direito do Trabalho

A História do Direito do Trabalho remonta ao período da industrialização da sociedade, decorrente da Revolução Industrial do século XVIII, que se iniciou na Inglaterra e depois se espalhou pelos demais países europeus, eis que as relações de trabalho existentes no período da Idade Média se situavam entre a escravidão e o trabalho servil aos senhores do feudo.

Délio Maranhão sintetiza essa transformação afirmando que:

A Revolução Industrial, com o surgimento das grandes empresas, das grandes concentrações de capital, trouxe ao cenário da História um novo personagem: o assalariado, cômico de sua insignificância como indivíduo e de sua realidade social como classe. O Direito do Código napoleônico – tradução, em termos jurídicos, do liberalismo econômico consagrado pelo triunfo da burguesia depois da Revolução Francesa – funda-se na autonomia da vontade, na liberdade de contratar. ‘Quem diz contratual, diz justo.’ Ao *laissez-faire* no mundo econômico correspondia o *laissez-faire* no mundo jurídico.¹

A condição a que estavam sujeitos os trabalhadores nesse período era de abandono à própria sorte sem qualquer apoio de grupos sociais intermediários ou do Estado, conforme destaca Octavio Bueno Magano².

O empregador, no apogeu do liberalismo, detinha não apenas o poder de gestão de seu estabelecimento, como também o poder sobre as condições de trabalho, que se traduzia, à época, em exploração sem limites de seus empregados, de quem era senhor absoluto.

¹ MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 14.

² MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. 4ª ed., Parte Geral. São Paulo: LTr, 1993, p. 18.

Este quadro de exploração a que eram submetidos os trabalhadores, sujeitos a jornadas prolongadas de trabalho, a baixos salários e a falta de segurança, gerou movimentos de contestação na Europa, como a Revolução Popular na França, em 1848, e a publicação do Manifesto Comunista.

Neste cenário de péssimas condições de trabalho a que estavam sujeitos os empregados durante a Revolução Industrial e a falta de intervenção estatal criaram as circunstâncias para o aparecimento do Direito do Trabalho.

Assim, diante dessas contestações, que poderiam ameaçar o poder de exploração dos empregadores, e com o intuito de preservar o sistema capitalista, que àquela altura já dominava toda a sociedade ocidental, surgiram na Europa algumas leis de natureza trabalhista, estabelecendo a proibição de trabalho de menores em determinados ofícios considerados perigosos, limitação da jornada de trabalho, vedação de trabalho aos domingos, entre outros temas³.

Apesar da criação de leis esparsas por determinados países, a fiscalização estatal para aplicação e cumprimento das normas voltadas a reger as relações entre empregados e patrões era quase nula, tendo em vista que, naquela época, ainda vigorava o ideal liberal de um Estado ausente na área econômica.

As primeiras leis editadas na França de proteção e regulação da relação de trabalho apareceram timidamente, todavia o contrato de trabalho ainda permanecia como uma relação contratual civil ajustada livremente por partes, munidas, supostamente, de igualdade jurídica.

³ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2004, p. 18.

Mas havia a necessidade de buscar soluções para os conflitos entre patrões e empregados, que não eram e não poderiam ser solucionados com base nos princípios gerais do Código Civil Francês, já que este fora concebido por revolucionários liberais e fora elaborado de forma a atender aos ideais burgueses pós-revolução. Aqueles ideais de liberdade nas relações privadas sem a interferência estatal rumavam em sentido contrário ao princípio de proteção ao trabalho e ao trabalhador.

A busca de regulação do trabalho, com a finalidade de proteção da dignidade humana, acabou por distanciar as leis civis do anseio laboral. Desta forma, o Direito do Trabalho começou a se estruturar, fundado na idéia de que a liberdade contratual não poderia ser aplicada neste caso, eis que a tão propagada igualdade entre as partes não seria possível nas relações de trabalho, em face da grande desigualdade econômica existente entre empregado e patrão.

Entretanto, neste período, apesar das manifestações sobre a necessidade da intervenção estatal nas relações de trabalho, as Constituições, na sua maioria liberais, pouco ou nada se referiam a direito social e trabalhista, sendo a proteção, quando existente, restrita a leis hierarquicamente inferiores.

Somente no início do século XX, com a adoção de Constituições Sociais por alguns países, as medidas de restrição à autonomia da vontade e de concessão de direitos aos trabalhadores passaram a ser também objeto de normas constitucionais.

A primeira Carta a elevar de forma sistemática os direitos sociais e do trabalho ao patamar de norma constitucional foi a mexicana de 1917, elaborada sob o calor de uma revolução que se alastrava por seis anos, desde a queda do ditador Porfírio Díaz, em 1911.

Aprovada às pressas, em virtude das instabilidades decorrentes da Revolução, a célebre Constituição Mexicana de 1917, em seu artigo 123, criou as primeiras regras com o objetivo de proteção dos trabalhadores, ao estabelecer direitos e garantias fundamentais como a jornada de oito horas, jornada noturna limitada a sete horas, proibição de trabalho de menores de 14 anos, descanso semanal, proteção à trabalhadora grávida bem como estabelecimento de um período de licença pré e pós-parto, salário mínimo, igualdade salarial⁴.

Em que pese o pioneirismo da Constituição Mexicana de 1917, que elevou à garantia constitucional as normas de proteção ao trabalho, a sua influência sobre outras Constituições foi quase nula, eis que o Estado Mexicano não tinha grande relevância no panorama mundial do início do século XX, a ponto de influenciar outras nações, principalmente por haver uma grande diferença cultural e social entre a sociedade mexicana, predominantemente agrária, e a europeia industrializada.

⁴ “Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la ley. El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes, deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

A. Entre los obreros, jornaleros, empleados, domésticos, artesanos y, de una manera general, todo contrato de trabajo:

I. La duración de la jornada máxima será de ocho horas;

II. La jornada máxima de trabajo nocturno será de siete horas. Quedan prohibidas: las labores insalubres o peligrosas, el trabajo nocturno industrial y todo otro trabajo después de las diez de la noche, de los menores de dieciséis años;

III. Queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de catorce años. Los mayores de esta edad y menores de dieciséis tendrán como jornada máxima la de seis horas;

IV. Por cada seis días de trabajo deberá disfrutar el operario de un día de descanso, cuando menos;

V. Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el periodo de lactancia, tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos;

VI. Los salarios mínimos que deberán disfrutar los trabajadores serán generales o profesionales. Los primeros regirán en las áreas geográficas que se determinen; los segundos se aplicarán en ramas determinadas de la actividad económica o en profesiones, oficios o trabajos especiales.

Los salarios mínimos generales deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveerla educación obligatoria de los hijos. Los salarios mínimos profesionales se fijarán considerando, además, las condiciones de las distintas actividades económicas.

Los salarios mínimos se fijarán por una comisión nacional integrada por representantes de los trabajadores, de los patrones y del gobierno, la que podrá auxiliarse de las comisiones especiales de carácter consultivo que considere indispensables para el mejor desempeño de sus funciones;

VII. Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo, ni nacionalidad;

VIII. El salario mínimo quedará exceptuado de embargo, compensación o descuento; [...].”

Os países europeus reconheceram a necessidade de intervenção estatal nas relações do trabalho com a assinatura do Tratado de Versalhes em 1919, que pôs termo à primeira Guerra Mundial e previu, na sua Parte XIII, a criação da Organização Internacional do Trabalho com a finalidade de buscar a edição de normas e maneiras de fiscalização estatal para a proteção dos trabalhadores, de forma que os Estados pudessem criar condições dignas de trabalho e ao mesmo tempo impor o poder estatal para o cumprimento destas normas.

O artigo 427 do tratado assinado no Palácio de Versalhes dedicou-se aos fundamentos que hoje norteiam o Direito do Trabalho⁵.

No mesmo ano, na Alemanha — que sofria uma profunda crise econômica, resultante dos prejuízos financeiros de uma guerra prolongada, das perdas de territórios e das colônias e de uma profunda crise institucional que beirava a guerra civil —, foi aprovado pela Assembléia Nacional o novo texto constituinte, que elevou à norma constitucional a regulação e proteção às condições de trabalho, tendo aquela Constituição se tornado modelo em matéria de direitos sociais para diversas nações Européias.

⁵ 1º - O princípio diretivo antes enunciado de que o trabalho não deve ser considerado como mercadoria;

2º - O direito de associação visando a alcançar qualquer objetivo não contrário às leis, tanto para os patrões como para os assalariados;

3º - O pagamento aos trabalhadores de um salário que lhes assegure um nível de vida conveniente, em relação com sua época e seu país;

4º - A adoção da jornada de oito horas ou as quarenta e oito horas semanais, como objetivo a alcançar-se onde ainda não se haja logrado;

5º - A adoção de um descanso semanal remunerado de vinte e quatro horas, sempre que possível aos domingos;

6º - A supressão do trabalho das crianças e a obrigação de impor aos trabalhos dos menores de ambos os sexos as limitações necessárias para permitir-lhes continuar sua instrução e assegurar seu desenvolvimento físico;

7º - O princípio do salário igual, sem distinção de sexo, para um trabalho de igual valor;

8º - As leis promulgadas em cada país, relativas às condições de trabalho, deverão assegurar um tratamento econômico eqüitativo a todos os trabalhadores que residem legalmente no país;

9º - Cada Estado deverá organizar um serviço de inspeção que inclua mulheres, a fim de assegurar a aplicação das leis e regulamentos para a proteção dos trabalhadores.

A Constituição Alemã de 1919 dispunha em alguns de seus 165 artigos de normas sobre direitos sociais como a assistência à maternidade (artigo 119 e 161); o direito à educação dos filhos (artigo 120); o direito à pensão, em caso de falecimento, e à aposentadoria do servidor público (artigo 129); o ensino obrigatório público e gratuito (artigo 145); a função social da propriedade e a desapropriação de terras (artigo 153); o direito a uma habitação sadia (artigo 155); o direito ao trabalho (artigos 177 e 162); o direito da classe operária a “um mínimo geral de direitos sociais” (artigo 162); o seguro-desemprego (artigo 163); o direito à participação, por meio de Conselhos, na fixação das condições de trabalho e do salário e no desenvolvimento econômico das forças produtivas (artigo 165), e estabelecia, no seu artigo 151, que a organização da vida econômica deve ter por objetivo garantir a todos uma existência digna.

Neste período, pós-primeira guerra, os ideais de Weimar foram fonte de inspiração para a elaboração das Constituições de vários países, conforme precisou Arnaldo Süssekind⁶, ao enumerar as nações que incluíram em seus textos os direitos sociais do trabalhador, como as Constituições soviéticas de 1918 e 1935, a austríaca de 1920, a polonesa de 1921, a iugoslava de 1921, a hondurenha de 1924, a chilena de 1925, a equatoriana de 1929, a dominicana de 1929, a espanhola de 1931, a brasileira de 1934, a peruana de 1933, a uruguaia de 1934, a colombiana de 1936 e 1945, a boliviana de 1938, a nicaragüense de 1939 e a partir da término da Segunda Guerra Mundial quase todas as novas Constituições.

A edição das normas trabalhistas no cenário internacional representou, de certa forma, uma conquista dos trabalhadores, mas de outro modo elas foram em parte permitidas pelas classes dominantes, que, com receio da proliferação de revoluções proletárias como a ocorrida na Rússia em 1917, acabaram por conceder algumas proteções ao trabalhadores como meio de sobrevivência da estrutura capitalista e de sua divisão de classes.

⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2004, p. 28.

Neste contexto, de agitações nos países europeus e de recessão mundial devido à crise de 1929, o Direito do Trabalho firmou-se como forma de regular as relações de emprego, compreendidas como tais as chamadas relações de trabalho subordinado típico.

1.2 Os princípios do Direito do Trabalho

A construção do Direito do Trabalho não se limitou a um agrupamento de normas e na busca da igualdade entre as partes decorrente da isonomia jurídica, tendo sido construída baseada em princípios a partir dos quais se formaram as regras trabalhistas.

Estes princípios refletiam a necessidade de reação à injustiça social a que eram submetidos os trabalhadores, reação esta que deveria partir do Estado para regular as relações de trabalho.

Plá Rodriguez, autor da mais completa obra sobre o tema, cita entre outros os princípios da proteção, da irrenunciabilidade dos direitos, da continuidade do contrato e o da primazia da realidade, como princípios do Direito do Trabalho.

Segundo o jurista uruguaio, o princípio da proteção “refere-se ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador.”⁷

A busca da igualdade, no Direito do Trabalho, se fez mediante a proteção do trabalhador como forma de compensar a superioridade econômica patronal.

⁷ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 28.

Alfredo Ruprecht afirma que este princípio, ao criar uma norma mais favorável com o intuito de equilibrar as desigualdades econômicas e a fraqueza do trabalhador diante do empregador, “implicou na violação do tradicional princípio da igualdade jurídica das partes, inclinando-se a favor de umas das partes para compensar certas desvantagens”.⁸

Referindo-se a este princípio Plá Rodriguez o dividiu em três regras por meio das quais ele se exterioriza: *in dubio, pro operario*, regra da aplicação da norma mais favorável e regra da condição mais benéfica.⁹

A primeira regra, *in dubio pro operario*, permite ao magistrado que diante de dúvida sobre a aplicação ou não de uma norma legal interprete, desde que não exista lei em contrário, a favor do empregado.

A regra da aplicação da norma mais favorável difere-se em muito do direito privado, em que no conflito entre duas normas será analisado o valor hierárquico, posto que no Direito do Trabalho se houver diversas normas que regem uma mesma circunstância prevalecerá aquela que for mais benéfica ao trabalhador, independente da ordem hierárquica legislativa.

A terceira regra do princípio da proteção, a aplicação da condição mais benéfica, importa na garantia de preservação da cláusula contratual mais vantajosa ao empregado.

Assim, os benefícios já conquistados não poderão ser modificados *in pejus*, eis que já incorporados ao patrimônio do trabalhador.

⁸ RUPRECHT, ALFREDO J. *Os Princípios do Direito do Trabalho*. Trad. Edilson Alkimin Cunha. São Paulo: LTr, 1995, 9.

⁹ Idem, p. 42.

O segundo princípio, da irrenunciabilidade dos direitos, garante que as vantagens asseguradas aos trabalhadores são, de certa forma, irrenunciáveis. É “a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito do trabalho em benefício próprio”.¹⁰

O princípio da continuidade do vínculo jurídico trabalhista visa a permanência da relação contratual a fim de conferir segurança, principalmente ao trabalhador. Sua finalidade é fazer com que a relação de trabalho não se deteriore por vontade de uma das partes, mais precisamente do empregador.

Para Américo Plá Rodriguez¹¹ o alcance deste princípio encontra-se nas seguintes projeções:

- 1- preferência pelos contratos de duração indefinida;
- 2- amplitude para a admissão das transformações do contrato;
- 3- facilidade para manter o contrato, apesar dos descumprimentos ou nulidades em que se haja incorrido;
- 4- resistência em admitir a rescisão unilateral do contrato, por vontade patronal;
- 5- interpretação das interrupções dos contratos como simples suspensões;
- 6- manutenção do contrato nos casos de substituição do empregador;

O objetivo deste princípio não é buscar a eternidade do contrato de trabalho, já que as partes encontram-se livres para rescindir a qualquer momento o contrato, mas dotar o empregado de certa estabilidade contra a imprecisão e risco econômico os quais estão sujeitos os empregadores.

O princípio da primazia da realidade, descrito por Plá Rodriguez e adotado pela maioria dos doutrinadores, afasta-se categoricamente dos princípios gerais do

¹⁰ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 63.

¹¹ Ob. cit. pg. 143

direito, eis que o documento formal não possuirá validade se constatada realidade fática bem diferente dos ajustados formalmente.

A realidade dos fatos prevalece sobre supostos acordos formais realizados entre empregados e empregadores objetivando este princípio buscar a apuração da realidade.

Para o Direito do Trabalho prevalece a primazia dos fatos sobre os documentos que podem não corresponder à realidade, seja em decorrência de erro entre as partes, seja por simulação quando imposto a mando do empregador para encobrir uma relação de trabalho ou diminuir determinados direitos conferidos ao trabalhador, ou seja até mesmo por uma mera falta de atualização de dados referentes a alterações contratuais.

Genericamente, a doutrina acolheu a classificação dos Princípios do Direito do Trabalho definidos por Plá Rodriguez, que entendemos suficiente para os fins desta pesquisa.

1.3 O advento e a crise do Estado de Bem-estar Social

O modelo de Estado de Bem-estar Social traduz-se pela adoção de normas públicas aliadas a uma maneira de organização da sociedade civil em que se dá preferência às idéias de liberdade, democracia, valorização da pessoa humana e do trabalho, especialmente do emprego¹².

Coloca-se o Estado como agente desta promoção de políticas públicas que visa garantir serviços públicos e proteção à população.

¹² DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. O Estado de Bem-Estar Social no capitalismo contemporâneo. In: Revista LTR, volume 71, n. 10, outubro de 2007, p. 1159.

Segundo Maurício Godinho Delgado, as bases para o desenvolvimento do Estado de Bem-estar Social se formaram na segunda metade do século XIX:

Sua história firma-se a partir de finais do século XIX, com a emergência das organizações sindicais e políticas dos trabalhadores no capitalismo ocidental, ao lado do começo das políticas sociais dos Estados (inicialmente previdenciárias e acidentárias do trabalho). Este marco situa-se, no plano político-sindical, nos movimentos trabalhistas e socialistas estruturados na Inglaterra, França e Alemanha, espalhando-se para outros países capitalistas mesmo ainda na segunda metade do século XIX. No plano político-institucional, situa-se na absorção gradativa pelas ordens jurídicas européias de normas trabalhistas, conferindo cidadania social e política aos trabalhadores, como indivíduos e como grupo social. Neste plano, a Conferência de Berlim, de 1890, envolvendo 14 Estados europeus, ao fixar uma série de normas trabalhistas a serem seguidas pelos respectivos Estados convenientes, teve importante papel na construção do EBES.¹³

Entretanto, é no século XX que o Estado de Bem-estar Social vai se estruturar, desenvolvendo a política social dos anos trinta aos setenta.

No período posterior à Segunda Guerra Mundial, as nações ocidentais sofreram forte influência dos Estados Unidos, que passaram a destinar grande aporte de recursos financeiros às nações européias, como meio de mantê-las fora do alcance dos ideais comunistas e socialistas.

O grande fluxo de capital destinado à reconstrução das nações devastadas pela guerra, aliado ao bom momento das economias mundiais, fez com que esses países tivessem um favorável momento econômico, em que o papel do Estado de Bem-estar Social foi a sua expressão máxima.

Este período de crescimento econômico começou a mudar na década de setenta, com a crise do padrão dólar/ouro e com a crise no ano de 1973, quando os preços do petróleo triplicaram em decorrência da retaliação dos países exportadores de petróleo aos Estados Unidos e Europa por apoiarem Israel na Guerra do Yom Kippur.

¹³ Idem, *ibidem*.

No final dos anos setenta nova crise econômica sobreveio, quando o regime do xá do Irã Mohamed Reza Phalevi, aliado incondicional dos norte-americanos, foi sucedido pelo radical xiita Aiatolá Komeini, causando grande instabilidade na frágil região do oriente médio.

Por terem uma economia altamente dependente do petróleo, os Estados Unidos e grande parte da Europa sofreram um revés econômico que se alastrou pela década de setenta, gerando forte recessão e enormes *deficits* nas balanças comerciais.

Como consequência da crise econômica sofrida e pela ineficiência dos Estados para contê-la surgiram defensores do resgate do liberalismo econômico, pregando a não intervenção do Estado nos assuntos econômicos e sociais, com redução dos gastos nas áreas sociais.

Com a ascensão de governos conservadores como o de Margareth Thatcher, a Dama de Ferro, em 1979, na Grã Bretanha, de Ronald Reagan, nos Estados Unidos, e de Helmut Kohl, na Alemanha Ocidental, os defensores do neoliberalismo puderam pôr em prática várias medidas voltadas à desregulamentação do mercado e à precarização das relações de trabalho, como a redução das jornadas e conseqüentemente do salário no caso inglês, redução dos gastos sociais e outras medidas liberais, como privatizações, enfraquecimento dos sindicatos, tudo em defesa da economia de livre mercado, da competitividade e da globalização.

Sobre este período da história, José Luís Fiori assinala:

Algo completamente diferente se passou com o novo liberalismo que, nas duas últimas décadas do século XX, se transformou numa arma de ataque, não apenas contra o protecionismo e a regulação econômica estatal, mas também contra o *welfare state*, uma das principais obras da democracia de massa da segunda metade do século XX. O estado do bem-estar social, entretanto é considerado pelos neoliberais apenas o produto de uma convivência perversa entre as demandas excessivas da população e a irresponsabilidade fiscal dos governantes.¹⁴

¹⁴ FIORI, José Luís. *60 lições dos 90: Uma década de neoliberalismo*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 79.

Com discursos populares à classe média americana e europeia (como “Não há sociedade, só indivíduos”, proferido por Margareth Thatcher e “Governo não é solução, é problema”¹⁵, alardeado pelo seu colega americano, Ronald Regan), os líderes das nações industrializadas tentavam combater a crise fiscal com redução dos gastos sociais originados do modelo do Estado de Bem-estar Social, que nessa época já era alvo de críticas diante da nova economia capitalista globalizada.

Esta nova ideologia que culminou com o desmantelamento do Estado de Bem-estar Social nos países mais industrializados era defendida, segundo Márcio Túlio Viana, sob a alegação da ineficiência estatal para solucionar os problemas econômicos que enfrentavam estes países:

No discurso da moda, o Estado é sempre paternalista, o sindicato faz baderna, funcionário público não trabalha, todo juiz é marajá, ensino deve ser pago, nada como a livre negociação, o melhor é privatizar, o direito deve ser flexível.¹⁶

Para Marcio Pochmann¹⁷, o fracasso político e econômico dos governos de esquerda na Europa no início dos anos oitenta (como o de François Mitterrand na França, Felipe Gonzáles na Espanha e Mario Soares em Portugal) contribuiu, ainda que em menor escala, para a difusão do ideário neoliberal como receita à crise econômica mundial.

Este contexto de transformações das políticas sociais e econômicas, ocorridas nas décadas de setenta e oitenta, de um estado mínimo, não intervencionista, alterou não apenas a relação entre estado e sociedade nos países mais industrializados, mas também naqueles em que sequer se haviam constituído efetivos Estados de Bem-estar Social, como no caso brasileiro e dos demais países periféricos.

¹⁵ VIANA, Márcio Túlio. *A proteção do trabalhador no mundo globalizado. Direito do Trabalho: Evolução, Crise, Perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004, p. 167.

¹⁶ Idem, p. 168.

¹⁷ POCHMANN, Marcio. *O trabalho sob fogo cruzado*. São Paulo: Contexto, 1999, p. 14.

Segundo José Luis Fiori¹⁸, o início destas novas políticas para o mercado financeiro promovidas pelos governos Reagan e Thatcher impôs aos demais países desenvolvidos as mesmas regras políticas liberais de desregulamentação dos mercados, sob pena de uma fuga massiva de capitais em direção a *Wall Street* e à *City*, caso os países não adotassem essas novas premissas.

Ainda segundo o mencionado autor, este novo modelo anglo-saxão, definido como “desregulação competitiva” movida pelo poder das “altas finanças”, alastrou-se aos países latino-americanos que eram pressionados pela crise e renegociação das suas dívidas externas.

1.4 O Direito do Trabalho no Brasil

No Brasil, que teve a sua entrada na era industrial quase duzentos anos depois da Revolução Inglesa, as primeiras disposições sociais foram introduzidas ainda no período imperial, conforme assinala Jorge Luiz Souto Maior¹⁹, destacando a regulamentação do contrato de prestação de serviços feito por brasileiro ou estrangeiro dentro do Império em 13 de setembro de 1830 e ainda a Lei 108, de 11 de outubro de 1837, que tratava dos contratos de locação de serviços de colonos.

Em face da utilização de mão-de-obra escrava em larga escala e por ser o Brasil um país predominantemente agrário, sem ainda ter sofrido a influência da Revolução Industrial européia, referidas leis tiveram pouco alcance, eis que a maioria das pessoas que exerciam o trabalho não era trabalhadora e sim escrava, não abrangida pela proteção da lei.

¹⁸ FIORI, José Luís. *60 lições dos 90: Uma década de neoliberalismo*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 32.

¹⁹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O Direito do Trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 68.

No entanto, foi no período republicano que as normas legislativas referentes às relações de trabalho passaram a ser debatidas no país, não porque o pensamento dos governantes à época almejasse tais ideais, eis que o primeiro período republicano foi marcado pela forte presença da oligarquia, órfã do regime escravocrata, mas em decorrência de vários fatores que levaram naturalmente à regulamentação pelo Estado das normas de proteção ao trabalho.

O fator histórico inicial de mudança nas relações do trabalho foi o fim do regime da escravidão, no final do período monárquico-imperial, que acabou por abrir postos de trabalho, tendo sido a mão-de-obra escrava rapidamente substituída por imigrantes, procedentes principalmente da Europa.

Após sucessivas crises da lavoura brasileira e a implantação das primeiras zonas industriais no país, esses imigrantes deixaram a zona rural em direção aos centros urbanos, onde formariam a classe operária.

Por serem oriundos de países onde a Revolução Industrial já se encontrava em estágio avançado e por terem tido contato com os movimentos sociais europeus, entre eles o anarco-sindicalismo, esses trabalhadores exerceram forte influência nas primeiras manifestações contra as condições a que eram submetidos os operários.

Conforme relata Segadas Vianna²⁰, no início do século XX se acentuou o interesse dos legisladores pela condição de trabalho do operário, tendo alguns projetos sido transformados em lei — como a Lei 1.150, de 5 de janeiro de 1905, que instituiu o privilégio para pagamento de dívida procedente de salário do trabalhador rural, a Lei 1.637, de 6 de janeiro de 1907, que tratou da sindicalização rural, e a Lei 3.724, de janeiro de 1919, que tratava sobre acidentes de trabalho, depois regulamentada pelo Decreto 13.499, de 12 de março de 1919.

²⁰ VIANA, Segadas; SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Evolução do Direito do Trabalho no Brasil*. 12ª ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 45.

Outras propostas foram apresentadas, entretanto não foram apreciadas ou aprovadas, como o projeto de autoria do deputado Figueiredo Rocha, do então Distrito Federal, que limitava a jornada em horas diárias e fixava uma indenização ao trabalhador acidentado que contasse com mais de cinco anos de serviço “na casa”.²¹

A partir de 1915 alguns projetos foram apresentados para a elaboração de um Código do Trabalho, muito combatido, que dispunha sobre a limitação da jornada de trabalho, estabelecia o repouso semanal remunerado, disciplinava o trabalho dos menores e das mulheres, previa contrato de aprendizagem, instalação de creches nas fábricas e inspeção do trabalho.²²

Apesar de o Brasil ter firmado o Tratado de Versalhes em 1919 e de existirem leis esparsas regulando as relações de trabalho, até 1930 o seu cumprimento e fiscalização eram quase nulos, eis que os governos oligárquicos que se sucediam durante o período da República Velha tinham ainda como convicção os ideais do liberalismo burguês do século XVIII, do incentivo à grande propriedade, inspirados na célebre expressão “*laissez faire, laissez passer*”, que significava que o Estado não deveria interferir nas relações econômicas particulares, cabendo às partes negociarem livremente.

Apenas na década de trinta, com a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, é que teve início no Brasil uma mudança significativa das relações de trabalho, com a criação, no ano de 1930, do Ministério do Trabalho, originado do desmembramento do Ministério da Agricultura, que fez com que o governo brasileiro passasse a regular e a fiscalizar normas sobre temas relacionados às condições de trabalho e também impôs limites às liberdades contratuais.

²¹ LACERDA, Mauricio de. *A evolução legislativa do direito social brasileiro*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980, pp. 67-68.

²² Idem, pp. 98-100.

Lídia Besouchet assim relatou a criação do Ministério do Trabalho:

Grandes esperanças puseram os revolucionários de 30 no novo organismo recém-criado. Getúlio Vargas afirmara que a criação desse Ministério, com o programa que deve executar “vinha cumprir promessas solenemente feitas e obedecer imperativos da época”. Sua criação, afirmava ainda, “impunha-se como primeiro passo para a organização no país do trabalho, da indústria e do comércio, não somente nas suas mútuas relações, como também, no campo particular de ação que lhes compete”. Getúlio Vargas insiste em afirmar que com o Ministério do Trabalho se inicia no Brasil “um movimento que, no presente período de evolução social não podia ser adiado, sob pena de ficarmos fora de nosso tempo como força útil e sem medida na permuta universal de valores”, palavras que servem para documentar o profundo conteúdo social de que estava penetrada a Revolução de 30.²³

Com a promulgação da Constituição de 1934, o Estado passou a garantir, agora em âmbito constitucional, os direitos ao salário mínimo, jornada de trabalho, férias, repouso semanal remunerado e condições de trabalho para as mulheres e menores.

A Constituição de 1937, no que tange à organização sindical, foi inspirada na *Carta del Lavoro* Italiana de 1927 em que o Estado atraía para si todo o controle da organização sindical, inclusive no que tange às regras para o funcionamento dos sindicatos.

Nesta Carta foi prevista a instituição da Justiça do Trabalho, como justiça especializada, que viria a ser criada por decreto dois anos depois.

Até o ano de 1943, diversas leis de caráter infraconstitucional que versavam sobre matéria trabalhista encontravam-se espalhadas entre leis e decretos ministeriais, o que ensejou a necessidade de compilação de todas elas em um único documento.

²³ BESOUCHET, Lídia. *História da criação do Ministério do Trabalho*, Ensaios de Interpretações, Coleção Lindolfo Collor, Rio de Janeiro, Serviço de documentação do M.T.I.C., s/d., p. 62.

Da Comissão coordenada pelo então Ministro do Trabalho, Marcondes Filho, e composta por Arnaldo Süssekind, Segadas Viana, Oscar Saraiva, Luiz Augusto do Rego Monteiro e Dorval Lacerda, nasceu em 1943, por decreto-lei, a Consolidação das Leis do Trabalho, que se tornou um marco em nosso ordenamento jurídico.

As Constituições seguintes, de 1946 e de 1967, mantiveram os direitos conquistados e ampliaram alguns direitos à garantia constitucional, como a participação do trabalhador nos lucros da empresa, a remuneração do repouso semanal e o direito de greve.

O momento econômico vivido no período da ditadura militar, nos anos sessenta e setenta, foi de abundância de capital. Os países exportadores de petróleo com a sua fatura de dólares inundaram o mercado bancário internacional, que passou a conceder empréstimos a juros baixíssimos e prazos extensos, principalmente aos países do terceiro mundo.

Os dirigentes brasileiros recorreram aos empréstimos internacionais para manter o sonho do “Brasil Grande”, investindo maciçamente em grandes e dispendiosas obras de infra-estrutura, o que acarretou no alto endividamento externo.

Fábricas e indústrias estrangeiras começavam a se instalar no Brasil trazendo às principais regiões metropolitanas, especialmente no ABC paulista, a fatura de emprego.

O crescimento econômico do país era tão expressivo que passou sem grandes problemas pela primeira crise do petróleo, em 1973.

O governo Geisel, de 1974 a 1978, manteve uma média anual de 7% de crescimento, inferior aos 10,8 dos governos Costa e Silva e Médici, mas significativa para os padrões econômicos, embora nos últimos dois anos, 1977 e 1978, o PIB fosse reduzido a 5,4% e 4,8% respectivamente²⁴.

²⁴ SKIDMORE, Thomas E. *Brasil: de Castelo a Tancredo*. 7ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 402.

Com a crise desencadeada pela ascensão do regime islâmico no Irã, os credores internacionais elevaram as taxas de juros e puseram fim ao período dos empréstimos fáceis e a longo prazo. O Brasil se viu assolado por uma enorme dívida externa, sem conseguir sequer pagar os juros dos empréstimos obtidos e sofrendo com a falta de credibilidade.

Com uma política econômica ortodoxa, aliada à perda de confiança dos países latino-americanos em face da moratória mexicana decretada em 1982, o país sofreu fortes crises econômicas na década de 80, que afetaram também as relações de trabalho, seja pelos baixos salários e incertezas econômicas, seja pelo corte dos gastos sociais impostos pelas *cartilhas* do Fundo Monetário Internacional e pelos credores internacionais.

Sem alternativa, atolado em dívidas e com o fim de um regime que durou quatro décadas, o país se viu entregue às inconstâncias e fracassos de planos econômicos que causaram uma grande instabilidade e aumento do desemprego.

Em 1988, com a promulgação da Constituição Brasileira, sob influência do momento político favorável à adoção de normas de proteção ao trabalhador, o legislador constituinte trouxe modificações expressivas no que tange às normas trabalhistas, como a redução da jornada semanal para 44 horas, elevação de 10% para 40% da multa sobre os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na dispensa imotivada, fixação do adicional de horas extras em no mínimo 50%, proibição da dispensa arbitrária, fixação do pagamento referente a 1/3 da remuneração das férias, elevação da idade mínima para trabalho, irredutibilidade do salário, licença paternidade, estabilidade da gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, estabilidade para o empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, estabilidade de empregado dirigente sindical, aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e a obrigação de pagamento de adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres e perigosas.

Já na esfera das relações coletivas de trabalho, a Constituição inovou com relação às anteriores, ao dotar os sindicatos de autonomia e liberdade sem que o Estado tenha qualquer interferência na sua constituição e na sua direção, além de ter incentivado a negociação e o acordo coletivo como forma de regulamentação das relações entre trabalhadores e empregadores.

CAPÍTULO II - O DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO É MESMO RÍGIDO?

2.1 A crise econômica dos anos oitenta e noventa no Brasil

O momento político no Brasil, em meados da década de oitenta, era promissor. O fim do regime ditatorial tornou possível, em 1985, a eleição de um presidente civil depois de 20 anos de indicações de marechais e generais para o cargo máximo da nação.

Também com o fim do antigo regime foram restabelecidas eleições diretas para prefeitos e governadores, a partir de 1982, quando se encerrou o ciclo do sistema bipartidário brasileiro, e para presidente, em 1989.

Entretanto, na área econômica, o país beirava o colapso. As crises internacionais, aliadas ao alto grau de endividamento externo contraído pelo regime anterior, levaram o governo brasileiro à adoção de inúmeros planos econômicos, com a finalidade de contenção da inflação, que à época era apontada como a principal causadora das instabilidades econômicas.

Alguns planos econômicos foram, inicialmente, aceitos pela população (que via o seu salário se decompor em questão de meses e nos momentos mais críticos em menos de um mês), como o Plano Cruzado, editado no governo José Sarney pelo então Ministro da Fazenda, Dílson Funaro.

Mas o sucesso do referido plano não durou muito tempo. Com a escassez de produtos no mercado, graças ao boicote empresarial, e a permanência da inflação, devido ao aquecimento gerado pelo tabelamento de preços, não restou às autoridades outra opção a não ser decretarem o fim do congelamento e do próprio plano.

Essa busca da estabilidade econômica foi tentada inúmeras vezes com a edição dos Planos Bresser, Verão, Collor I, Collor II, mas sem obter os sucessos almejados e acentuando o caos econômico instalado no país.

Tais incertezas, nas décadas de oitenta e noventa, decorrente da incapacidade do governo brasileiro de estabilizar a crise econômica, prejudicaram os trabalhadores de menor renda, que não dispunham dos mecanismos que classe média e alta utilizavam para se proteger dos malefícios da perda salarial, como aplicação no *overnight*²⁵ e na caderneta de poupança.

A situação dos trabalhadores, que não era favorável no fim do governo do presidente José Sarney, se agravou com as medidas adotadas pela equipe econômica do presidente Fernando Collor de Mello em 1990.

Com o intuito de frear a alta da inflação e de modernizar o Estado Brasileiro, a equipe do então presidente editou um conjunto de reformas adotando o confisco temporário das aplicações financeiras e a redução das alíquotas de importação de produtos estrangeiros.

O confisco das quantias que superavam o valor de cinquenta mil cruzeiros trouxe grande prejuízo econômico às empresas, que, ao terem retidos seus ativos financeiros, não conseguiam realizar o pagamento dos salários dos trabalhadores, o recolhimento de impostos e nem tampouco pagar suas dívidas.

Somando-se a esta situação, a política comercial adotada no Plano Collor de redução das alíquotas de importação fez com que as muitas empresas que àquela época sobreviviam às custas da proteção de mercado sofressem ainda mais com a competição dos produtos importados.

²⁵ Operação financeira, com prazo de 24 horas, na qual a instituição bancária detentora de carteira de títulos vende a seus clientes partes destes títulos com o compromisso formal de recomprá-los com taxas de juros praticadas pelo mercado.

Sem poder competir em igualdade de condições com os produtos estrangeiros, principalmente, os de alta tecnologia, muitas empresas encerraram suas atividades ou substituíram a produção pela importação de similares, o que ocasionou o desemprego de um grande número de trabalhadores.

No ano de 1992, novamente o país foi assolado por uma crise econômica, à qual se somou uma crise política no governo federal que resultaria na renúncia do presidente Fernando Collor de Mello.

Estes períodos de instabilidade econômica e política acabaram por trazer grandes prejuízos aos trabalhadores, que tiveram seu poder de compra reduzido e presenciaram o aumento no número de desempregados.

Apenas em 1994, no último semestre da gestão de Itamar Franco, o governo brasileiro conseguiu com êxito combater a hiperinflação, mas sem que isso refletisse no aumento significativo do número de trabalhadores empregados, permanecendo as altas taxas de desemprego.

A permanência das altas taxas de desemprego, mesmo após o controle da hiperinflação, foi resultante das políticas adotadas pelo governo federal para controlar a alta do consumo nos primeiros anos do Plano Real, que poderia trazer de volta a inflação, e das medidas adotadas após as crises dos países emergentes na década de 90.

Essas medidas, aliadas à introdução de novas tecnologias para a produção, muito contribuíram para a permanência do alto número de desempregados, eis que o mercado de produção ficou retraído com redução de alíquotas para importação e com o aumento das taxas de juros.

Com este cenário de saturação de produção, introdução de maquinário com alto nível tecnológico, altas taxas de juros, crises internacionais e redução das alíquotas de importação, se disseminou o debate sobre a necessidade ou não de redução dos custos sociais e naturalmente dos encargos trabalhistas e a introdução de novas

formas de contrato, com o objetivo de aumentar a competitividade das empresas, aliada à redução de custos e ao acréscimo do número de empregos.

Nesse contexto da “nova ordem” mundial de desregulamentação de mercados, privatizações e acordos comerciais sem barreiras alfandegárias é que analisaremos algumas alterações realizadas no Direito do Trabalho iniciadas nas últimas década e estendidas até meados do ano 2000.

2.2 Desregulamentação e Flexibilização

Em que pese o presente estudo tratar apenas da flexibilização do Direito do Trabalho, e de suas conseqüências como a precarização do trabalho, para uma melhor compreensão do tema se faz necessário diferenciar flexibilização e desregulamentação.

Flexibilização do Direito do Trabalho são medidas adotadas em casos específicos, especialmente diante de crises econômicas e redução de emprego, visando a alteração ou redução de direitos trabalhistas. São adaptações realizadas nas leis e no próprio contrato de trabalho com a intenção de compatibilizar o contrato com as mudanças oriundas de fatores econômicos e sociais.

Conforme salienta Amauri Mascaro Nascimento:

A flexibilização do direito do trabalho é a corrente de pensamento segundo a qual necessidades de natureza econômica justificam a postergação dos direitos dos trabalhadores, como a estabilidade no emprego, as limitações à jornada diária de trabalho, substituídas por um módulo anual de totalização da duração do trabalho, a imposição pelo empregador das formas de contratação do trabalho moldadas de acordo com o interesse unilateral da empresa, o afastamento sistemático do direito adquirido pelo trabalhador e que ficaria ineficaz

sempre que a produção econômica o exigisse, enfim, o crescimento do direito potestativo do empregador.²⁶

Segundo Oscar Ermida Uriarte, a flexibilidade pode ser definida como “eliminação, diminuição, afrouxamento ou adaptação da proteção trabalhista clássica, com a finalidade – real ou pretensa – de aumentar o investimento, o emprego ou a competitividade da empresa.”²⁷

A Flexibilidade, segundo Jean-Claude Javillier²⁸, poder ser de três espécies: flexibilidade de proteção, de adaptação e de desregulamentação.

A flexibilidade de proteção é a tradicional do Direito do Trabalho, que permite uma alteração mais favorável ao trabalhador, como menciona o citado autor, uma flexibilização num sentido único de favorecimento do trabalhador.

Há flexibilidade de proteção quando, por exemplo, havendo conflito de normas, o Direito do Trabalho aconselha o uso da norma mais favorável ao trabalhador independente da hierarquia.

A flexibilidade de adaptação consiste em adaptar normas legais rígidas a novas circunstâncias, em momentos de crise. A principal preocupação nesta espécie de flexibilização não é simplesmente eliminar benefícios dos trabalhadores, mas buscar, via negociação coletiva, uma adaptação das normas às novas condições, podendo inclusive ser negociadas condições *in pejus* aos trabalhadores.

E a flexibilidade de desregulamentação que corresponde na eliminação de normas trabalhistas ou na sua substituição por normas outras menos vantajosas aos trabalhadores.

²⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 120.

²⁷ ERMIDA URIARTE, Oscar. *A flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002, p. 9.

²⁸ JAVILLIER, Jean-Claude. *Manuel Droit du Travail*, 6ª edição. Paris: L.G.D.J., 1998, p. 129 e seguintes.

Já a desregulamentação do Direito do Trabalho vem a ser uma medida mais radical, com a perda, por parte do Estado, de qualquer controle sobre as relações contratuais, deixando que as partes, individualmente ou coletivamente, negociem livremente as condições de trabalho.

Jorge Luiz Souto Maior faz a seguinte distinção:

Por flexibilização entende-se a adaptação das regras trabalhistas à nova realidade das relações de trabalho, que permite, e muitas vezes exige, um reordenamento do sistema jurídico, não necessariamente no sentido de diminuição de direitos ou de exclusão de regras positivadas, mas no sentido de regular, de modo diferente, as relações de trabalho. Por desregulamentação identifica-se a idéia de eliminação de diversas regras estatais trabalhistas, buscando uma regulamentação por ação dos próprios interessados.²⁹

A desregulamentação das relações de trabalho faz parte de um conjunto de medidas necessárias à aplicação do ideário pela liberação dos mercados, onde todo e qualquer controle e regulamento nas relações financeiras, aduaneiras, social e trabalhista não seja exercido pelo Estado, mas ditadas pelas leis de mercado.

2.3 Movimento flexibilizatório dos anos noventa

No Brasil, na década de noventa, o principal tema de discussão no Direito Laboral girou em torno da necessidade ou não de flexibilização das leis trabalhistas como forma de proteção diante da crise do emprego e da necessidade de criação de novos postos de trabalho.

O conflito travou-se entre duas concepções sobre o papel do Estado na regulamentação do trabalho, impregnado de forte conteúdo ideológico, em que uns viam a flexibilização como forma de perda de direitos dos trabalhadores e de incentivo à precarização das relações de trabalho, enquanto outros pregavam maior

²⁹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. O Direito do Trabalho como instrumento de justiça social. São Paulo: LTr, 2000, p. 139.

liberdade às empresas, alegando que a redução da proteção estatal e do intervencionismo as dotaria de maior mobilidade para se adaptarem à nova realidade mundial, fazendo com que pudessem enfrentar os problemas econômicos e conseqüentemente protegendo os empregos dos trabalhadores.

Para os defensores das medidas flexibilizatórias, a nova ordem mundial, de economia globalizada, e a necessidade de diminuição do chamado “*custo Brasil*” remetiam à necessidade de uma redução dos encargos trabalhistas para que as empresas pudessem competir em igualdade com as demais no exterior, eis que o custo social interferia no preço final dos produtos, deixando-as sem competitividade.

Esta competitividade, gerada a partir da redução dos gastos sociais, segundo seus defensores, aumentaria a capacidade das empresas em empregar trabalhadores, solucionando desta forma a crise do emprego iniciada na década de oitenta e agravada na década seguinte. O aumento do número de empregos, que seria proporcionado pela flexibilização da rígida legislação trabalhista, foi o principal argumento dos adeptos da flexibilização.

Américo Plá Rodriguez, que, em décadas anteriores, tão bem classificou os princípios do Direito do Trabalho, agora sob uma nova ordem mundial observa que:

Hoje, não se justifica a rigidez com que as normas trabalhistas regulam as relações individuais e coletivas. Certa flexibilização tem de ser admitida em nome da eficiência da produção que gera efeitos benéficos para todos, inclusive para os empregados. Precisa-se passar de uma ordem social imposta para um ordenamento jurídico negociado, essa é a tônica do direito moderno. É preciso que a presença do Estado se transforme no sentido não de impor uma ordem social, mas de propiciar aos agentes sociais a regulação autônoma dos seus interesses.³⁰

Conforme entendimento de Luiz Carlos Amorim Robortella, vários fatores têm determinado a flexibilização do mercado de trabalho, como: “os imperativos de desenvolvimento econômico, a competição econômica no plano internacional, a

³⁰ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 97.

velocidade das mudanças tecnológicas, o aumento do desemprego e a tendência à formação de forte economia submersa, informal, para fugir à rigidez da lei”³¹.

Nas palavras de José Pastore, a flexibilização das leis trabalhistas é necessária para a geração de mais empregos, por força da competição a que o Brasil está submetido. Ainda segundo referido economista, “o país terá de flexibilizar muito os regulamentos que ora amarram o seu mercado de trabalho”³².

Arion Romita vai além ao afirmar que não é função do Direito do Trabalho proteger o empregado, mas apenas regular as relações entre empregado e empregador, mediante garantias que compensem a desigualdade social entre os sujeitos da relação. Afirma ainda que:

A ideologia da proteção desempenha uma função. Quem fala em proteção admite com antecedência a existência de dois atores sociais: o protetor e o protegido. Se o trabalhador – sujeito mais fraco na relação – é o protegido, sua posição de submissão se perpetua com a conseqüente exaltação da posição social do protetor. Talvez por isto se decadente, no Brasil, a proteção proporcionada (na realidade dos fatos, autêntico mito) ao trabalhador brasileiro: perpetuada a posição social de submissão em que se encontra o protegido, resguarda-se a posição social do protetor. Afinal, a ‘proteção’, no caso em estudo, interessa não ao protegido, mas sim ao protetor. Ao protegido só interessa – em ínfima parcela – a proteção, quando ela fundamenta (quase sempre de forma não explícita) a decisão judicial pela procedência do pedido formulado pelo trabalhador. Triste consolo, triste participação nas migalhas caídas da mesa do banquete!

Como esta modalidade de proteção onera os custos da empresa condenada em juízo (custos estes repassados para os preços dos produtos e dos serviços por ela produzidos ou prestados), e como os consumidores ou usuários são, em última análise, os próprios trabalhadores, segue-se que o ônus econômico decorrente da proteção recai sobre o trabalhador.³³

³¹ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1994, p. 98.

³² PASTORE, José. *Flexibilização dos mercados de trabalho e contratação coletiva*. São Paulo: LTr, 1995, p. 155.

³³ ROMITA, Arion Sayão. O princípio da proteção em xeque. In: Revista LTr 66-06, São Paulo, 2002, p. 656.

Sobre este tema, ele conclui:

A proteção proporcionada pela legislação trabalhista brasileira ao trabalhador, na realidade dos fatos, redundava em desproteção. E a resultante dessa desproteção também desempenha uma função social: perpetuar a posição subalterna e submissa em que se encontra o trabalhador e justificar a necessidade de atuação dos protetores, protegendo (aqui sim, há proteção) a posição social ocupada pelos protetores.

Entretanto, outra corrente entende que o discurso de flexibilização como forma de adaptação do Direito do Trabalho às novas realidades, transferindo do Estado às partes o poder de estabelecer regras que incidem no contrato de trabalho, inclusive com alterações *in pejus*, é apenas uma forma de diminuir os direitos conquistados pelos trabalhadores, visando tão-somente a redução de custos das empresas.

Para os defensores do intervencionismo estatal como forma de permanência do Estado social, os modelos flexibilizatórios propostos acabam por incentivar a precarização da relação do emprego, bem como a desregulamentação das normas que regem a relação de emprego.

Arnaldo Süssekind, sobre a onda flexibilizatória, assinala que:

Na América Latina prevalece, infelizmente, a flexibilização selvagem, como revogação ou modificação de algumas normas legais de proteção ao trabalhador e a ampliação da franquia para reduzir direitos e condições de trabalho, seja por meio de contratos coletivos, seja, em alguns países, por atos unilaterais do empregador. É indisfarçável a influência externa para minimizar a participação heterônima do Estado nas relações de trabalho, não obstante tenha essa intervenção resultado, em nosso continente, da história, geopolítica e do estágio das condições socioeconômicas da respectiva região.

A verdade é que a desregulamentação do Direito do Trabalho ou sua exagerada flexibilização têm ampliado o desemprego, como a criticável seqüência de um círculo vicioso: redução do salário real, menor poder de consumo, menos produção, mais desemprego.³⁴

³⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*. 14ª ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 55 e seguinte.

Orlando Gomes observa que nos países que já atingiram um nível de vida generalizado compatível com a dignidade da pessoa humana, como nos chamados países de primeiro mundo, *é possível flexibilizar um pouco mais, em proveito da manutenção desse status quo*, entretanto, nos países onde impera a miséria, a desigualdade social e onde a maioria da população não é beneficiada de saúde, educação e moradia a flexibilização não pode ser significativa.³⁵

A redução dos direitos dos trabalhadores é algo que não se cogita, mesmo que a sua razão seja diminuir o fantasma do desemprego, segundo observa Jorge Luiz Souto Maior.³⁶

Como ressalta Ana Virginia Moreira Gomes:

... o contrato de trabalho, isento de qualquer enxerto protetor, já não se diferencia de um novo contrato de direito comum – assim se revelando que no Direito Civil encontram-se exemplos, como no Direito do Consumidor, nos quais a presença do princípio protetor faz-se notar. Enfim, ressuscitar-se-ia no mundo do trabalho um contrato que já se tornou raro até no Direito Civil, exigindo-se unicamente forma legal, capacidade das partes e objeto lícito; uma relação movida só pela vontade individual e que desconhece a discrepância entre os poderes materiais de cada parte.³⁷

Para estes doutrinadores, a alegação de que o Estado interfere de forma negativa no mercado e nas relações trabalhistas, gerando desemprego, deve ser repelida, eis que a maioria dos trabalhadores do país, que não tem sequer escolarização adequada, não possui aptidão e nem condições de igualdade para negociar, individualmente ou coletivamente, com os empregadores, as regras do contrato de trabalho.

³⁵ COSTA, Orlando Teixeira. *O Direito do Trabalho na sociedade moderna*. São Paulo: LTr, 1999, p. 70.

³⁶ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O Direito do Trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 140.

³⁷ GOMES, Ana Virginia Moreira. *A aplicação do princípio protetor no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 142.

Verifica-se, portanto, que para uns o Direito do Trabalho, cujas principais características são a rigidez e a função intervencionista do Estado como forma de regulação da relação de emprego, necessita de reformas para que as empresas e os trabalhadores possam, seja individualmente ou coletivamente, se compor nas relações laborais, enquanto que para outros a flexibilização dos direitos trabalhistas significa a perda dos poucos direitos que ainda restam ao trabalhador, que ficará lançado à própria sorte, nas mãos do empregador e do dito mercado globalizado.

Para os que rejeitam a tese da necessidade de flexibilizar ainda mais as normas laborais o empregado sempre perderá quando consentir na perda de um direito em razão de um momento ou adaptação econômica, eis que nos momentos difíceis o empregador sempre estará aberto a debates e negociação para redução de um direito sob a alegação de preservação do emprego, mas num momento oposto, de bonança econômica e financeira o mesmo empregador não restituirá ou mais, não ampliará os benefícios e valores de salário na mesma proporção dos lucros que ele obtiver.

Desta forma, para os críticos da onda flexibilizatória o que se negocia *in pejus* para uma situação temporária corre o risco de se tornar permanente, fazendo com que o Direito do Trabalho caminhe para o predatório campo da desregulamentação.

Ante todas as complexidades que envolvem a relação de emprego analisaremos algumas das normas trabalhistas para que possamos identificar o seu grau de rigidez e a conveniência ou não da adoção de medidas mais flexíveis das normas do trabalho.

CAPÍTULO III - SERIAM NOSSAS NORMAS TRABALHISTAS REALMENTE RÍGIDAS?

3.1 O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

A discussão sobre a flexibilização, como forma de modernização da relação de trabalho, travada a partir da década de noventa, teve como antecedente remoto, segundo Oscar Ermida Uriarte³⁸, a edição da Lei 5.107 de 13 de setembro de 1966, que instituiu o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, decretando o fim paulatino da estabilidade decenal como única forma de indenização pela dispensa arbitrária.

Até aquela época, o trabalhador que completasse dez anos de serviço na empresa tornava-se automaticamente estável, não podendo o empregador dispensá-lo sem justa causa, conforme preceituava o artigo 492 da CLT. Caso ocorresse a demissão sem justa causa do empregado estável, a empresa seria obrigada a indenizá-lo com o equivalente a um salário contratual por ano de trabalho.

E mesmo que o empregado desejasse dispensar o trabalhador estável por justa causa só poderia fazê-lo mediante a instauração de inquérito judicial para apuração de falta grave. Ou seja, a despedida de funcionário com mais de dez anos de serviço era penosa e cara para os empregadores.

A finalidade do instituto da estabilidade por tempo de serviço era de obstar a despedida arbitrária do trabalhador, visando desta forma a continuidade da relação de emprego.

³⁸ ERMIDA URIARTE, Oscar. *A flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002, p. 29.

Após a edição da Lei 5.107, de 1966, os empregados, no momento da contratação, poderiam optar ou não pelo regime do FGTS. Entretanto, conforme descreve Rosita de Nazaré Sidrim Nassar, essa opção era fictícia, eis que eram os empregadores que decidiam a forma de contratação e na maioria das vezes era pela opção ao FGTS:

A instituição do FGTS implicou no desaparecimento da estabilidade, que permaneceu como simples referência teórica. Na prática o empregador impôs o Fundo de Garantia que, com o passar dos anos, tornou-se quase hegemônico.³⁹

A opção ao FGTS determinava o recolhimento do percentual de oito por cento do salário do trabalhador que ficaria vinculado a uma conta bancária aberta em nome do empregado, pelo empregador, que depois passou a ser administrada pela Caixa Econômica Federal, tendo ele no caso de demissão sem justa causa o direito ao recebimento do valor total depositado na conta acrescido de uma multa de 10% sobre o total da quantia depositada. Este percentual foi majorado para 40% a partir da promulgação da Constituição de 1988 e da edição da Lei 7.839 de 12 de outubro de 1989 e da atual Lei 8.036 de 11 de maio de 1990 do FGTS.

Assim, a instituição do FGTS e o fim da exclusividade da estabilidade decenal, ante a opção pelo Fundo e conseqüente multa pela demissão sem justa causa, foi a principal flexibilização ocorrida no âmbito do direito trabalhista nacional, ainda que alguns autores entendam que o fim da estabilidade decenal naquela época não significava precarização, já que este debate só seria travado na década de 80 no país, eis que o que se discutia era o funcionamento do instituto da estabilidade e os anseios da classe operária pela aquisição da casa própria.

³⁹ NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. *Flexibilização do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1991, p. 183.

Nas palavras de Octavio Bueno Magano⁴⁰, “essa instituição não poderia deixar de se considerar benfazeja, porque vinha liberar as empresas do peso asfixiante da estabilidade dos trabalhadores”.

E arremata:

o grande número de empregados estáveis, convertiam-se em verdadeiros mastodontes, de articulação morosa, totalmente incompatível com a flexibilidade exigida pelas condições de mercado, cada vez mais competitivas.

Em que pese o fim da estabilidade decenal decorrente da criação do FGTS não refletir na época um pensamento generalizado de diminuição da propalada rigidez das normas do trabalho, esse foi, de fato, o início do que viria a ser décadas depois a flexibilização dos direitos do trabalho.

A Constituição de 1988 extinguiu a estabilidade decenal ao tornar o FGTS regime único e obrigatório, tendo aquela forma de garantia de emprego permanecido apenas para os que já possuíam o direito à estabilidade.

Com a extinção da estabilidade decenal, substituída automaticamente pelo FGTS, os empregadores ficaram livres das inconveniências geradas pela garantia de emprego, que os obrigavam a manter, contra suas vontades, funcionários nos posto de trabalho, podendo descartá-los, mediante simples sanção econômica, exercendo desta forma o completo poder de direção.

Ainda que seja editada lei complementar a que se refere o inciso I, do artigo 7º, da Constituição Federal, aumentando o valor da indenização, a instituição do regime fundiário e a abolição da estabilidade decenal tornaram extremamente fácil a despedida imotivada, já que o único óbice é o depósito de uma multa que nesta fase de alta rotatividade de emprego muito pouco significa às empresas.

⁴⁰ MAGANO, Octavio Bueno. *Política do trabalho*. Volume II. São Paulo: LTr, 1995, p. 36.

Desta forma, após a extinção da estabilidade decenal a lei nacional passou da rigidez à flexibilidade, no que tange à possibilidade de demissão, já que o ordenamento brasileiro não tem um eficaz sistema de proteção contra a dispensa arbitrária.

3.2 Redução salarial mediante negociação coletiva

A regra de irredutibilidade do salário era aquela recepcionada no artigo 468 da CLT, que considera nula a alteração contratual, ainda que por mútuo consentimento, quando resultar em prejuízo ao trabalhador.

Apesar da regra geral garantir o princípio da irredutibilidade, pela via da proibição da alteração contratual, havia algumas exceções nas leis, como aquelas previstas no artigo 503 da CLT e as previstas na Lei 4.923 de 1965.

A redução salarial em caso de força maior ou de prejuízos devidamente comprovados era preceituada na CLT no artigo 503, que a autorizava até o limite de 25% desde que respeitado o salário mínimo. Referida lei foi revogada parcialmente com a edição da lei 4.923 de 1965, que mantinha os termos da redação do artigo consolidado, mas impunha restrição ao tempo permitido para a redução do salário e também à forma de celebração, já que era necessária a negociação sindical ou judicial.

Com a promulgação da Constituição de 1988 o princípio da irredutibilidade do salário foi elevado à categoria de norma constitucional, permitindo a redução por meio de negociação coletiva e revogando a Lei 4.923, de 1965, conforme defende Maurício Godinho Delgado:

A Carta de 1988, entretanto, eliminou essa incorporação da fórmula *rebus sic stantibus*. De fato, ao fixar a regra geral da irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo (art. 7º, VI, da CF/88), derogou tais normas permissivas, condicionando

quaisquer condutas de redução à negociação coletiva sindical (arts. 7º, VI e 8º, VI, da CF/88).⁴¹

Octavio Bueno Magano assim também se manifestava, sobre a revogação do artigo 503 e da Lei 4.923/65:

Parece claro que tais hipóteses de redução salarial, perfeitamente válidas, quando cotejadas com o artigo 468, da CLT, de que constituíam exceções, não podem prevalecer, à luz da regra de irredutibilidade introduzida na Constituição.⁴²

Já para outros, como Carlos Augusto Monteiro, “não houve revogação tácita dos mencionados dispositivos legais, sendo que além da redução salarial prevista na Constituição Federal, também é lícita a mencionada no artigo 503”.⁴³

Entretanto, este último entendimento acima exposto não tem muitos adeptos, prevalecendo o entendimento de que a Constituição, ao alçar o princípio da irredutibilidade à norma de preceito constitucional, pôs fim às exigências anteriormente necessárias para a redução salarial, como a ocorrência de prejuízos devidamente comprovados e de caso de força maior. Também aboliu o percentual máximo de redução a ser respeitado, devendo os negociadores garantir apenas que esta redução não seja inferior ao salário mínimo, já que este também é assegurado por norma constitucional, artigo 7º, inciso IV.

A inserção desta norma foi inspirada nos modelos de negociação dos países europeus, onde o Estado se afastava do controle da relação contratual e promovia ao mesmo tempo o incentivo à celebração de acordo e de negociação coletiva, sob o entendimento de que ninguém melhor do que as partes para ajustarem os termos dos contratos, já que estas sabiam melhor do que o Estado das condições, anseios e necessidades das categorias que representavam.

⁴¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Alterações contratuais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2000, p. 46.

⁴² MAGANO, Octavio Bueno. *Política do trabalho*. Volume II. São Paulo: LTr, 1995, p. 94.

⁴³ MONTEIRO, Carlos Augusto M. O. A constitucionalidade do Artigo 503 da CLT. In: Revista LTr. 69-03/345, São Paulo, 2005.

Além deste incentivo à negociação coletiva, a nova norma também era vista como forma de proteção ao emprego em casos de crises econômicas, posto que a não flexibilização das regras laborais em situações especiais acabava levando o empresariado a demitir seus funcionários.

Nesta defesa, Octavio Magano afirmava que:

Sinteticamente, pode-se dizer que a flexibilização do Direito do Trabalho é o processo de adaptação de normas trabalhistas à realidade cambiante. Trata-se de processo porque se traduz em sucessão de estados e mudanças. Caracteriza-se como adaptação porque não gera mudanças *in vitro* e sim as exigidas pela realidade cambiante, como, por exemplo, retrações ou expansões econômicas; processo tecnológico; transformações sociais ou políticas.⁴⁴

A introdução desta norma que se apresentava como uma proteção ao direito dos trabalhadores foi para muitos doutrinadores um retrocesso das garantias trabalhistas, pois além de possibilitar a redução salarial sem qualquer restrição abriu perigosos precedentes para a proposição de redução de outras normas no sentido de que ao admitir a redução da principal verba trabalhista outras normas poderiam também ser reduzidas, conforme descreve Rosita Nassar:

Assinale-se, no particular, que o espaço aberto pela Lei Maior à flexibilidade é bem mais amplo do que aparentemente pode parecer. A possibilidade de redução, via negociação coletiva, do salário, o mais importante dever imposto pelo contrato de trabalho ao empregador e principal direito nele derivado para o empregado, enseja a interpretação extensiva no sentido de admitir a redução de outras vantagens de menor importância, dotadas, ou não, de natureza salarial, através do mesmo caminho.⁴⁵

Apesar do princípio da irredutibilidade salarial ter sido elevado a norma constitucional, a tendência flexibilizatória alcançou também o salário, eis que a introdução na lei da possibilidade de redução salarial irrestrita, ainda que condicionada à negociação coletiva, resultou numa flexibilização salarial, podendo

⁴⁴ MAGANO, Octavio Bueno. *Política do trabalho*. Volume II. São Paulo: LTr, 1995, p. 95.

⁴⁵ NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. *Flexibilização do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1991, p. 181.

as empresas negociar com os sindicatos de forma indiscriminada a redução de salários.

3.3 Compensação da jornada (Banco de horas)

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inciso XIII, fixou a jornada de trabalho diária em 8 horas e a semanal em 44 horas, prevendo a possibilidade de redução da jornada e a compensação de horários mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Essa flexibilização relativa à compensação até o final da década de noventa permitia às empresas compensarem com seus empregados o trabalho prolongado no dia de semana com as horas que seriam trabalhadas aos sábados, já que era limitada a compensação ao período de uma semana.

Devido ao aumento do número de desempregados no país na década passada, o governo federal, com o intuito flexibilizatório, alongou ainda mais o período em que é permitida a compensação do horário de trabalho.

A partir da vigência da Lei 9.601, de 21 de janeiro de 1998, foi admitida a compensação do excesso de horas trabalhadas em um dia, para um período máximo de seis meses, período este que foi alongado para um ano com a edição da Medida Provisória 1779-11, de 2 de junho de 1999, dando assim nova redação ao artigo 59, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Desta forma, criou-se o chamado banco de horas, sistema pelo qual o trabalhador computa as horas excedentes trabalhadas em um dia podendo compensá-las em outro dia de trabalho, sem que a empresa tenha que pagar pelas horas extraordinárias prestadas pelo empregado.

Assim, o trabalho extraordinário pode ser compensado pelo empregado sem que o empregador tenha que pagar o adicional que prevê o artigo 59, não estando restrita a jornada extraordinária a dez horas diárias.

A lei, ao possibilitar a compensação em até um ano, exigia que a negociação se realizasse mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, levantando dúvidas se a palavra acordo se referia ao resultado da negociação individual ou coletiva. Inúmeros debates foram travados neste sentido, tendo ao final prevalecido o entendimento de que a intenção do legislador foi de somente permitir a compensação de horário por meio de convenção ou acordo coletivo.

Naquela época, o Brasil enfrentava uma crise econômica, oriunda de fragilidades internas e também dos reflexos das crises externas, como a mexicana, a dos chamados “tigres asiáticos” e a da Rússia, tendo os defensores da utilização da compensação de jornada por meio de banco de horas alardeado que o referido mecanismo seria bom tanto para empregados como para empregadores.

Para o empregador, o grande benefício era poder exigir o trabalho extraordinário sem que isso o fizesse remunerar seu empregado pelas horas extras prestadas, obrigando-o apenas a lhe conceder um período de folga correspondente às horas trabalhadas em excesso.

Já para os empregados, a compensação por meio de banco de horas seria salutar, segundo seus defensores, posto que eles ficariam mais protegidos da dispensa quando da necessidade de redução de produção da empresa. Entretanto, nenhuma garantia expressa contra dispensa é fornecida ao empregado.

Sérgio Pinto Martins⁴⁶, ao destacar as vantagens da compensação da jornada aos empregados, ressalta que:

⁴⁶ MARTINS, Sergio Pinto. *A continuidade do contrato de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 341.

O acordo de compensação tem a finalidade de evitar o desemprego em períodos de baixa produção e de recessão e de diminuir o custo das horas de trabalho quando há necessidade de maior produção.

[...]

A flexibilidade da jornada pode importar em trabalho maior em certos períodos e menor em outros, mas também uma estabilidade do emprego, não correndo riscos ao empregado de ser dispensado. O empregador teria melhores condições de ajustar sua produção, verificando produtividade. O empregado poderia melhor aproveitar sua jornada de trabalho em relação a outros afazeres, como, até mesmo, estudar.

E conclui afirmando que: “Há notícias de que empresas até abriram postos de trabalho em função da flexibilidade, como a Volkswagen em março de 1997: 500 postos”⁴⁷.

Por outro lado, a possibilidade desta forma de compensação de horário foi duramente criticada outra parte da doutrina, que não via vantagem alguma aos trabalhadores, apenas aos empresários.

A esse respeito, é importante transcrever a crítica de Jorge Luiz Souto Maior:

Por mais que se queira ver uma boa intenção na idéia do banco de horas, é irresistível considerá-lo inconstitucional, por ser um incentivo à utilização do trabalho em jornada extraordinária, contrariando o ideal maior de favorecimento do pleno emprego, fixado como princípio da ordem econômica no inciso VII do art. 170 da Constituição Federal.

Trata-se, sim, de um incentivo à utilização do trabalho em jornada extraordinária porque, nos termos fixados nos §2º e 3º do art. 59, permite-se que primeiro seja realizado o trabalho extraordinário, para somente depois efetivar-se sua compensação, no prazo de 120 dias (nos termos da Medida Provisória esse prazo foi elevado para 12 meses). Ora, desse modo, o trabalho extraordinário, como regra, deixa de ser pago com o adicional e ainda possui um prazo maior que o próprio pagamento do salário para o seu acerto.⁴⁸

⁴⁷ MARTINS, Sergio Pinto. *A continuidade do contrato de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 341, p. 341.

⁴⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O Direito do Trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 329.

Em que pese a vontade do governo em assegurar ao trabalhador um mínimo de garantia, que aqui se traduz no próprio emprego, muitas críticas existem em relação à instalação de banco de horas já que este incentiva a realização de trabalho extraordinário sem a devida compensação, ao contrário do garantido pelo inciso XVI, do artigo 7º da Constituição.

3.4 Terceirização

A utilização de mão-de-obra por meio de empresa terceirizada vem sendo largamente adotada no país ao longo dos últimos anos.

Esta prática de contratação visa a redução de custo e o aumento da qualidade na produção e serviços prestados pelo empregador.

Os adeptos da terceirização são atraídos pela economia dos encargos trabalhistas, na medida em que estes ficam a cargo da empresa terceirizada, real empregadora, que deverá registrar o trabalhador e efetuar o pagamento das verbas trabalhistas, devendo a tomadora apenas contratar a prestadora.

A empresa tomadora não detém poder de fiscalização sobre o funcionário terceirizado, ficando este mister a cargo da prestadora de serviços.

A relação contratual entre as partes é meramente civilista, podendo uma delas rescindir o contrato celebrado, sem que haja qualquer participação do trabalhador terceirizado, considerado um acessório do contrato de prestação de serviços.

Além da vantagem econômica as empresas vêem na terceirização uma forma de aumentar a sua capacidade de produção ou prestação de serviços, na medida em que os serviços secundários serão prestados por outra empresa, ficando a tomadora concentrada apenas em tarefas essencialmente ligadas a sua atividade-fim.

Esta forma de contratação de trabalho, definida por uns como *uma forma de modernização das relações de trabalho*⁴⁹, não está prevista no ordenamento jurídico, salvo em dois casos específicos abaixo discutidos, e é um bom exemplo da chamada onda flexibilizatória que dominou os debates sobre as relações de trabalho na década de noventa.

Os defensores desta relação trilateral, empregado, tomador e prestador de serviços defendem-na como meio de o empresário concentra-se apenas na parte central de seu negócio deixando os assuntos que não se relacionam com a atividade principal da empresa a cargo de especialistas.

Desta forma, os processos que não estão diretamente ligados à atividade-meio da empresa serão apenas fiscalizados pelo tomador, competindo ao prestador a realização dos serviços, fazendo com que o tomador otimize seu tempo e custos.

No Brasil o direito e a jurisprudência rechaçavam a utilização do trabalho por meio de terceirização, sendo admitidas apenas na hipótese consubstanciada na Lei 6.019 de 1974, que disciplinava o trabalho temporário, e na Lei 7.102 de 1983, que estabelecia normas de segurança para os estabelecimentos financeiros, tendo inclusive o Tribunal Superior do Trabalho editado a Súmula 256, que considerava ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta e condenava ao reconhecimento de vínculo entre ele e o tomador de serviço.

Segundo Fernando Hoffmann⁵⁰, a realidade social e econômica do país na década de noventa e os altos índices de aceitação da terceirização fizeram com que a jurisprudência passasse a admitir uma ampliação do trabalho dito terceirizado, não apenas aos prestadores de serviço de vigilância e temporários, mas a todas as atividades que não se relacionassem à atividade principal da tomadora.

⁴⁹ MARTINS, Sergio Pinto. *A continuidade do contrato de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 306.

⁵⁰ HOFFMANN, Fernando. *O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira*. São Paulo: LTr, 2003, p. 187.

Em 1993, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 331, permitindo a legalização do contrato de prestação de serviços terceirizado.

Continuou a jurisprudência repelindo a contratação de trabalhadores por meio de empresa interposta, já que a permissão para a terceirização só poderia ser aplicada à contratação de serviços de vigilância, de conservação e limpeza e dos serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.

Ademais, firmou-se na jurisprudência que aos trabalhadores terceirizados inexistem a personalidade e a subordinação direta com o tomador de serviços.

Esta forma de contratação utilizada em larga escala nos países mais industrializados foi disseminada no Brasil na década de 90 como uma forma de contratação barata e sem os custos dos encargos sociais.

Márcio Túlio Viana, sobre a onda da terceirização, chamada por uns de subcontratação ou *outsourcing*, reporta que:

Embora, a rigor, tenha sido apenas reinventado, o *outsourcing* é hoje quase uma compulsão. Não só as fábricas como escritórios e até lojas distribuem atividades que eram suas. Também o fazem os órgãos públicos e os próprios sindicatos. No Japão, cerca de 70% dos componentes dos automóveis vêm de fornecedores. Na Europa e nos Estados Unidos não é muito diferente.

Para Jorge Luiz Souto Maior⁵¹, só será legal a terceirização quando a empresa prestadora tiver uma atividade empresarial específica, ou seja, é necessário que ela não seja apenas constituída como mera intermediadora de mão-de-obra.

Defende ainda o citado autor que a contratação seja efetiva por tempo determinado, para a realização de serviços que não sejam contínuos, independentemente de pertencerem à atividade-meio ou principal da tomadora.

⁵¹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O Direito do Trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 319.

Na visão de Márcio Túlio Viana a contratação de trabalhadores terceirizados desafia não apenas o princípio protetor do Direito do Trabalho, mas o conceito de empregador, na medida em que “há um sujeito que admite e assalaria e um outro que efetivamente dirige”⁵².

Para as empresas, numa análise superficial, a contratação de serviços terceirizados demonstra ser vantajosa, já que a transferência dos encargos e das responsabilidades trabalhistas enseja grande economia.

Entretanto, passadas aquelas primeiras impressões de vantagem a terceirização pode se transformar em grande problema.

Primeiro pela possibilidade de responsabilização subsidiária da tomadora em caso de inadimplemento da quitação das verbas e encargos trabalhistas da prestadora de serviço. Soma-se a esta possibilidade o fato de o trabalhador terceirizado ter o vínculo reconhecido judicialmente com a prestadora, em caso de terceirização de serviços ligados à atividade-fim da empresa.

Outra desvantagem, que não é percebida a curto prazo, é a queda na qualidade dos serviços prestados por terceirizados, na medida em que estes trabalhadores não se sentem comprometidos com a tomadora, já que podem receber salário inferior até mesmo ao piso da categoria dos empregados da tomadora. Ademais, a alta rotatividade que impera nas empresas prestadoras de serviço acaba por excluí-los do cotidiano das empresas tomadoras.

Se para a empresa tomadora dos serviços as vantagens desta modalidade de contratação podem ser desfavoráveis, para o trabalhador não será diferente.

⁵² VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico. In: Revista LTr 67-07/776, São Paulo, 2002.

Além das instabilidades no emprego, dada a facilidade de rescisão contratual entre a tomadora e a prestadora, o que enseja na maioria das vezes a demissão dos terceirizados ociosos, a aceitação pela doutrina e jurisprudência deste tipo de contrato acabou por criar uma espécie de empregado de segunda classe, que é empregado de um terceiro e que aceita ganhar menos que os demais funcionários da tomadora.

A questão da redução dos benefícios sociais aos trabalhadores terceirizados é reportada por Márcio Túlio Viana, que assim constata:

Nesse sentido, estudos do DIEESE, em 1999, envolvendo 40 empresas terceirizadas do ABC, apontavam: em 72,5% dos casos, benefícios sociais inferiores; e em 67,5%, níveis salariais mais baixos. As jornadas eram mais extensas e as condições de saúde e segurança mais precárias.⁵³

Ao admitir a contratação por meio de trabalhadores temporários, ainda que com algumas restrições, como da proibição de trabalho na atividade fim, a jurisprudência além de alterar a concepção tradicional do contrato de trabalho acabou por incentivar práticas fraudulentas de contratação prejudicando os trabalhadores, seja pela falta de segurança na relação jurídica, seja pelos baixos salários a eles oferecidos.

⁵³ VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico. In: Revista LTr, 67-07/774, São Paulo, 2002, p. 781.

3.5 Cooperativa de Trabalho

A cooperativa é a forma de ajuda mútua em que pessoas, que possuem necessidades comuns, associam-se, voluntariamente, para, mediante o exercício de um esforço conjunto e eliminando o intermediário, satisfazerem essas necessidades.

As cooperativas têm um fim econômico, porque visam à melhoria da situação econômica de seus membros, mediante a satisfação de suas necessidades, mas não possuem um escopo puramente mercantil, o que as distingue das demais atividades empresariais.

A lei que disciplinou a constituição e o funcionamento das cooperativas de trabalho no Brasil foi a 5.764, editada em 16 de dezembro de 1971.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 174 trata do dever do Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, de apoiar e estimular o cooperativismo e outras formas de associativismo.

A inserção do parágrafo único do artigo 442 da CLT não constitui especificamente um caso de flexibilização das leis do trabalho, eis que o legislador, ao propô-lo, se referia apenas ao incentivo à prática do cooperativismo, mas forneceu elementos para interpretação equivocada e até maliciosa por parte de setores da sociedade que vislumbraram a possibilidade de redução de encargos trabalhistas e fiscais da relação contratual.

Com a edição da Lei 8.949 de 1994, que inseriu o parágrafo único do artigo 442 da CLT estabelecendo a inexistência de vínculo de emprego entre a cooperativa e seus cooperados, disseminou-se a constituição e implantação de cooperativas no país.

Jorge Luiz Souto Maior⁵⁴, sobre o aumento de cooperativas de trabalho ao longo da década passada, argumenta:

Aliás, impressiona como a idéia do cooperativismo, já que tem por pressuposto a ausência de lucro, conforme relato de Diva Benevides Pinho, nunca conseguiu “penetrar no setor da grande produção industrial moderna” e, agora, porque nos termos do malsinado e inconstitucional parágrafo único do art. 442 da CLT, possibilita a utilização de trabalho sem vínculo empregatício, surge como fórmula mágica da produção econômica.

Também se faz importante ressaltar que a inclusão do referido parágrafo no artigo consolidado fez com que proliferassem as contratações por meio de cooperativas partindo da falsa premissa de que a empresa que contratasse cooperados não teria obrigações fiscais e trabalhistas decorrentes da relação de emprego, esquecendo-se assim de um dos principais princípios do direito do trabalho, o da primazia da realidade.

Sobre este tema, Márcio Túlio Viana assim descreve a situação das cooperativas:

A partir do instante em que surgiu a nova regra, as cooperativas passaram a se reproduzir como ratos, especialmente onde a mão-de-obra é desqualificada e ignorante. Muitas atuam como braços invisíveis das tomadoras de serviços. Quem as cria são profissionais liberais, comerciantes ou fazendeiros, pessoas que nada têm a ver com seus supostos cooperados, e que se utilizam de testas-de-ferro para explorar o trabalho alheio.⁵⁵

O desvirtuamento do artigo 442 da CLT fez com que o cooperativismo fosse uma espécie de contratação muito utilizada na década de 90. Muitos exemplos deste suposto modelo de contratação foram utilizados, como de lojas de comércio que dispunham apenas de vendedores cooperados, fazendas exploradoras de produtos agrícolas que só admitiam cooperados para trabalhar na colheita, dentre outros.

⁵⁴ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O Direito do Trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 324.

⁵⁵ VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *O que há de novo em Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997, p. 82.

Estas pretensas cooperativas, muitas vezes constituídas apenas para fornecer mão-de-obra a um determinado empregador, fizeram com que muitos trabalhadores, que eram até registrados, de um dia para o outro se transformassem em associados cooperados sem que isso implicasse em mudança de local de trabalho, tarefas e subordinação.

Por conta deste entendimento errôneo em torno da contratação de trabalho por meio de cooperativa, em vários Estados foram criadas forças-tarefa entre as Delegacias de Trabalho e o Ministério Público do Trabalho com a finalidade de fiscalização e aplicação de multa às empresas e cooperativas que eram usadas apenas com o intuito de fraudar as relações de trabalho, como a fiscalização realizada pela Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região, que combateu as pseudo-associações cooperativas que alocavam trabalhadores para o cultivo e colheita de laranja, forçando-as a contratar todos os funcionários que se encontrassem nessa situação.

A ausência deste entendimento colocaria em risco a própria instituição do emprego que seria substituída por formas precárias de contratação já que as empresas visando a redução dos encargos trabalhistas e sociais seriam incentivadas a realizar contratos com cooperativas de trabalho em substituição aos de trabalho.

Neste sentido, como explica Jorge Luiz Souto Maior:

Diga-se, ademais, que não é com a prestação de trabalho, mediante o sistema de cooperativas, sem a formação de vínculo empregatício, que os trabalhadores irão alcançar melhores condições de vida, até porque, nesse sistema desvirtuado, os trabalhadores não deixam de ser meros prestadores de serviços, não participam da atividade econômica e não usufruem, portanto, livremente, do produto de seu trabalho. Apenas recebem uma contraprestação pecuniária pelo serviço prestado, como ocorre no sistema trabalhista, com o evidente prejuízo de não terem sua integridade física e mental protegida pelas regras pertinentes à segurança e higiene no trabalho, além de tal situação exercer influência negativa no custeio das garantias sócias, apesar das regras contidas na Lei Complementar n. 84/98.

Acrescente-se que mesmo o problema do desemprego não se ameniza com essa prática. Pelo contrário, com ela elimina-se o próprio emprego, agravando-se a situação atual, na medida em que

se pode facilmente constatar que o cooperado de hoje é o empregado de ontem.

A edição da Lei 8.949 de 9 dezembro de 1994 mostrou-se equivocada por dois motivos. O primeiro porque referida matéria já se encontrava disciplinada na lei das cooperativas que tratava o cooperado como associado e não como empregado e o segundo motivo por ter incentivado a proliferação de contratações fraudulentas por meio de falsas cooperativas, que serviam apenas para a intermediação de mão de obra às empresas que deseavam reduzir os custos dos encargos trabalhistas.

Desta forma, quando houver a necessidade de apuração da existência ou não de vínculo de emprego o parágrafo único do artigo 442 da CLT deve ser interpretado em conjunto com as demais normas trabalhistas, a fim de se buscar a verdadeira realidade dos fatos.

3.6 Contrato por prazo determinado

Pela legislação trabalhista brasileira o contrato individual de trabalho, quanto ao prazo de duração, pode ser celebrado de duas maneiras, por prazo indeterminado ou determinado. Se o contrato de trabalho for estipulado com prazo de vigência será considerado por prazo determinado, e, caso não haja data para o seu término, será considerado por prazo indeterminado.

Apesar de o ordenamento jurídico nacional possibilitar a celebração de contrato de trabalho com vigência determinada e indeterminada, a celebração de contrato a prazo é uma situação especial, sendo a regra geral a celebração de contrato por prazo indeterminado.

Segundo Arnaldo Süssekind, “a continuidade da relação de emprego é uma das finalidades primordiais do Direito do Trabalho, razão por que essa indeterminação deve ser presumida”.⁵⁶

A Consolidação das Leis do Trabalho, no seu artigo 443, prevê a forma de contrato por prazo determinado possibilitando-a nos casos de serviço cuja natureza ou transitoriedade justificassem a predeterminação do prazo, nas atividades empresariais de caráter transitório e nos contratos de experiência.

Para Amauri Mascaro do Nascimento, a celebração de contrato por prazo determinado é possível nas seguintes situações:

- a) contrato a prazo do empregado em geral, desde que destinado a fins transitórios
- b) contrato de técnico estrangeiro
- c) contrato de atleta profissional
- d) contrato de artistas
- e) contrato de aprendizagem
- f) contrato por obra certa
- g) contrato de safra⁵⁷

Além da modalidade prevista no artigo 443 da CLT há também a possibilidade de contratação por prazo determinado introduzida pela Lei 9.601/98, que suprimiu os requisitos do parágrafo 2º, do artigo 443, eis que para essa modalidade de contratação exigiu apenas que a celebração dos contratos ocorresse mediante negociação ou acordo coletivo e que a contratação representasse um acréscimo no número de empregados, já que era vedada a substituição de trabalhadores com contrato por tempo indeterminado por temporário.

⁵⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*. 14ª ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 247.

⁵⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 23ª ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 114.

A lei que introduziu essa nova modalidade de contratação a prazo reduziu a alíquota do depósito fundiário de 8% para 2%, além de reduzir em 50% as contribuições sociais do chamado sistema “S”.

Segundo Luiz Otávio Linhares Renault e Márcio Túlio Viana⁵⁸, que, na época, mencionavam a aprovação do projeto de lei que deu origem à Lei 9.601 de 1998, a inspiração para a nova modalidade contratual estava nos modelos de contratação a prazo dos países da Europa, especialmente na Espanha.

Além de afastar as restrições para a contratação temporária preceituada no artigo 443 da CLT, a Lei 9.601 de 1998 permitiu a possibilidade de renovação do contrato por inúmeras vezes até o prazo de dois anos, com a possibilidade de contratação ao final por prazo indeterminado sem que esse período seja somado ao novo contrato, ao contrário da limitação em uma renovação e pelo prazo de três meses do artigo 443 consolidado.

A ausência de outras modalidades de contratação foi criticada por inúmeros autores que afirmavam que a rigidez da legislação trabalhista acabava inviabilizando uma modernização e adaptação do Direito do Trabalho à realidade de nossos tempos.

Luiz Carlos Amorim Robortella⁵⁹ criticava os opositores da nova lei ressaltando que no Brasil havia apenas duas alternativas de contratação, uma com todos os encargos e a outra sem encargo nenhum, e que entre o tudo e o nada não existia outra alternativa que pudesse estimular a geração de empregos e diminuir a desigualdade social brasileira.

⁵⁸ VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *O que há de novo em Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997, p. 380.

⁵⁹ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. A surrealista polêmica sobre o novo contrato de trabalho. In: *Trabalho & Doutrina: processo jurisprudência* n. 18, pp. 32-34, São Paulo, setembro de 1998, p. 33.

Neste sentido, José Pastore observa que:

No Brasil não há formas intermediárias de contratação do trabalho. Ou se contrata no mercado formal pagando 102% de encargos sociais ou se contrata no mercado informal pagando 0% de encargos sociais. O mercado informal, que é ilegal, pratica formas intermediárias de encargos sociais. Mas legalmente, não há condições de se contratar com menos encargos.⁶⁰

Alguns viam nessa possibilidade de contratação uma forma de solucionar o grave problema do desemprego que enfrentavam os trabalhadores no final da década passada.

Sérgio Pinto Martins afirmava à época que:

Os sindicatos ligados à CUT têm se negado a celebrar tal pacto, sob a alegação de redução de direitos trabalhistas. Entretanto, é melhor o trabalhador ter um emprego vinculado a tempo determinado do que não ter emprego. Na prática, nas categorias em que isso ocorre, o empregado acaba ficando sem emprego e o empregador sem o trabalhador, que poderia ser contratado por um preço menor.⁶¹

Na prática, ao contrário do esperado, esta lei não teve grande aceitação por parte dos sindicatos, que relutaram em aceitar esta forma de contratação temendo que isso fosse usado não para aumentar a contratação de trabalhadores, mas para a substituição dos trabalhadores com contrato por prazo indeterminado por empregados a prazo.

Esta lei também sequer teve aceitação por parte do empresariado, que não achou lucrativa a referida contratação, primeiro porque havia a necessidade de um acordo ou convenção coletiva, e também porque essa modalidade de contrato só poderia ser realizada para a contratação de novos empregados, sem a possibilidade de demissão dos empregados com contrato por prazo indeterminado.

⁶⁰ PASTORE, José. *Encargos sociais: implicações para o salário, emprego e competitividade*. São Paulo: LTr, 1997, p. 92.

⁶¹ MARTINS, Sérgio Pino. *Flexibilização das condições de trabalho*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 56.

E mais, as reduções do FGTS e das contribuições do chamado sistema “S” não se mostravam tão vantajosas, aos empresários, para uma contratação que dividia os doutrinadores e juristas no quesito relativo à sua constitucionalidade.

A Lei 9.601/98, em seu artigo segundo, previa um prazo de vigência dos incentivos fiscais por ela estabelecidos, de 18 meses, ampliados para 60 meses com a redação dada pela Medida Provisória 2.164-41 de 2001, sendo que após o término deste prazo a redução do FGTS e dos encargos do sistema “S” voltaria às suas alíquotas normais. Desta forma, apesar de prevista em lei a contratação a prazo mediante negociação coletiva, que não se mostrava muito vantajosa para nenhuma das partes, perdeu a sua finalidade.

Neste sentido, Arnaldo Süssekind, manifestando-se a respeito da utilidade da nova lei, afirma que:

A Lei n. 9.601, no seu artigo 2º, reduziu, por 18 meses, os depósitos para FGTS e as contribuições destinadas ao SESI, SESC, SEST, SENAI, SENAC, SEBRAE, INCRA, salário-educação e seguros de acidente de trabalho. Esse prazo, depois prorrogado no governo Fernando Henrique Cardoso, não o foi pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, razão por que não mais vigoram as previstas reduções. A lei brasileira, tal como a Lei Argentina n. 1.742, de 1996, se inspirou na reforma do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, de 1994, a qual, entretanto, não atingiu o seu objetivo. Por coincidência, ou não, certo é que esses dois países ibero-americanos se encontram entre os que lideram a trágica estatística do desemprego. Aliás, como advertimos quando o projeto de lei brasileiro tramitava no Congresso Nacional, “o mais significativo, a atestar o fracasso dos contratos provisórios de trabalho, foi a circunstância de ter sido a correspondente legislação espanhola revogada pelos Reais Decretos Legislativos n. 8 e 9, de 1997, a pedido de centrais sindicais de trabalhadores e de empresários” (“Suplemento Trabalhista LTr” n. 161/97, SP, pág. 886) ⁶²

⁶² SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*. 14ª ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 250.

Novamente, os argumentos usados para uma modernização do contrato de trabalho e o combate ao desemprego foram utilizados para justificar a elaboração e a aprovação de lei que desfigura o contrato individual do trabalho em autêntica precarização contratual.

Ao se admitir uma forma de contratação por prazo determinado com a redução de encargos sociais, ainda que sob a alegação da necessidade de criação de novos postos de empregos como medida de combate ao desemprego, incentiva-se o empregador a privilegiar a celebração de contratos de trabalho precários em razão da diminuição dos encargos trabalhistas, deixando o trabalhador sem a garantia da continuidade do emprego, já que passado o prazo de vigência estipulado aquele empregado que celebrou contrato temporário será substituído por outro sem ao menos receber algumas das compensações previstas ao trabalhador com contrato por prazo indeterminado, dispensado sem justa causa, como multa de 40%, aviso prévio e seguro-desemprego.

3.7 Suspensão do Contrato de Trabalho

A suspensão do contrato de trabalho paralisa de forma temporária a relação de emprego sem que haja a necessidade de um rompimento do vínculo contratual.

Esta paralisação do contrato de trabalho estava prevista na CLT nos casos de aposentadoria compulsória, exercício de cargo público ou serviço militar, aposentadoria provisória, afastamento por doença ou acidente por mais de 15 dias, por motivo de ordem disciplinar e para apuração de falta grave em inquérito judicial. A Medida Provisória 1.726, de 3 de novembro de 1998, que instituiu o artigo 476 – A, acrescentou outra hipótese de suspensão.

Essa nova modalidade buscava uma forma de proteger o emprego do trabalhador durante período de crise momentânea que viessem a enfrentar as empresas, já que

elas poderiam suspender os contratos de trabalho por um prazo estipulado sem que tivessem que arcar com os encargos trabalhistas.

Sergio Pinto Martins⁶³ afirma que o “governo entende que o benefício poderá ser aplicado com sucesso na construção civil, no período que ocorre entre o término de uma obra e o início de outra”.

Para a caracterização da suspensão do contrato de trabalho, prevista no artigo 476-A, é requisito necessário que o trabalhador participe, durante o período de suspensão, de curso ou programa de qualificação profissional, cujas despesas ficarão a cargo das empresas.

A lei prevê a necessidade de referida suspensão estar prevista em instrumento coletivo da categoria, devendo o empregador notificar o empregado com antecedência mínima de 15 dias da suspensão contratual.

O período autorizado de suspensão é de 2 a 5 meses, e somente uma vez no período de 16 meses, podendo o empregador conceder uma ajuda compensatória mensal sem natureza salarial, com valor a ser definido no acordo ou convenção coletiva, e estender ao período o benefício do PAT – Programa de Alimentação ao Trabalhador.

Outra exigência da lei é a vedação de demissão do empregado no transcurso da suspensão ou nos três meses subseqüentes sob pena de ter a empresa que arcar com o pagamento de indenização a ser estipulada em acordo ou convenção de no mínimo cem por cento da sua última remuneração.

O objetivo da inclusão desta outra modalidade de suspensão foi o de propiciar às empresas em dificuldades transitórias a possibilidade de redução dos encargos trabalhistas mediante a manutenção dos empregos.

⁶³ MARTINS, Sergio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 89.

Segundo seus defensores, além de garantir o emprego em momento de instabilidade, o trabalhador ao realizar cursos de qualificação poderia buscar no aprendizado uma melhor colocação profissional que o qualificaria para os avanços tecnológicos por que passa o setor de processo produtivo.

Para outros, a medida instituída não protege o trabalhador das graves crises financeiras, criando-se apenas medidas paliativas que não trarão benefícios ao combate ao desemprego.

Neste sentido Ana Virginia Moreira Gomes afirma que:

O objetivo dessa alteração na legislação laboral é a preservação de postos de trabalho que, em dado momento, encontram-se ameaçados. Certamente uma medida paliativa, pois, se a crise pela qual atravessa a empresa persistir, as demissões serão inevitáveis, independentemente da multa a ser paga pelo empregador, caso o trabalhador seja dispensado no período de suspensão ou durante os três meses após o retorno ao trabalho.⁶⁴

A constituição de lei permitindo a suspensão do contrato de trabalho, isentando as empresas dos encargos laborais, ainda que por curto período, acabou, de certa forma, por transferir ao empregado os riscos decorrentes da atividade econômica.

A alegação da necessidade de preservação de emprego, em momentos de crises instabilidade econômicas, não pode prevalecer diante de medidas que desfiguram o contrato de trabalho, já que além de retirar as garantias legais em momento algum protege o trabalhador contra o desemprego.

⁶⁴ GOMES, Ana Virginia Moreira. *A aplicação do princípio protetor no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 151.

3.8 Perspectivas do Contrato Coletivo de Trabalho e Prevalência do Negociado sobre o Legislado

A divergência entre um grupo de trabalhadores e um ou vários empregadores faz surgir, conseqüentemente, conflitos de interesses entre as partes, que, desejando fazer valer suas vontades, acabam por gerar impasses que só poderão ser solucionados mediante procedimento judicial ou pela via da autocomposição.

A diferença entre o conflito individual e coletivo está na sua abrangência, que não se restringe a aspectos de uma determinada questão individual ou contratual de determinado trabalhador, mas que envolve toda a categoria.

Amauri Mascaró Nascimento, discorrendo sobre esse tema, aponta que o conflito coletivo é mais amplo que os individuais, eis que “não surge de um contrato de trabalho, individualmente considerado, nem é destinado a superar as controvérsias em torno dele. Alcança um grupo de trabalhadores e um ou vários empregadores e se refere a interesses gerais do grupo”.⁶⁵

Neste mesmo sentido refere-se Maurício Godinho Delgado à diferença entre os conflitos individual e coletivo:

são distintos dos conflitos meramente interindividuais, que colocam em confronto as partes contratuais trabalhistas isoladamente consideradas (empregado e empregador). Os conflitos interindividuais tendem a abranger aspectos específicos do contrato bilateral entre as partes ou condições específicas da prestação de serviços pelo obreiro, sem que alcancem, em regra geral, projeção no seio da comunidade circundante, empresarial e de trabalhadores.⁶⁶

⁶⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaró. *Compêndio de direito sindical*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 167.

⁶⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 30.

As formas de autocomposição para os conflitos coletivos são a negociação coletiva, entre sindicatos dos empregados e patronais, e o acordo coletivo celebrado entre o sindicato dos trabalhadores e determinada empresa, conforme estabelecem as normas constitucionais e as leis trabalhistas.

Pouco após a promulgação da Constituição de 1988, no início da década seguinte, surge no país a discussão sobre conveniência da implantação do contrato coletivo de trabalho.

Esta forma de contratação, que é utilizada por alguns países europeus, era defendida como solução moderna para todos os problemas que os trabalhadores e empresários sofriam nos momentos de crise econômica e decorrentes da livre concorrência da economia de mercado.

Necessário registrar que a expressão “contrato coletivo de trabalho”, agora debatida, não se referia aos contratos coletivos existentes até a década de sessenta. Nessa época os denominados contratos coletivos eram nada mais do que as atuais convenções coletivas, não havendo semelhança com o tema debatido atualmente.

Após a edição do Decreto-Lei 229, de 1967, a lei passou a tratar apenas das convenções e acordos coletivos de trabalho, abolindo a expressão *contrato coletivo*.

Na legislação nacional não há uma definição desta modalidade de contrato. Amauri Mascaro Nascimento entende que “o Contrato Coletivo de Trabalho é uma espécie de corpo sem rosto. Possui corpo, mas não possui rosto, porque não se sabe o que essa expressão quer dizer, não se sabe o que é que ela quer denominar”.⁶⁷

⁶⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 167.

O contrato coletivo de trabalho, defendido hoje por setores da sociedade, é uma espécie de convenção coletiva, mas com uma abrangência ainda maior, podendo ser pactuado em um ou mais setores econômicos e profissionais e tendo até uma dimensão nacional.

Os ajustes firmados coletivamente, por trabalhadores e empregadores, teriam força de lei, sendo que em caso de conflito com uma lei vigente a cláusula contratual prevaleceria sobre a norma legal.

A proposta de adoção do contrato coletivo sugere também um fim à intervenção judicial obrigatória no caso de impasse, sob o entendimento de que a interferência do Judiciário inibiria o processo de negociação, conforme entendimento de José Francisco Siqueira Neto:

Neste sentido, para modernizar e democratizar as relações de trabalho no Brasil, temos que acabar com a interferência obrigatória do Poder Judiciário trabalhista na solução dos conflitos coletivos (poder normativo ou solução jurisdicional), que se materializa através das sentenças normativas. A intervenção jurisdicional obrigatória, além de inibir o processo de contratação coletiva - pelo seu caráter intrinsecamente vinculado ao sistema corporativista -, conduz a uma série de problemas: restringe o conteúdo das contratações (face às limitações típicas do Poder Judiciário); desqualifica a própria participação do Poder Judiciário enquanto formador de padrões de condutas refletidas pelo uso e pela prática social; inibe as contratações autônomas e, conseqüentemente, as fontes autônomas do Direito do Trabalho (que se traduz na capacidade de criar normas próprias entre trabalhadores e empregadores) e nivela as concessões pelas realidades mais desprotegidas.⁶⁸

O ex-ministro do Trabalho, Walter Barelli (1992/1994), instituiu uma Comissão voltada ao debate da implantação do contrato coletivo de trabalho, nos idos de 1994.

⁶⁸ NETO, José Francisco Siqueira. Trabalhadores: a modernização necessária. Disponível em: <<http://www2.fpa.org.br/portal/modules/news/article.php?storyid=1057>>, acessado em 23 de abril de 2008.

Curioso notar que a defesa da contratação coletiva de trabalho, utilizada em alguns países, era feita tanto por setores ligados às centrais sindicais quanto por parte do empresariado nacional. Entretanto, essa sintonia não existia quando se tratava da definição ou da aplicação do contrato coletivo, já que as centrais sindicais vislumbravam uma influência maior sobre os trabalhadores e sua predominância sobre os sindicatos menos representativos, e os defensores das políticas neoliberais visavam a destruição do sistema legal rígido edificado por meio da Constituição Federal e pela CLT para um modelo flexível compatível com a política de redução de custos e aumento de competitividade aplicada nas empresas globalizadas.

Pode-se depreender isso da leitura do artigo de autoria do economista José Pastore:

Junto com as novidades vão os produtos e os processos. Tudo se torna interligado, fazendo aumentar a competição entre empresas e nações. Tornar-se competitivo é crucial. Mas manter-se competitivo é mais crucial ainda – é questão de sobrevivência, tanto para os empregadores como para os empregados. Para tanto, as empresas têm de adequar a sua força de trabalho ao ritmo das mudanças. A qualificação do trabalhador deve melhorar. Os produtos são ajustados às necessidades dos consumidores. A contratação é feita em função da demanda. A terceirização e subcontratação de atividades junto a outras empresas e pessoas é essencial para manter suas vantagens comparativas. Em suma, tudo passa a ser feito com muita flexibilidade para que as empresas e os empregados se ajustem às mudanças constantes. Por isso, as idéias de contrato coletivo e flexibilização fazem sentido.⁶⁹

A desconfiança e a falta de interpretação correta tanto por parte dos sindicatos quanto por parte dos empregadores fizeram com que esta proposta de criação de uma nova modalidade contratual fosse aos poucos deixada de lado nas discussões atuais.

Necessário registrar que Lei de Modernização dos Portos, Lei 8.630 de 25 de fevereiro de 1993, que regula o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das suas instalações, prevê a hipótese de contratação coletiva⁷⁰.

⁶⁹ Disponível em: <<http://www.josepastore.com.br/artigos/relacoestrabalhistas/001.htm>>.

⁷⁰ “CAPÍTULO IV

Da Gestão de Mão-de-Obra do Trabalho Portuário Avulso

Entretanto, a contratação coletiva aguarda sua regulamentação.

Outra tentativa foi realizada nos primeiros anos deste século, com a proposta de projeto de lei de alteração do artigo 618 da CLT, que dava prevalência ao negociado sobre o legislado.

O projeto de lei 5.483 de 2001, aprovado na Câmara dos Deputados, pretendia conferir a seguinte redação ao citado artigo, que era letra morta na CLT:

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

Parágrafo único. A convenção ou acordo coletivo, respeitados os direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal, não podem contrariar lei complementar, as Leis nº 6.321, de 14 de abril de 1976, e nº 7418, de 16 de dezembro de 1985, a legislação tributária, a previdenciária e a relativa ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, bem como as normas de segurança e saúde do trabalho.

Novamente, tentavam incentivar a negociação entre as partes, que passaria a ter força de lei, sendo que em casos de conflito entre as normas legais e as cláusulas coletivas o negociado prevaleceria sobre o legislado, com exceção das normas citadas no referido artigo alterado.

Art. 18. Os operadores portuários devem constituir, em cada porto organizado, um órgão de gestão de mão-de-obra do trabalho portuário, tendo como finalidade:

...

Parágrafo único. No caso de vir a ser celebrado contrato, acordo, ou convenção coletiva de trabalho entre trabalhadores e tomadores de serviços, este precederá o órgão gestor a que se refere o *caput* deste artigo e dispensará a sua intervenção nas relações entre capital e trabalho no porto.

...

Art. 22. A gestão da mão-de-obra do trabalho portuário avulso deve observar as normas do contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho.

...

Art. 57. No prazo de cinco anos contados a partir da publicação desta lei, a prestação de serviços por trabalhadores portuários deve buscar, progressivamente, a multifuncionalidade do trabalho, visando adequá-lo aos modernos processos de manipulação de cargas e aumentar a sua produtividade.

§ 1º Os contratos, as convenções e os acordos coletivos de trabalho deverão estabelecer os processos de implantação progressiva da multifuncionalidade do trabalho portuário de que trata o *caput* deste artigo.”

Após a sua tramitação e aprovação, sem grandes problemas, na Câmara dos Deputados, o projeto foi enviado ao Senado e só não foi aprovado em virtude da mudança de governo ocorrida em 2003 e a sua retirada da pauta pelo Presidente da República.

Na época os críticos ao projeto de lei alegavam que a Reforma Trabalhista deveria ser precedida de uma profunda alteração na estrutura sindical brasileira. Tais autores entendiam que o grande obstáculo à contratação coletiva é a falta de poder e representatividade dos sindicatos que atualmente se sustentam amparados apenas na obrigatoriedade da unicidade sindical e nas contribuições compulsórias.

Desta forma, a Contratação Coletiva e a Negociação Coletiva somente serão favoráveis às categorias fortes, que geralmente se concentram nas principais zonas metropolitanas do país. Os trabalhadores de categorias menos representativas e que se situam em localidades mais afastadas dos grandes centros urbanos, por sua vez, seriam compelidos a aderir a contratos, com o aval dos sindicatos de classe, que resultariam apenas em perdas de seus direitos, já que dificilmente as empresas flexibilizariam os seus regimes de distribuição de lucros ou suas políticas de salários e empregos para beneficiar o trabalhador.

Para muitos doutrinadores a proteção jurisdicional coletiva ainda se faz necessária, principalmente enquanto houver desigualdade social e regional em nosso país, não podendo ser adotado um modelo de contratação ou negociação que resultante de um ajuste entre as partes se sobreponha à própria lei sem a possibilidade de pronunciamento pelo Poder Judiciário acerca da sua legalidade ou não.

Ou seja, para os críticos destas modalidades contratual e negocial, enquanto não houver uma diminuição da desigualdade social no país e uma reforma na estrutura sindical brasileira, corporativista e assistencialista, com sindicatos frágeis e fragmentados, não será possível a substituição das leis por contratos coletivos de trabalho ou a prevalência do negociado sobre o legislado.

3.9 Dados do Desemprego

As alterações da nova ordem econômica mundial, aliadas à industrialização do país, foram responsáveis pela grande transformação ocorrida a partir da década de oitenta nas relações de trabalho.

O empregado estável, que muitas vezes iniciava sua carreira em uma empresa e lá permanecia por muitos anos, foi substituído por outro tipo de trabalhador, aquele com contrato temporário ou terceirizado, que pode ser descartado sem muitas formalidades.

Os direitos que foram por décadas sendo construídos como irrenunciáveis e irrevogáveis abriram espaço para normas mais flexíveis, passíveis de negociação e supressão.

O fenômeno do desemprego, que antes era associado apenas aos iletrados ou aos trabalhadores da zona rural, alcançou a partir da década de oitenta boa parte da nossa sociedade, não existindo classe social ou faixa etária que não tenha sido atingida por este problema.

Em 2003, o índice de mulheres desempregadas atingia a marca de 23,1% das trabalhadoras da região metropolitana de São Paulo⁷¹.

A pesquisa mensal de emprego elaborada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, IBGE, estimou para o mês de fevereiro de 2004 uma taxa de desocupação de 12% nas seis regiões metropolitanas pesquisadas, tendo a pesquisa concluído que 42,6% destes desocupados possuíam pelo menos o 2º grau completo.⁷²

⁷¹ Disponível em: <<http://turandot.dieese.org.br/icv/TabelaPed?tabela=5>>, acessado em 02 de junho de 2008.

⁷² Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_mensal_de_Empregofasciculo_indicadores_ibge>, acessado em 10 de junho de 2008.

Com o intuito de abrandar o índice de desemprego, ou de justificar as alterações que flexibilizaram as normas do direito do trabalho em suposto estímulo para a criação de emprego, inúmeras propostas legislativas foram aprovadas modificando significativamente as leis do trabalho brasileiro.

Entretanto, analisando a taxa de desemprego ou de desocupação no Brasil determinada pela Pesquisa Mensal do Emprego coordenada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e pelos dados estatísticos dos principais institutos de medição do desemprego, essas alterações não surtiram os efeitos propagados.

O índice de desemprego no Brasil auferido pelo IBGE (que utiliza o critério de desemprego aberto, no qual somente as pessoas que no período pesquisado estavam disponíveis para trabalhar e que realmente procuravam trabalho são consideradas) em 1992 era de 6,5% e no final da década de 90 e início de 2000, após significativas alterações da legislação trabalhista, se manteve acima dos 9,0%, com uma pequena redução a partir de 2006.

O cálculo da taxa de desemprego apontada pelo Dieese, que adota o critério de desemprego total, englobando o desemprego oculto⁷³, na Região Metropolitana de São Paulo se manteve acima dos 15% durante todo o final da década de 90 até 2005, com uma pequena redução a partir de 2006.

As pequenas reduções nas taxas de desemprego ocorridas em curtos períodos não foram resultado das políticas de flexibilização das leis do trabalho, mas sim de momentos de expansão econômica nacional atrelada ao cenário positivo mundial, como por exemplo no ano de 2000.

⁷³ Pessoas que não possuem trabalho ou que realizam trabalhos precários e não procuraram nos últimos 30 dias anteriores ao da entrevista, por desestímulo do mercado de trabalho ou por circunstâncias fortuitas, mas apresentaram procura efetiva de trabalho nos últimos 12 meses.

Naquele ano, segundo os dados do Dieese⁷⁴, a taxa de desemprego total na região metropolitana de São Paulo foi de 17,6%, ante os 19,3% e 18,2% de 1999 e 1998, respectivamente. Diante desta queda de quase 2% em relação ao ano de 1999, poderíamos afirmar que a redução do número de desempregados se deu em razão das medidas flexibilizatórias da lei do trabalho que foram adotadas nos anos anteriores. Entretanto, esta redução se manteve apenas por mais um ano, voltando o índice aos 19% e 19,9% nos anos de 2002 e 2003.

A redução localizada do índice de desemprego foi possível graças a um conjunto de fatores economicamente favoráveis, como o crescimento da economia dos países desenvolvidos, e graças à desvalorização do Real no ano de 1999, que tornou nossas empresas mais competitivas no comércio internacional, em face da redução do preço dos produtos nacionais na moeda norte-americana.

Necessário registrar, também, que no ano de 2000 o Produto Interno Bruto brasileiro cresceu 4,36%, sendo reduzido para os pífios 1,31% e 2,7% nos anos de 2001 e 2002⁷⁵.

Da análise destes dados podemos constatar que a diminuição do índice de desemprego ao longo dos últimos anos não foi fruto das modificações sofridas pelo direito do trabalho, mas da adoção de políticas de incentivo à produção, como redução cambial e dos juros, aliadas ao desempenho dos mercados internacionais.

⁷⁴Disponível em: <<http://turandot.dieese.org.br/icv/TabelaPed?tabela=5>>, acessado em 02 de junho de 2008.

⁷⁵ Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pec/indeco/Port/ie1-51.xls>>, acessado em 02 de junho de 2008.

CONCLUSÃO

A questão das formas de redução do índice de desemprego no país foi amplamente debatida nas últimas décadas.

A legislação trabalhista e o papel regulador do Estado nas questões do trabalho foram apontados como principais causas de inibição de novas contratações, já que o custo dos encargos trabalhistas aliado à rigidez das normas vigentes encarecia a contratação e não se adaptava aos novos tempos de economia globalizada, em que a redução de gastos para a competição internacional era necessária.

Para reduzir as altas taxas de desemprego foram aprovadas nos últimos anos inúmeras propostas legislativas, que alteraram significativamente as leis do trabalho brasileiras, tornando-as extremamente flexíveis.

Entretanto, analisando as taxas de desocupação no Brasil determinada pelos principais institutos de medição do desemprego, essas alterações não surtiram os efeitos propagados.

Avaliando estes dados, podemos perceber que o discurso de flexibilização e precarização iniciado na década de oitenta e até hoje vigente não passou de uma ilusão aos trabalhadores, que em nome da proteção ao emprego tiveram seus direitos diminuídos sem que isso representasse aumento de postos de trabalho.

A idéia de se flexibilizar ou até mesmo precarizar o contrato de trabalho como forma de contenção do número de desempregados e de retirar trabalhadores da informalidade se mostrou e ainda se mostra equivocada, porque além de não criar novos postos de trabalho reduziu ainda mais os direitos daqueles que possuem um emprego.

Apenas com a adoção de políticas de inclusão social aliadas ao incentivo à profissionalização e produção é que poderemos reduzir drasticamente o índice de desemprego e conseqüentemente a desigualdade social em nosso país.

É certo que, devido às transformações sociais e econômicas de nossa sociedade, que ocorrem de maneira tão rápida e imprevisível, todas as propostas de alterações legislativas que tenham o intuito de proteger o emprego do trabalhador são bem-vindas. Entretanto, estas alterações não podem significar precarização do direito do trabalho.

A solidificação dos princípios de proteção ao empregado construídos ao longo de muitos anos reflete a necessidade da manutenção de certas normas que visam às garantias mínimas à parte que ainda é a mais fraca da relação contratual do trabalho.

A preservação de normas que limitam o poder de negociação e conseqüentemente de redução das garantias mínimas de proteção ao trabalho ainda se faz necessária em nosso país em razão do alto grau de descumprimento destas normas.

Alterar essas normas no seu bojo significa voltar às condições desumanas a que eram submetidos os trabalhadores no início da Revolução Industrial, época em que quem ditava as normas eram os empregadores e não o Estado.

O Estado forte, fiscalizador e que equilibra a relação desigual entre empregado e empregador significa a preservação dos princípios protetores do direito do trabalho.

Desta forma, apesar de necessária a atualização de algumas normas trabalhistas, há que ser mantido incólume o princípio de proteção ao empregado, que não pode ser alterado apenas para que as empresas ganhem maior competitividade e conseqüentemente maior lucro.

O poder do Estado deve se sobrepor às tensões habituais entre o capital e o trabalho, limitando as possibilidades de alterações das leis trabalhistas, sob pena de se criar um clima de insegurança ao empregado, num verdadeiro retrocesso à evolução e às conquistas havidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BESOUCHET, Lídia. *História da criação do Ministério do Trabalho*, Ensaios de Interpretações, Coleção Lindolfo Collor, Rio de Janeiro, Serviço de documentação do M.T.I.C., s/ d.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COSTA, Orlando Teixeira. *O Direito do Trabalho na sociedade moderna*. São Paulo: LTr, 1999.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Alterações contratuais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

_____; PORTO, Lorena Vasconcelos. O Estado de Bem-Estar Social no capitalismo contemporâneo. In: Revista LTR, volume 71, n. 10, São Paulo, outubro de 2007.

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

FIORI, José Luís. *60 lições dos 90: uma década de neoliberalismo*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

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

GONÇALVES, Simone Cruxên. *Limites do jus variandi do empregador*. São Paulo: LTr, 1997.

HOFFMANN, Fernando. *O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira*. São Paulo: LTr, 2003.

JAVILLIER, Jean-Claude. *Manuel Droit du Travail*, 6^a edition. Paris: L.G.D.J., 1998.

LACERDA, Mauricio de. *A evolução legislativa do direito social brasileiro*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. 4^a ed., Parte Geral. São Paulo: LTr, 1993.

_____. *Manual de Direito do Trabalho*. Volume II, 4^a ed. São Paulo: LTr, 1993.

_____. *Política do trabalho*. Volume II. São Paulo: LTr, 1995.

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

MANNRICH, Nelson. *A modernização do contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 6^a ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. 17^a ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

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

_____. *Direito do Trabalho*. 12^a ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Flexibilização das condições de trabalho*. 3^a ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MONTEIRO, Carlos Augusto M. O. A constitucionalidade do Artigo 503 da CLT. In: Revista LTr, 69-03/345, São Paulo, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 23ª ed. São Paulo: LTr, 1997.

_____. *Compêndio de direito sindical*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. *Flexibilização do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1991.

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

_____. *Encargos sociais: implicações para o salário, emprego e competitividade*. São Paulo: LTr, 1997.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2004.

POCHMANN, Marcio. *O trabalho sob fogo cruzado*. São Paulo: Contexto, 1999.

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

_____. A surrealista polêmica sobre o novo contrato de trabalho. In: *Trabalho & Doutrina: processo jurisprudência* n. 18, pp. 32-34, São Paulo, setembro de 1998.

ROCHA, Paulo Santo. *Flexibilização e desemprego*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROMITA, Arion Sayão. *Direito do Trabalho – temas em aberto*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. O princípio da proteção em xeque. In: Revista LTr, 66-06, São Paulo, 2002.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª ed. Curitiba: Juruá, 1997.

RUPRECHT, ALFREDO J. *Os Princípios do Direito do Trabalho*. Trad. Edilson Alkimin Cunha. São Paulo: LTr, 1995.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Trabalhadores: a modernização necessária*. Disponível em: <<http://www2.fpa.org.br/portal/modules/news/article.php?storyid=1057>>, acessado em 23 de abril de 2008.

SKIDMORE, Thomas E. *Brasil: de Castelo a Tancredo*. 7ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. *Instituições de Direito do Trabalho*. 14ª ed. São Paulo: LTr, 1993.

VIANA, Márcio Túlio. *A proteção do trabalhador no mundo globalizado. Direito do Trabalho: Evolução, Crise, Perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004.

_____. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico. In: Revista LTr, 67-07/774, São Paulo, 2002.

VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *O que há de novo em Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

VIANA, Segadas; SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Evolução do Direito do Trabalho no Brasil*. 12^a ed. São Paulo: LTr, 1991.