

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Luciana Virgínio de Souza Mussi

Presidente Prudente/SP
2013

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Luciana Virgínio de Souza Mussi

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Fernando Batistuzo Gurgel Martins.

Presidente Prudente/SP
2013

FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Fernando Batistuzo Gurgel Martins

1º Examinador: Guilherme Prado B. de Haro

2º Examinador: Gisele Caversan B. Marcato

Presidente Prudente, 28 de outubro de 2013.

[...] nós juristas, nós os advogados, não somos os instrumentos mercenários dos interesses das partes. Temos uma alta magistratura, tão elevada quanto aos que vestem as togas, presidindo os tribunais; somos os auxiliares naturais e legais da justiça; e, pela minha parte, sempre que diante de mim se levanta uma consulta, se formula um caso jurídico, eu o encaro sempre como se fosse um magistrado a quem se propusesse resolver o direito litigado entre partes. Por isso, não corro da responsabilidade senão quando a minha consciência a repele.

Rui Barbosa

DEDICATÓRIA

Primeiramente a Deus por guiar a minha vida, por ajudar em todos os momentos e por dar a sabedoria necessária para a realização de mais um sonho.

Dedico esse trabalho a minha família, em especial a minha mãe Antonia Gonçalves e ao meu esposo Clayton Mussi porque ofereceram motivação, amor, carinho e apoio no sentido de que fosse possível a realização desse curso e desse trabalho. A razão do meu crescimento pessoal, emocional, profissional e tudo que conquistei até hoje e realizarei no futuro, é fruto de tudo o que fizeram por mim. Meu muito obrigado.

Ao meu orientador Professor Dr. Fernando Batistuzo Gurgel Martins, pela grande pessoa que é, por ter aceitado o projeto, pelas tantas discussões, debates e contribuições sobre o estudo, por ser um excepcional professor, sempre disposto a ajudar. Sendo pessoa decisiva para a realização deste trabalho, pelo comprometimento, pela cooperação e dedicação, enfim, por tornar o Direito do Trabalho tão instigante para se aprender e exercer.

AGRADECIMENTOS

Durante o curso de Direito diversas pessoas contribuíram para a minha instrução e como consequência para a articulação das idéias para a realização desse trabalho.

Ao corpo docente do curso de Direito da Faculdade Toledo, em especial aos professores da Disciplina de Direito do Trabalho Dr. José Roberto Oliva e Dr. Valmir da Silva Pinto pelas discussões nas aulas de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho e as contribuições quanto à formulação dos questionamentos abordados nessa pesquisa. Ao Professor Fernando Batistuzo, pela amizade e a forma como apresentou o Direito do Trabalho, instigando minha afeição e delineando meu futuro profissional na área do Direito do Trabalho.

Aos amigos que acompanharam a minha evolução nesse curso, em especial aos amigos como Gabriel Negrini, Luciana Fernandes, Milton Valim, Antonio Vicente e Thais Souza sempre presentes durante os estudos. Foram horas de aprendizado e momentos de reflexão; aos demais amigos e parceiros de turma sempre presentes contribuindo para argumentações e pensamentos jurídicos. À Daniel, sempre pronto para ajudar em qualquer empreitada, motivando-me a seguir em frente. As minhas irmãs Rosemeire Virginio, Viviane Virginia e Adriana de Paula, por terem incentivado e motivado para a conclusão de mais um curso.

Agradeço a todos por proporcionar meu crescimento intelectual e jurídico.

RESUMO

A proposta do presente trabalho foi analisar a Flexibilização das relações de trabalho, e a sua utilização como alternativa para diminuição da crise econômica e social que gera desemprego e aumento da mão de obra em trabalhos informais. A problemática é decorrente de diversos motivos entre eles estão a complexidade e o rigor estabelecidos pela legislação trabalhista brasileira. Gestores de negócios, investidores e administradores de empresas de pequeno, médio e grande porte analisam os custos elevados da aplicação adequada do regramento jurídico trabalhista. Fatores como o exagerado valor dos encargos sociais e demais obrigações trabalhistas impostas a eles reduzem a abertura de novas frentes de trabalho. Dessarte, são diversos os motivos que levam ao desrespeito a legislação trabalhista e conseqüentemente prejudicam não somente o trabalhador, também ao empresário e a sociedade como um todo. As sanções pela falta de cumprimento das obrigações e dispositivos legais rígidos é um preço alto a ser pago que pode, inclusive, levar ao endividamento e até mesmo a falência do negócio empresarial. Daí a necessidade de flexibilizar as relações de trabalho como meio de retirar despojando a rigidez tradicional, torná-las maleáveis como alternativa de minimizar a crise que de uma forma indireta provocou a reestruturação das organizações, e estas por sua vez lançaram mão de novas tecnologias para redução de pessoal, e conseqüentemente aumentaram o número de desempregos e de trabalho informal no País. Enfatiza-se a necessidade de mudanças jurídicas na relação entre empregador e empregado, e a flexibilização possibilitaria a satisfação do desejo do trabalhador moderno, que é ter sua vaga no mercado de trabalho garantida, somando-se a isto o sonho de que as novas formas e condições contratuais de trabalho oportuniza a abertura para negociações, maior liberdade e individualidade na carreira profissional.

Palavras-chave: Flexibilização. Trabalho. Desemprego. Direito do Trabalho. Relações de Trabalho. Contrato de trabalho. Evolução Histórica do Trabalho. Princípio da Proteção Atividade Laboral.

ABSTRACT

The purpose of this study was to analyze the easing of labor relations as an alternative to reduce the social and economic crisis that generates unemployment and increased labor in informal jobs. The problem is due to several reasons among them are the complexity and rigor established by Brazilian labor legislation. Business managers, investors and managers of small, medium and large analyze the high cost in the proper application of the ruling legal labor. Factors such as the exaggerated value of social security contributions and other labor obligations imposed on them reduce the opening of new work. This faces are various reasons that lead to disregard of labor legislation and consequently affect not only the worker, but also to business and society as a whole. The penalties for failure to comply with legal obligations and devices drives is a high price to be paid which can even lead to debt and even bankruptcy of the business enterprise. Hence the need for more flexible labor relations as a means of divesting the traditional rigidity, making them as flexible alternative to minimize the crisis in a roundabout way led to the restructuring of organizations, and these in turn laid hands on new technologies to reduce personnel , and consequently increased the number of unemployed women and informal work in Brazil emphasize the need for change in the legal relationship of employer and employee, and flexibility enable the satisfaction of the desire of the modern worker , that is to have your place in the market guaranteed work, adding to this the dream that the new work would provide contractual conditions for opening negotiations, greater freedom and individuality in their professional careers.

Key-words: Easing. Unemployment. Labor Law. Labor relations. Employment contract. Principle of Activity Labour Protection.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	RELAÇÃO DE TRABALHO: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS	13
2.1.1	Conceitos Gerais	14
2.1.2	Alguns Conceitos Doutrinários da Flexibilização	16
3	A EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO	19
3.1	Fundamentos Históricos do Princípio Protetor	25
4	FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO	32
4.1	A Flexibilização no Direito Internacional	38
4.1.1	A Flexibilização do trabalho na Europa	40
4.1.2	A Flexibilização na América do Sul e Estados Unidos	42
4.2	A Flexibilização na Constituição Federal Brasileira de 1988	44
5	FLEXIBILIZAR FRENTE AO PRINCÍPIO PROTETOR	47
6	POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS	51
6.1	Argumentos Favoráveis à Flexibilização	52
6.2	Argumentos Contrários à Flexibilização	53
6.3	Desregulamentação do Direito do Trabalho	54
7	FORMAS DE FLEXIBILIZAÇÃO	56
7.1	Flexibilização da Jornada de Trabalho	57
7.1.1	Compensação da Jornada de Trabalho	57
7.1.2	Horários Individualizados	61
7.1.3	Anualização	62
7.2	Flexibilização de Salários	63
7.3	Formas de contratação na Flexibilização	65
7.3.1	O Trabalho Temporário	66
7.3.2	O Trabalho por Tempo Determinado	66
7.3.3	Contrato de Trabalho a Tempo Parcial	68
7.3.4	Contrato de Trabalho em Domicílio	69
7.4	Dispensa Flexibilizada	70
7.5	Liberdade de negociação entre as partes	70
8	TERCEIRIZAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO	74
9	LIMITAÇÕES QUANTO A APLICAÇÃO DA FLEXIBILIZAÇÃO	77
9.1	Limitações quanto aplicação da Compensação e do Banco de Horas	77
9.2	Limitações quanto à Contratação por Tempo Determinado	79
10	CONCLUSÃO	80
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	82

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho foi analisar se a Flexibilização das relações de trabalho e dos direitos trabalhistas são elementos alternativos para o aumento de vagas e manutenção de mão de obra no mercado, além disto, sob o prisma do empregador, analisar se a flexibilização das normas trabalhistas é ou não fonte geradora de recursos econômicos e financeiros, capazes de propiciar a continuidade de seus negócios sem ter os altos custos da rigorosa e complexa legislação trabalhista. Destarte, o tema proposto é de grande relevância social. A disciplina jurídica do Direito do trabalho é multifacetada e encontra-se em constante mutação, para isto foi relevante verificar o contexto histórico, e as ponderações de ordem política, sociológica e econômica vividas.

Historicamente, os custos decorrentes de indenizações trabalhistas aumentaram ao longo do tempo, diversos foram os fatores que motivaram esta majoração, sendo que o principal fator é a rigidez da legislação trabalhista brasileira. Além disto, internamente os administradores e gestores administrativos não atentam para a devida aplicação das leis trabalhistas, que geralmente são mal implantadas por falta de conhecimento jurídico adequado e não contratação de serviços de consultoria jurídica especializada, e acabam por inflar a Justiça do Trabalho com ações judiciais. Obviamente o pagamento das sentenças judiciais acabam por refletir no patrimônio do empregador, resultando como efeito a diminuição do fluxo de caixa e nas demonstrações financeiras e econômicas das empresas. Acrescenta-se que dependendo da situação e do tipo de negócio a penalidade aplicada poderá por um fim a um empreendimento que como consequência principal ocasionará mais desempregos.

As principais motivações para estudo do tema foi a vivência prática das dificuldades que os empregadores enfrentam na atualidade, diante de um mercado extremamente competitivo, não somente no âmbito interno como também no externo, resultantes de um novo mundo globalizado onde existe a facilidade de importação de produtos. E o questionamento de novas formas de aplicação das leis trabalhistas mais maleáveis como meio de redução dos custos por parte das empresas, haja vista, que é corriqueiro a perda do patrimônio com o pagamento das altas indenizações trabalhistas e obviamente as sanções impostas como multas por

atraso no pagamento dos encargos sociais colaboram para a sua derrocada. Efeito do dispêndio de valores exorbitantes devidos nessas e autuações do Ministério do Trabalho e Emprego.

O estudo realizado foi exploratório, descritivo e explicativo da Flexibilização da relações de trabalho e embasou-se na literatura sobre o tema e nas críticas derivadas desta. O método de abordagem utilizado foi o hipotético-dedutivo, desenvolvido a partir da interpretação da legislação do Direito do Trabalho vigente e pesquisas bibliográficas.

O trabalho apesar de apresentar formas usuais de Flexibilização, não tem a pretensão de propor modelos práticos sobre o tema.

A metodologia de estudo aplicada foi a busca de publicações, artigos, livros, palestras, revistas, sites na internet e demais fontes de pesquisa, com o objetivo de coletar informações e enriquecer o trabalho. Apresenta-se como forma de organização capítulos, títulos e subtítulos, assim o primeiro capítulo trouxe a introdução do tema, as motivações e o método utilizado.

O segundo capítulo tratou dos aspectos introdutórios da relação de trabalho. A necessidade do Direito do Trabalho evoluir diante de um momento diverso daquele ao qual suas leis foram criadas. E ainda, como o princípio da proteção deve ser aplicado de maneira branda como solução para evitar abusos no emprego das sanções. Além disto, apresenta os conceitos gerais e introdutórios importantes para a formação do entendimento do tema proposto.

No terceiro capítulo contemplou a exposição do contexto histórico do Trabalho no Brasil, o nascimento das leis, e a evolução do Direito do trabalho à luz do Princípio da Proteção do trabalhador ao longo tempo.

O quarto capítulo apresentou o fenômeno da Flexibilização seus conceitos e modalidades. Sua aplicação no Direito do Trabalho Internacional, tanto Europeu quanto na América. E a entrada da flexibilização na Constituição Federal de 1988, que proporcionou a possibilidade de redução salarial, fixação da jornada de trabalho e reconhecimento dos acordos coletivos de trabalho.

O quinto capítulo tratou da flexibilização diante do principio protetor reflete sobre a necessidade de equilibrar os pólos da relação de trabalho de modo a beneficiar não somente as partes mais também a sociedade.

No sexto capítulo, apresentou as posições doutrinárias sobre a flexibilização, seus argumentos favoráveis e contrários. E reflexão sobre a desregulamentação do Direito do Trabalho.

No sétimo capítulo mostrou as formas de flexibilização das relações de trabalho como na jornada de trabalho e sua compensação, os horários individualizados (também conhecidos como "*flexitime*"), anualização, flexibilização de salários, e nas formas de contratação (o trabalho temporário, trabalho por tempo parcial, trabalho por tempo determinado e o trabalho em domicílio), a dispensa na flexibilização e a liberdade de negociação entre as partes.

A Terceirização do contrato de trabalho foi tratado no oitavo capítulo, seus conceitos, origens e possibilidades de aplicação como forma de redução de custos.

No nono capítulo, apresentou os estudos das limitações quanto à aplicação da flexibilização, devido a necessidade de coibir aos abusos por parte do empregador. E finalmente a conclusão do trabalho.

2. RELAÇÃO DE TRABALHO: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Ao longo do tempo, a necessidade de proteger o trabalhador com a utilização da chamada "justiça social" aumentaram e tornaram-se rígidas as normas de proteção ao trabalhador. Todavia, o momento atual é outro, é a era da competitividade entre as empresas (nacionais e internacionais), modernização dos processos, globalização dos mercados, avanço tecnológico e automatização dos maquinários. Este último produziu a concorrência desleal com o trabalhador, agora é homem *versus* máquinas, tanto que Miguel Reale, em 1994, chegou a afirmar que as mudanças cibernéticas gerariam um desequilíbrio no mercado de trabalho, e acrescentou que toda vez que se automatiza uma máquina, gerará 10 ou até 100 trabalhadores desempregados.

Portanto, surge a necessidade de reflexão e de alteração das normas trabalhistas deixando-as mais flexíveis, isto porque o Direito do Trabalho não pode permanecer imóvel, alheio aos acontecimentos atuais. Deve buscar diminuir os problemas sociais para o empregador (altos custos de contratação, indenizações, altos encargos sociais etc.) e ao empregado (desemprego e falta de oportunidades). Com a possibilidade de adotar a flexibilização das relações de trabalho como forma alternativa para a redução de custos, minimização da crise que assola o mercado de trabalho brasileiro.

Os riscos de uma crise mundial no setor econômico é eminente, portanto, existe a necessidade de mudança proporcionando liberdade as formas e aos acordos contratuais, individualização da relação, bem como adequar as regras normativas e as suas conseqüências jurídicas que devem estar sintonizadas com a realidade social. Poderá ser aplicados o abrandamento proporcional como exemplo a redução das penalidades pela não observância ou desconhecimento da legislação do trabalho e a opção em aplicar ou deixar de aplicar o direito dando aos doutos magistrados do trabalho o poder de razoar casuisticamente e as partes de acordar liberalmente.

O Direito é dinâmico, ele evolui ao longo dos tempos e continuará evoluindo conforme as mudanças da sociedade. Estas mudanças faz com que

novos direitos venham a ser criados e conseqüentemente outros direitos sejam suprimidos. Se o direito ignorar a realidade surgirá o caos.

Quanto à evolução dos direitos do homem, discorre Bobbio (1992, p. 18) do seguinte modo:

[...] os direitos do homem constituem uma classe variável (...). O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas [...]

Portanto, a ponderação da Justiça do Trabalho, é um fator que deve ser levado em conta, que a respeito do princípio da proteção como meio de evitar abusos, deveria arrazoar de modo brando para a diminuição das sanções impostas aos empregadores e assim atuando certamente agiria cooperativamente com bem estar social. Ainda, em campo do Direito do Trabalho as normas trabalhistas vigentes, são frutos da pressão de acontecimentos e fatos sociais. O estado social de direito garante proteção aos hiposuficientes, mais o que poderá ocorrer diante da falta de oportunidade de emprego e da inatividade forçada.

2.1.1 Conceitos Gerais

Buscando no dicionário o significado do vocábulo "flexibilidade" e do verbo "flexibilizar" encontra que é tornar-se flexível, curvar, dobrar, e qualidade do que é flexível.

Etimologicamente a palavra flexível vem do latim "*flexibile, flecto, flectis, flectere, flexi, flectum*", para o nosso dicionário seria "*aquilo que se dobra sem quebrar, que se acomoda*", acrescentamos ainda a faculdade de ser maleável.

Juridicamente flexibilizar seria dar mais elasticidade as regras, que geralmente são consideradas rígidas e inflexíveis, ou seja, o ordenamento jurídico deve manter-se maleável, em detrimento da rigidez legal dos direitos trabalhistas. Segundo Sergio Pinto Martins (2009, p.10) "a palavra flexibilização é um neologismo ainda não nos dicionários".

O dicionário Aurélio apresenta que trabalho é *“exercício de atividade humana, manual ou intelectual, produtiva”*; *“serviço”*; *“lida”*; *“produção”*; *“labor”*; *“maneira como alguém trabalha”*; e trabalhar, para o dicionário é: *“exercer alguma profissão”*; *“dar determinada forma a”*; *“fazer com arte”*; *“labutar”*; *“empenhar-se”*; *“executar alguma tarefa”*; *“desempenhar as suas funções”*.

Por contrato individual de trabalho entende-se que é o acordo de vontades, em que duas pessoas: empregado e empregador se comprometem entre si, uma a prestar pessoalmente os serviços subordinados, não eventuais e o outro a pagar o salário. Assim a essência da relação de emprego é ser exercido por uma pessoa física; haver a pessoalidade na prestação dos serviços; a continuidade dos serviços; a contraprestação com o pagamento dos serviços prestados; e por fim a subordinação as ordens do empregador.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) dispõe em seu artigo 442 que contrato individual de trabalho "é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego". Já a relação de trabalho tem caráter genérico, pois ela, corresponde a qualquer vínculo jurídico pelo meio do qual uma pessoa física executa obra ou serviços a outrem, mediante uma contraprestação. Aprende-se nos bancos acadêmicos que relação de emprego, por sua vez, é espécie de relação de trabalho. É relação típica de trabalho subordinado, onde toda relação de emprego corresponde a uma relação de trabalho, mas nem toda relação de trabalho corresponde a uma relação de emprego. Para se caracterizar a relação de emprego tem que estar presentes os pressupostos basilares que são: trabalho por pessoa física, pessoalidade, onerosidade, subordinação, não eventualidade e alteridade.

Importante é refletir sobre o Direito do Trabalho, que segundo o doutrinador Maurício Godinho Delgado (2003, p. 83), "é um complexo coerente de institutos, princípios e normas jurídicas, que resulta de um determinado contexto histórico". Já para o professor Amauri Mascaro Nascimento (2007, p.58-59). o Direito do Trabalho é

[...] ramo da ciência do direito que tem por objetivos as normas, as instituições jurídicas e os princípios que disciplinam as relações de trabalho subordinado, determinam seus sujeitos e as organizações destinadas à proteção desse trabalho em sua estrutura e atividade.

E segue disciplinando que o Direito do Trabalho possui diversas funções, entre elas a função coordenadora, as que nos coordenadora e função social de tutelar.

A função coordenadora do Direito do Trabalho, segundo alguns doutrinadores, é coordenar os interesses entre o capital e o trabalho. Para eles não é somente a proteção dos trabalhadores, mais a coordenação de forma que podem ser adotadas medidas que nem sempre serão as mais benéficas ao trabalhador, tudo dependerá do momento. Ainda segundo Nascimento (2007, p.68) esta corrente doutrinadores admitem um direito do trabalho de crise, restritivo, sempre que a situação econômica exigir.

A função tutelar do Direito do Trabalho é proteger o trabalhador como forma real de igualar as partes da relação jurídica trabalhista, isto é decorrente da diferença econômica existente entre empregado e empregador.

[...] tutelar o trabalhador em razão das suas necessidades básicas, comprometidas pela sua condição econômica de dependência jurídica de subordinação. Daí os postulados básicos que sempre foram admitidos, refletindo-se sobre os diversos aspectos e institutos que integram o ramo especial do direito. (NASCIMENTO, 2000 p. 136)

Esta tutela é importante do ponto de vista econômico, pois existe classes dominante pelo poder das riquezas conhecidos como auto-suficientes, e as classes dos pobres ou também denominados de hipossuficientes. A segunda classe necessita da primeira para sobreviver e oferece seus trabalhos, enquanto que a primeira classe oferece a oportunidade de trabalho.

2.1.2 Alguns Conceitos Doutrinários Introdutórios da Flexibilização.

A cerca da flexibilização das relações e condições de trabalho, a doutrina apresenta vários conceitos, que apesar de não ter conteúdo jurídico aprofundado, essas definições envolvem aspectos políticos, econômicos e sociais.

Segundo Rosita Nazaré Sidrim Nassar (1991 p. 20), flexibilização do Direito do Trabalho seria um instrumento de política social, caracterizado pela adaptação das normas jurídicas à realidade econômica, social, tecnológica ou demais naturezas exigentes de adaptação da previsão legal à realidade, devido a mutabilidade econômica e social.

O professor Sergio Pinto Martins (2009, p. 13) conceitua a flexibilização das condições de trabalho como :

[...] o conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho.

E segue, discursando que "não se faz flexibilização de forma ou medidas isoladas, para isto, faz-se necessário adotar vários conjuntos de procedimentos para a sua realização". Estes conjuntos compreendem modificações de diversas ordens como política, econômica, tecnológica e social não apenas jurídicas.

Importa salientar que a flexibilização não é a desregulamentação, já que esta segunda seria desprover das normas do trabalho, é a separação do Estado das relações de trabalho, ficando as negociações a cargo das partes, retirando assim a proteção do Estado sobre o trabalho do empregado.

Flexibilizar seria a alteração das regras e alteração das relações existentes de modo a permitir maior negociação entre as partes e menor rigidez das relações. Assim seria possível reduzir salários em tempos de crises, a livre negociação empregado empregador sobre as horas trabalhadas, entre outras medidas menos rígidas. Ela surgiu na Europa, no início dos anos 80, em época de recessão. É importante estudarmos o contexto histórico para melhor entendimento deste fenômeno.

Comenta Amauri Mascaro Nascimento (2000, p. 63-64), que a flexibilização trata-se de uma proposta

[...] segundo a qual os imperativos econômicos devem justificar a postergação de direitos dos trabalhadores como meio necessário de desenvolvimento, condição para a melhoria da situação dos assalariados, sustentando a conveniência da valorização de novas concepções sobre os velhos institutos, como (...) a maior facilidade

para dispensa dos trabalhadores, contrariamente às dificuldades opostas pela estabilidade definitiva.

Segundo este autor a flexibilização teve seu nascedouro na Europa, diante da crise do petróleo de 1973, que gerou desemprego e levou ao reexame de algumas leis trabalhistas consideradas rígidas, a partir disto, para aproveitamento dos desempregados, surgiu o contrato a tempo parcial, contrato por prazo determinado e a facilidade da ruptura dos contratos de trabalho motivadas pelas crises econômicas. Ainda para ele

deu-se o nome [..]. de *flexibilização do direito do trabalho*, que, segundo as leis trabalhistas, não devem dificultar o desenvolvimento econômico e devem compatibilizar-se com as exigências da economia de mercado e com a valorização das negociações coletivas. (NASCIMENTO, 2007 p. 69)

Que é flexibilização do direito do trabalho? É, portanto, o afastamento da rigidez de algumas leis para permitir, diante de situações que a exijam, maior disponibilidade das partes para alterar ou reduzir as condições de trabalho. (NASCIMENTO, 2007 p. 69)

Para adentrar no estudo da Flexibilização propriamente dita, faz-se necessário tratar da evolução histórica do trabalho e do Direito do Trabalho.

3 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Historicamente, o trabalho no Brasil, surgiu a partir do ano de 1532 com o advento da Colonização. Deu-se início com tentativas de escravização dos índios, que foi frustrada devido a não adaptação dos mesmos e a falta de subordinação aos senhorios e aos padres jesuítas que buscavam evangelizar esses silvícolas.

Posteriormente, introduziu-se a escravatura dos africanos, que foram capturados em sua terra natal e transferidos para o Brasil, os quais passaram a viver em outra terra outra realidade de vida e de cultura. Estes pobres escravos não tinham outra opção senão trabalhar arduamente, sob violentos castigos, marcados como animais em sua pele, pertencentes a um dono e senhor. Eram muitos deveres e míseros direitos, nenhuma valorização e muito menos dignidade humana. Em 1869, mais precisamente em 15 de outubro de 1869, surgiu a Lei nº 1695 sobre a não separação das famílias escravas. À partir desta lei, e motivada pelos movimentos europeus, a sociedade passou a conscientizar-se sobre as condições desumanas em que viviam os escravos, e, passaram a mobilizar-se contra este tipo de trabalho. Então, em 28 de setembro de 1871 criou-se a lei 3270 conhecida como “Lei do Ventre Livre”, a qual considerava livre todos os filhos de mulher escravas nascidos a partir daquela, porém estes deveriam ficar aos cuidados do senhoril até os 21 anos de idade, prestando trabalhos a estes sem nenhuma remuneração, é o disserta o José Donizeti Crepaldi. (2003, p.14-15).

Foot Hardman e Victor Leonardi em sua obra A História da indústria e do trabalho no Brasil, disserta que em 28 de setembro de 1885 adveio a Lei 3270, garantiu liberdade aos escravos com mais de 65 anos. Neste interim, movidos pelos ideais da sociedade o poder Público alforriou seus negros escravizados.

No Estado de São Paulo, devido aos movimentos sociais, fundou-se a Associação Libertadora do Trabalho. Estes movimentos levaram a assinatura da Lei Áurea no Brasil em 13 de maio de 1888, essa foi a lei que extinguiu a escravidão no Brasil (HARDMAN; LEONARDI, 1982).

Com o fim da escravidão, aos escravos restou a desqualificação laboral e o desemprego. A partir de então, a mão-de-obra escrava foi substituída pelo trabalho assalariado, geralmente prestado por brasileiros natos ou por imigrantes europeus originários de diversas partes da Europa. Esses imigrantes principalmente da Itália, Espanha, Alemanha e Portugal, visualizavam no Brasil a possibilidade de um futuro melhor.

Neste período, o governo mantinha-se alheio às reivindicações e movimentos políticos, foi um momento de elevado número de greves nas indústrias. O Estado observava pacificamente os contratos e resguardava os seus efeitos, mas não protegiam o trabalhador. Essa também foi uma época de mudanças tecnológicas, no qual a mecânica foi aperfeiçoada, máquinas foram construídas, a energia elétrica substituiu o carvão (vapor). Consequentemente ocorriam neste período histórico diversos acidentes de trabalho, além disto, a mão de obra feminina e de menores necessitavam de proteção através da regulamentação. Assim com outra realidade laboral e com influências de ideias marxistas, iniciaram-se as tentativas dos trabalhadores em regulamentar o trabalho (HARDMAN; LEONARDI, 1982, p. 182).

A primeira lei que dispôs sobre a proteção do trabalhador reconhecendo-o como hipossuficiente, foi a Lei Sindical de número 1637 de 05 de janeiro de 1907 também conhecida como "*projeto de locação comercial*" de Nicanor do Nascimento, nela foi inserida a seguinte frase "*todos os empregados do comércio entendem-se pobres no sentido da lei*". Reconhecia-se assim a necessidade de proteção ao trabalhador, dando-lhes direito a Justiça Gratuita (HARDMAN; LEONARDI, 1982 p.183).

Ressalta-se que o trabalhador neste momento histórico, de início de século, tinha como jornada laboral o período de 14 a 16 horas diárias. A família era massacrada pelo trabalho da mulher e dos menores em fábricas. As classes sociais resultaram-se desniveladas o que gerou uma série de manifestações sobre a problemática social vivenciada. Segundo os autores, o primeiro projeto do Código de Trabalho deu-se no ano de 1915. Apresentava a primeira definição de contrato do trabalho, como sendo:

Convênio pelo qual uma pessoa se obrigaria a trabalhar subordinada, sob autoridade, vigilância de um chefe ou patrão, recebendo como troca do trabalho realizado remuneração (diária, semanal ou quinzenal) calculado proporcionalmente ao tempo empregado, à quantidade, qualidade e valor da obra ou serviço, não podem ser obras ilícitas, ou seja, proibidas por lei. HARDMAN; LEONARDI, 1982 p.185).

Devido ao movimento europeu, fonte de inspiração na busca pelo desenvolvimento, bem-estar social e novas cláusulas contratuais tendo como requisitos, por exemplo, contrato por tempo de vigência menor ou igual há quatro anos. Foram discutidas novas cláusulas contratuais tendo como requisitos a descrição do trabalho a ser realizado, o tempo, a forma de pagamento e o lugar de execução. Os contratos que não continham os prazos em suas cláusulas consideravam-se como existente a viabilidade de rescisão, condicionada ao aviso prévio de 8 (oito dias), garantindo ao trabalhador o direito de ressarcimento de perdas e danos em caso de descumprimento de uma das cláusulas (HARDMAN; LEONARDI, 1982).

Os movimentos de greve eclodiram em São Paulo, trabalhadores desejosos de aumento salarial e melhores condições de trabalho, o caos chegou, com as greves. As informações das mídias da época, onde jornalistas resolveram intermediar e publicar as manifestações apoiando a classe trabalhadora, principalmente o trabalho do menor e da mulher. Havia necessidade de proteção a estas duas classes de trabalhadores, diante dos abusos praticados por empregadores, que submetiam as mulheres e os menores a trabalhos em jornadas excessivas, desempenhar atividades acima da capacidade física (HARDMAN; LEONARDI, 1982 p.182-185).

Com o Código Civil de 1916, Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916 deu-se início a fase civilista nos contratos de trabalho, com a introdução de dispositivos legais sobre a locação de serviços, e a necessidade de disposição de legislação posterior especializada para regulá-los. Dispunha o seguinte:

1. O artigo 1.218 desde Código dispunha sobre o arbitramento do valor da retribuição devida, segundo lugar, tempo de serviço e sua qualidade;
2. Artigo 1.220 fixou o prazo máximo de quatro anos para os contratos de duração determinado;

3. Artigo 1.221 alterou o aviso prévio de oito para trinta dias;
4. Artigo 1.226 especificou tipos de rescisão contratual por justa causa;
5. Artigos 1.225 a 1.231 - instituíram critérios de reparação para as rescisões contratuais sem justa causa.

No ano de 1917, criou-se o Departamento Nacional do Trabalho, que instituiu as comissões de Conciliação e os Conselhos de Arbitragem Obrigatória, estes entre outros direitos garantiam a possibilidade de greves, além de obrigarem a abertura de creches para as indústrias em que trabalhassem mais de 10 mulheres, regularam o trabalho do menor, estabelecendo descanso semanal de 36 horas (HARDMAN; LEONARDI, 1982 p.185).

Na década de 20 e início dos anos 30, as associações cresceram assim como os movimentos sindicais como "nova força social". As classes operárias reivindicavam seus direitos através de manifestações literárias, culturais, greves e demais manifestações que mostraram à sociedade a necessidade de melhores condições de labor e de aumento salarial. A união das categorias, os agrupamentos em associações sindicais e demais mobilizações unificaram e propagaram a voz operária que obrigou os políticos a assumirem posição a favor da massa operária, especialmente, no Governo de Getúlio Vargas.

Leis importantes desta época:

- Lei 4.682/23 - Lei Eloi Chaves - Caixa de Aposentadoria e pensão para os ferroviários;
- Decreto 16.027 de 30 de abril de 1923, criação do Conselho Nacional do Trabalho;
- Lei 4.982 de 25 de dezembro de 1925 - Lei das Férias - concedendo 15 dias de férias ao trabalhador sem prejuízo do ordenado, vencimento ou gratificações.
- Emenda à Constituição em 1926, que estabeleceu a competência privativa do Congresso Nacional para legislar sobre o trabalho.

A partir de 1930, o Direito do Trabalho expandiu no Brasil, o Decreto Lei 19.433, que criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, que regulamentou, e criou os dois turnos de trabalho, e instituiu a carteira profissional através do Decreto 21.175 de 1932. De 1931 a 1934 dispôs sobre a instituição legal do Direito de convenção coletiva de trabalho e das entidades sindicais.

A Constituição Federal de 1934 dispôs sobre os direitos sociais dos trabalhadores, a proteção do trabalho das mulheres e dos menores tornou-se mais efetiva. Entre outros direitos dispunha o texto constitucional sobre a garantia a liberdade sindical (art. 120), salário mínimo, jornada de 8 horas de trabalho, repouso semanal, férias anuais remuneradas (parágrafo primeiro do artigo 121). Alguns dispositivos da Constituição de 1934 foram mantidos nas Constituições seguintes de 1937, 1946 e 1967.

O salário mínimo foi instituído em 1936, pela Lei 185, de 14 de janeiro, onde indicou os seus objetivos e regramentos, após houve outros dispositivos legais que regulamentou pormenorizadamente como o Decreto-Lei n. 399 de abril de 1938 e por fim o Decreto-Lei n° 2.162, de 1° de maio de 1940, instituiu o salário mínimo em todo território nacional.

Durante a vigência da Constituição Federal de 1937, ocorreu a promulgação do Decreto-Lei n°. 1402, de 03 de julho de 1939. Este decreto regulamentou a associação sindical, e por conseguinte influenciou no desenvolvimento do Direito do Trabalho no Brasil. Onde os sindicatos tem como principal prerrogativa a de representar os interesses profissionais e individuais do trabalho, junto as autoridades administrativas e judiciárias. (CREPALDI, 2004, p.19).

Em 01 de maio de 1943, foi aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), através do Decreto-Lei n. 5452/43. Foi um período ambíguo, de um lado o desenvolvimento social com implantação da regulamentação trabalhista e por outro lado um o autoritarismo de um Governo que buscava controlar e reprimir os movimentos sindicais.

Segundo Crepaldi (2004, p. 19) com a CLT "[...] inaugurava-se um novo período da legislação social e o emprego passou a ser uma garantia aos trabalhadores brasileiros". Consagrando esta garantia no artigo 157, XII da Constituição de 1946, que adicionou outros direitos como o direito à greve, ao

salário noturno diferenciado, hipótese de participação nos lucros da empresa e incorporou a Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário. A Consolidação das Leis do Trabalho reunia em um único diploma normativo, todas as normas criadas anteriormente para regular as relações entre empregados e empregadores, sendo esta sua principal função, a de consolidar, reunir as leis existentes, organizando-as de maneira que facilitou a criação de normas necessárias e não existentes como também de atualizar a legislação trabalhista conforme a evolução da sociedade da época.

Passaram-se vinte e um anos sem nenhuma modificação na legislação trabalhista, até que a Constituição de 1967 suplantou a estabilidade no emprego e criou o Fundo de Garantia Por Tempo de Serviço (FGTS - Lei 5107/66); e instituiu o salário-família. Segundo Viana (1999), o FGTS foi implantado em um regime militar, por encomenda do capital estrangeiro, a finalidade maior era acabar com a estabilidade no emprego.

Este foi um período de Governo Militar e, por conseguinte os trabalhadores vivenciaram a restrição ao direito de greve e comprimiu as liberdades políticas.

Com o instituto do FGTS, foi facultado ao trabalhador optar pelo fundo ou continuar com a estabilidade no emprego, ou seja, conservar-se no emprego mesmo contra a vontade do empregador. Ao optar pelo novo instituto do FGTS, o trabalhador estaria abrindo mão de sua futura estabilidade em troca do depósito mensal de oito por cento de seu salário em uma conta vinculada, que poderia ser sacado em caso de demissão sem justa causa. Convém salientar que a Constituição de 1988 revogou tacitamente a estabilidade definitiva adquirida após dez anos de serviço na mesma empresa, art. 492 da CLT (VIANA, 1999).

Em 1986, foi instituído o seguro-desemprego por meio da DL 2.288/86 posteriormente passou a ser constitucionalmente garantido no artigo 7, II, da Constituição Federal, demais leis específicas: 7.998/90, 8.019/90, 8.227/91, 8.352/91 e 8.900/94 com finalidade de prover ao trabalhador demitido sem justa causa durante período de 3 a 5 meses.

A relação de emprego, ao longo dos anos, foi fundada na garantia da estabilidade, com pouca a ameaça e concretização do desemprego em si. Foram

surgindo regras de reajustes salariais e demais direitos protegidos por leis nacionais e da OIT, além das por convenções coletivas, estabelecidas entre os sindicatos dos trabalhadores e dos patrões. Assim, surgiram as regras que estabeleceram direitos e obrigações de modo a garantir a estabilidade social. Pode afirmar que a legislação introduziu recursos de durabilidade e regularidade ao trabalho, utilizando-se de regras assecuratórias dos direitos dos trabalhadores.

3.1 Fundamentos Históricos do Princípio Protetor

As normas jurídicas provém de um fundamento, de uma razão, de norte, um princípio. Os princípios tem a atribuição de indicar ao legislador sobre os motivos da criação das regras. Celso Antônio Bandeira de Mello (1997, 573 apud MARTINS, 2006, p.60) defini Princípio como:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. O princípio é o primeiro passo na consecução de uma regulação, passo ao qual devem seguir-se outros. O princípio alberga uma diretriz ou norte magnético, muito mais abrangente que uma simples regra; além de estabelecer certas limitações, fornece diretrizes que embasam uma ciência e visam à sua correta compreensão e interpretação. Violar um princípio é muito mais grave que violar uma regra.

O Direito do Trabalho contém diversos princípios específicos, alicerçados na Constituição Federal. Eles regem a segurança jurídica nos conflitos trabalhistas, são eles: Princípio da proteção; da norma mais favorável; da condição mais benéfica ao trabalhador; *in dubio pro operário*; da irrenunciabilidade; da continuidade da relação de emprego; da primazia da realidade; da razoabilidade; da inalterabilidade ou imodificabilidade; da igualdade no emprego; e da irredutibilidade salarial.

Os fundamentos do princípio protetor antecedem ao direito do trabalho, confundindo-se com os próprios fundamentos dessa disciplina. Magano, faz referência a esse princípio quando menciona sua definição do ramo jurídico:

[...] o Direito do Trabalho constitui o conjunto de princípios, normas e instituições aplicáveis à relação de trabalho e situações equiparáveis, tendo em vista a melhoria da condição social do trabalhador, através de medidas protetoras e da modificação das estruturas sociais. (MAGANO, 2011, p. 27).

O direito do trabalho deriva da industrialização do final do século XVIII. No contexto histórico, essa Revolução Industrial trouxe o processo da super exploração da mão-de-obra. Nas fábricas, os operários ali concentrados eram forçados a intenso ritmo com longas jornadas de trabalho, tendo como paga de seus esforços, salários insignificantes e vis, calculados com base no valor relativo ao estritamente indispensável para a sua subsistência. Tal exploração abarcava também, as mulheres e crianças, apartados em locais insalubres, sob exaustiva jornada de trabalho (LA CUEVA, 1977, 194-195). Tal situação representou a chamada questão social, com conseqüências no campo social, moral, econômico, político e religioso.

A exploração sofrida e a pobreza levaram os operários a associar-se, organizar movimentos grevistas e à ação direta utilizando a sabotagem ou o boicote. Embora houvesse intensa repressão das autoridades policiais, não bastou para conter a força do movimento operário. Anteriormente, em 1791, a lei francesa *Le Chapelier*, proibiu de ofício o funcionamento das corporações e, dessa forma, de qualquer associação profissional. Em 1810, ainda na França, houve a coalizão de trabalhadores passou a ser criminalizada. La Cueva (1977, p. 198) relata que a lei "*Le Chapelier*, o código penal e o código civil passaram a representar os princípios fundamentais de um novo regime na França".

Na Inglaterra, seguindo a mesma linha de pensamento, as "*Combination Acts*" passaram a considerar conspiração, a reunião de trabalhadores. Porém, a persistência dos movimentos operários, no início do século XIX, alcançou seu objetivo, nasceram as primeiras leis regulando o trabalho neste País. Entretanto, eram leis brandas, tímidas. A "*Health and Morals of Apprentices Act*", de 1802, limitou a jornada de trabalho do menor de doze anos, para 12 horas. A "*Factory Act*", de 1833, instituiu a inspeção de trabalho limitando a jornada. Por outro lado, foram

revogadas as "*Combinations Acts*", em 1824 e 1825. Na França, em 1841, surgiu a proibição do trabalho dos menores de oito anos, bem como a limitação de 12 horas para a jornada de trabalho de crianças entre oito e doze anos.(MAGANO, 2011, p. 17-18). Como se pode perceber, havia especial preocupação com a proteção ao menor trabalhador, como reserva de massa operária.

O Estado sistematicamente não aceitava participar como regulador dos embates entre trabalhadores e empregadores, a sua participação era tão somente na repressão às reivindicações daqueles. Tal postura tinha respaldo no liberalismo econômico, cujo fundador é Adam Smith. O liberalismo preconizava o papel meramente negativo do Estado. A este cabia somente a manutenção da ordem, enquanto que a economia deveria seguir a lei natural da oferta e da demanda. O valor estimado pela sociedade era a liberdade: cada indivíduo deveria ser livre para perseguir sua felicidade e o limite único era a liberdade dos demais. Ao Estado era entregue o papel de garantidor dessas liberdades (LA CUEVA, 1977, p. 8).

Para Arnaldo Sussëkind, (2000, p. 86), a liberdade proporcionou a exploração desenfreada da mão-de-obra, com a utilização intensa da força de trabalho de menores e de mulheres e por consequência provocando um aumento da desigualdade social. O argumento do liberalismo diante de tal questão social era que a liberdade ainda não era perfeita, mas, a luta pela vida, caminhava para o equilíbrio entre os fatores de produção com a prevalência da lei da oferta e da procura

Contrariamente à teoria liberal clássica, surgiram as doutrinas socialistas e a pregação da reforma social pelas Igrejas. Em 1848, Marx e Engels publicaram o "Manifesto Comunista", configurando-se como um sério desafio ao liberalismo. O marxismo, o socialismo reformista de Alexandre Millerand e Jean Juareis, além do socialismo utópico de Saint-Simon, Fourier, Pecquer, Owen, Louis Blanc, Sismondi e outros, tiveram uma grande influência na formação da convicção dos operários estimulando-os à lutarem por melhores condições de vida (MORAES FILHO, 2010).

A partir desse momento, a questão social fez com que a Igreja se envolvesse na vida social, com a publicação da encíclica "*Rerum Novarum*", a qual enunciou, o liberalismo econômico, segundo qual, aponta Magano, (2011, p. 15):

[...] progressos incessantes da indústria, os novos caminhos em que entraram as artes, a alteração das relações entre operários e os patrões, a afluência da riqueza nas mãos desse pequeno número ao lado da indigência da multidão, a opinião enfim mais avantajada que os operários formam de si mesmos e a sua união mais compacta, tudo isso, sem falar da corrupção dos costumes, deu em resultado final *um terrível conflito* (destaque no original).

Conforme Segadas Vianna citado por Sussëkind et al. (2000, p. 94):

[...] (o trabalho) deve ser considerado, na teoria e na prática, não mercadoria, mas modo de expressão direta da pessoa humana. Para a grande maioria dos homens, o trabalho é a única fonte dos meios de subsistência. Por isso, a sua remuneração não pode deixar-se à mercê do jogo automático das leis do mercado; pelo contrário, deve ser estabelecida segundo as normas da justiça e da equidade, que, em caso contrário, ficariam profundamente lesadas, ainda mesmo que o contrato de trabalho fosse livremente ajustado por ambas as partes.

Em sendo reconhecida a organização sindical, a legislação trabalhista tomou forças, formando aos poucos um ramo de direito autônomo, com características próprias. Vianna destaca ainda a edição da "*Trade Union Act*", em 1871, na Inglaterra, que permitiu a atuação dos sindicatos, e a lei de 1908 que limitou a jornada de trabalho a oito horas. Na França, surgiu a lei "*Waldeck-Rousseau*" que, em 1884, garantiu a liberdade sindical. É importante mencionar que no início do século XX, a ingerência estatal na economia passou a ganhar *status* constitucional, com o surgimento do fenômeno do constitucionalismo social, inaugurado no México, em 1917, e depois seguido pela Alemanha, com a Constituição de Weimar, em 1919.

No Brasil, as medidas legislativas relativas ao trabalho tiveram impulso importante, com a crescente agitação social embasada nas idéias socialistas e anarquistas trazidas pelos imigrantes. Magano discorre que:

Em 1900 cerca de 90 por cento da força industrial de São Paulo ainda reduzida, era composta por estrangeiros. Em 1912, depois que o primeiro grupo de geradores elétricos ajudou a impulsionar a indústria nascente de São Paulo, 31 fábricas têxteis daquele estado empregavam 10.184 trabalhadores, dos quais 8.341 eram estrangeiros (6.044 nascidos na Itália). (MAGANO, 2011, p.38).

Tal agitação social expressava-se por meio da fundação de entidades representativas, entre elas a Confederação Operária Brasileira; representada pela organização de Congressos operários, em 1906, 1912 e 1913; a eclosão de diversas greves, com destaque para aquelas ocorridas em 1917 e 1919; surgindo daí as inúmeras publicações operárias.

Destarte, o fenômeno do constitucionalismo social se manifestou no Brasil com a Constituição de 1934, a qual era inspirada na Constituição de Weimar, e que continha um título dedicado à ordem econômica e social. Merece destaque a Lei nº. 62, de 1935, que garantia uma indenização ao trabalhador por dispensa injustificada, e, destacando-se também, a reformulação da legislação de acidentes do trabalho realizada pelo decreto n. 24.637, de 1934, além da lei n. 185, de 1936, que instituiu o salário mínimo (MAGANO, 2011, p. 38-46).

Como percebe, a exigência pela intervenção estatal vinha num crescendo, tornando-se necessária para o restabelecimento da ordem e da estabilidade na sociedade (CESARINO JÚNIOR, 1979). Tal intervenção significou a negação do liberalismo e do individualismo da teoria econômica clássica. Surgiu, portanto, com justificativa na desigualdade entre as partes e no conflito trabalhista.

A situação do trabalhador era considerada inferior e desamparada, não podendo impor qualquer reivindicação ao empregador. Dessa forma, a prevalência da autonomia da vontade do patrão, produziu uma profunda desigualdade social entre as partes da relação de trabalho. A igualdade e a liberdade teórica do direito civil eram impessoais e abstratas, as quais se baseavam numa teoria em o homem real estava ausente. Tal teoria não era favorável ao trabalhador, pois o mesmo se submetia a degradantes condições de trabalho com a única finalidade de obter o sustento (LA CUEVA, 1977, p. 9). A liberdade era apenas um ideal, pois na realidade a dependência dos trabalhadores em relação aos empregadores era total e real, inviabilizando a concretização dos postulados da teoria dos contratos, pois não existia o principal representado pela igualdade entre as partes (LA CUEVA, 1977, p. 10).

Tornou-se imperativa a ação do Estado para proteção dos mais fracos. "Essa ação é necessária, como meio de diálogo em igualdade de condições com a outra parte" (GOMES; GOTTSCHALK, 1991, p. 1-4). Diante disto, houve a criação

da Organização Internacional do Trabalho (OIT) pelo Tratado de Versalhes, cuja atividade se direcionou para a concretização dos seguintes ideais:

[...] o de que o trabalho não pode ser tido como mercadoria; o do direito de associação; o do salário mínimo; o da isonomia salarial, sem distinção de sexo; o do descanso semanal; o da jornada de oito horas; o da não discriminação contra trabalhadores estrangeiros; o da inspeção do trabalho (MAGANO, 2011, p. 19).

Desta forma, o regramento dos conflitos trabalhistas pelo ente Estatal, fez surgir uma fase onde os sindicatos participavam da vida socioeconômica e política. Ocorreu o desenvolvimento da representação de fábrica na França, em 1945 e, na Alemanha, em 1952, iniciando-se a previsão legislativa no mesmo sentido na Bélgica, e nos Países Baixos, na Suécia, em Luxemburgo, na Dinamarca, na Itália, em Portugal e na Espanha. Dessa forma, surgia, o direito do trabalho como um conjunto de legislação protetora, objetivando a tutela da classe operária diante do patronato. Esse ramo do direito, portanto, visa compensar a inferioridade econômica do trabalhador atribuindo-lhe superioridade jurídica (MORAES FILHO, 2010, p. 356-359).

O direito do trabalho proporcionou a elevação do trabalhador a uma condição de dignidade humana. Este direito enfatiza a realização de um dos maiores valores éticos do direito em geral: a justiça. Dessa forma, ela se torna um fim em busca do qual se empenha o direito (MORAES FILHO, 2010, p. 320-321).

Qualquer justiça preceitua uma distribuição harmônica e equânime, para dar a cada um, aquilo que lhe pertence. Desse modo, qualquer justiça será social, pois antes de tudo, significa a melhor distribuição dos bens econômicos, dos valores e atividades entre as classes sociais (MORAES FILHO, 2010, p. 320-321).

No mesmo sentido La Cueva (1977, p. 86) aponta a finalidade imediata do direito do trabalho:

[...] Ao que chamamos de *finalidade imediata*, é atual pois está voltada a assegurar aos trabalhadores no presente e durante sua existência, um mínimo de benefícios, que uma vez que limitem a exploração da qual são vítimas, lhes ofereçam um modo de vida que, como temos repetido com frequência, sobrepuja a vida meramente animal e lhes realizar os valores

humanos de que são portadores: jornadas reduzidas e salários suficientes, são as metas mínimas. (Trad. Livre).

Com tudo exposto, verifica-se que o princípio da proteção do trabalhador pode ser encontrado nas raízes do direito do trabalho, sendo o princípio mais importante. Sua aplicação continua atual, pois a desigualdade entre as partes é a base da própria relação de trabalho, afinal, quase sempre, a pessoa coloca seu trabalho à disposição de outrem por necessidade econômica, não por mero prazer. Por este princípio caracteriza a intervenção do Estado nas relações de trabalho, onde o trabalhador é considerado o hipossuficiente nesta relação jurídica. Na atual conjuntura para o trabalhador importa a aplicação dos desdobramentos do princípio protetor que são: a aplicação da norma mais favorável, condição mais benéfica ao trabalhador e *in dúbio pro operario*.

Todo o desenrolar histórico do Direito do Trabalho mostra primeiramente a grande luta da sociedade e a preocupação de estabelecer a igualdade entre as partes, favorecendo a quem deve proteger no caso o trabalhador, compensando sua debilidade diante do empregador para permitir a igualdade entre as partes. Conforme filosofou Aristóteles "*A verdadeira igualdade consiste em tratar-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais a medida que se desigualem*".

4 FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A doutrina apresenta diversos conceitos sobre a flexibilização. Segundo Martins (2009, p. 13), o termo “flexibilização” foi consagrado na prática do Direito do Trabalho, remetendo-se à ideia da necessidade de conferir elasticidade às normas laborais, conhecidas como rígidas. Neste sentido, não se poderia falar em flexibilização do Direito do Trabalho, mas sim das condições de trabalho, pois estas é que constituem o seu objeto.

Martins, afirma ainda, que a flexibilização tem por objeto, garantir um conjunto de regras mínimas ao trabalhador e, em contrapartida, a sobrevivência da empresa, modificando os comandos legais e, procurando assegurar aos trabalhadores certos direitos mínimos e, ao empregador a possibilidade de adaptar seu negócio, especialmente em épocas de crise econômica. O autor afirma também que é uma forma de adaptação das normas vigentes às necessidades e conveniências de trabalhadores, empresas, políticas econômicas e sociais, jurídicas e outros aspectos relevantes. (MARTINS, 2009, p. 13).

Segundo Nassar (1991), Flexibilização do Direito do Trabalho seria um dispositivo de política social, que caracteriza pela adequação das normas jurídicas à realidade econômica, social, tecnológica ou demais naturezas exigentes de adaptação da previsão legal à realidade, devido à mutabilidade econômica e social.

O professor Sérgio Pinto Martins (2009, P12-13), conceitua do seguinte modo:

[...] a flexibilização das condições de trabalho é o conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social, existentes na relação entre o capital e o trabalho.

Para Malhadas (1991, P.143) flexibilização é a:

[...] possibilidade de as partes - trabalhador e empresa - estabelecerem, diretamente ou através de suas entidades sociais, a regulamentação de suas relações sem total subordinação ao Estado, procurando regulá-las na

forma que melhor entenda aos interesses de cada um, trocando recíprocas concessões.

Rodrigo Goldschmidt (2009 p.13) entende por flexibilização:

[...] o movimento impulsionado pela ideologia neoliberal que pretende suprimir ou relativizar as normas jurídicas que garantem a proteção do empregado na relação contratual com o seu empregador, com vistas a "baratear" a mão-de-obra e o "custo" da produção, viabilizando, pretensamente, a competitividade das empresas no mercado globalizado.

A rigidez das leis trabalhistas com altos encargos sociais¹ e os tributos desmedidos no Brasil são os principais responsáveis pela existência de trabalhos informais e trabalhos autônomos. A justiça do trabalho deverá trilhar caminho diverso passando a aceitar medidas alternativas como, por exemplo, a terceirização a pejetização² e, o acordo de trabalho livre individual entre empregado e empregador. As principais formas infraconstitucionais da flexibilização podem ser nos contratos temporários, nas cooperativas de trabalho, no contrato por prazo determinado, no contrato a tempo parcial, na suspensão do contrato de trabalho, no contrato de aprendizagem, nos estágios, no *home office* ou trabalho a domicílio.

Tornam-se questionáveis os requisitos da relação de emprego sem atentar para a maleabilidade desta relação, toma-se como exemplo: a pessoalidade na prestação do serviço à distância, já que em *home office*, é possível que outrem execute o trabalho como por exemplo, o cônjuge ou os filhos, os colegas vizinhos, quando o empregado não encontrar disponibilidade para fazê-lo, e como continuar a rigidez da pessoalidade no contrato nestes tipos trabalho onde para o tomador do serviço o que importa é o resultado qualitativo da tarefa realizada.

Assim segundo Costa (2000, p. 376) "A pessoalidade permanece, mas perdeu a rigidez clássica", e acrescenta que: "[...] a intolerância de antes foi

¹ Sobre os encargos sociais pode-se dizer que são incidentes da folha de salário do trabalhador que não o beneficia de imediato e diretamente, como o percentual previdenciário (INSS) e os depósitos do fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS), porém futuramente, embasados na proteção do trabalhador estes encargos sociais trarão determinadas vantagens como é caso dos benefícios previdenciários e do sistema de financiamento da casa própria utilizando os fundos do FGTS.

² O termo "pejetização" tem sido utilizado pela jurisprudência para se referir à contratação de serviços pessoais, exercidos por pessoas físicas, de modo subordinado, não eventual e oneroso, realizados por meio de pessoa jurídica constituída especialmente para esse fim, na tentativa de disfarçar eventuais relações de emprego que evidentemente seriam existentes, fomentando a ilegalidade e burlando direitos trabalhistas.

sucedida pela admissibilidade da substituição ocasional consentida" adaptando-se à nova realidade.

Do mesmo modo quanto à remuneração, surgiram modalidades flexíveis de salário como salário por produção, prêmios por produtividade, gratificações, salário progressivos etc. Estes tipos de remuneração são maleáveis para ambas as partes, haja vista que se o negócio prosperar aumenta-se a remuneração e, em caso de declínio, o trabalhador participaria conjuntamente com o empregador dos riscos do negócio, tendo ainda como direito individual a opção de deixar o trabalho em tempos de "vacas magras", óbvio que a posição dos sindicatos e negociações coletivas de trabalho tornam-se enfraquecidas neste novo contexto pós-moderno de negociação laboral.

Estudar a flexibilização é um tema amplo, pois envolve questões e estratégias diversas como ciências políticas, ciências sociais e econômicas, não somente restringindo ao aspecto jurídico. Para a Nassar (1991 p. 20-21): "A rigidez da legislação trabalhista é responsável pela crise nas empresas, pois os custos são altíssimos e impedem com que sejam competitivas no mercado".

As empresas ainda são alvo de altos encargos sociais e carga tributária que acabam por desestimular o investimento em empreendimentos e novas contratações. É certo que o custo final de contratação de um funcionário é exorbitante, algo em torno de 50 a 60% a mais do que o salário que lhe é pago. Computa-se ao valor do salário, os encargos sociais e demais benefícios legais e, portanto, obrigatórios, como as férias de 1 mês mais seu adicional de um terço, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, 13º Salário, Previdência Social (INSS - parte empregador 20%), Salário-Família, Seguros pessoais, Salário Educação etc. O emprego tornou-se muito caro.

O doutor em economia Fernando Augusto Mansor de Mattos disserta que a proposta da flexibilização é criar facilidades e redução destes custos.

[...] a flexibilização dos mercados de trabalho é obtida através de medidas que criam maiores facilidades para o ajustamento dos preços (salários, no caso) e quantidades (emprego, no caso) às flutuações do ciclo macroeconômico. De modo bastante resumido, pode-se afirmar que, para os neoclássicos a redução dos custos do trabalho (quer seja dos salários diretos e dos custos indiretos relacionados às leis e as regras que regem o contrato de trabalho) tende a promover a expansão da produção e, portanto,

a do emprego. Dessa forma através de uma mudança das relações de trabalho, podem ser criadas condições para estimular a atividade econômica. (MATTOS, 2009 p. 99).

As empresas de pequeno e médio porte são as mais prejudicadas, e como efeito colateral para a clandestinidade, trabalhos informais e autônomos. Para Belluzzo (1996, p.22):

A argumentação liberal-conservadora sustenta que o aparecimento e crescimento destas formas espúrias de ocupação da força de trabalho devem ser creditadas ao egoísmo e ao corporativismo dos que ainda se apegam à segurança e à garantia dos velhos empregos. Essa resistência às inevitáveis transformações tecnológicas e organizacionais acabam prejudicando a oferta de empregos, porque as empresas, diante da concorrência exacerbada, só podem responder ao desafio com o avanço da flexibilização, a eliminação da legislação que pretende regular as relações de trabalho e a adoção generalizada da livre negociação [...].

A disposição atual que a Consolidação das Leis do Trabalho e a Justiça do Trabalho são inibitórias para o poder de negociação direta entre as partes, tanto no momento da contratação quanto em futuras negociações entre as partes no caso de pleitos judiciais, onde a Justiça toma para si a responsabilidade de resolver os conflitos individuais e coletivos de trabalho como forma de proteção até certo ponto "exagerada" ao hipossuficiente. Exagerado, porque a sociedade é dinâmica, a forma de pensar muda, o conhecimento se propaga e na sociedade atual o trabalhador não é tão hipossuficiente quanto no momento histórico em que foram criadas as leis do trabalho. Aquela era outra realidade, a sociedade do início do século XIX em que os contratos eram realizados entre pessoas com poder econômico desigual, advindo de período pós-libertação da escravatura e admissão de imigrantes para executar as tarefas antes realizadas por estes. O empregador neste período visava à exploração laboral, abusando e praticando injustiças contra o trabalhador (MATTOS, 2009, 24-29).

Atualmente, a informação e a realidade do empregado é outra, já que são conhecedores da proteção trabalhista. Até é possível verificar na prática alguns comportamentos negativos como o de deixar suas atividades no posto de trabalho para fumar várias vezes ao dia; ou realizar outra atividade diversa do trabalho, inclusive a postergação da atividade ("enrolar") para usufruir algumas horas extras a mais. E quanto à subordinação que era um requisito que outrora, foi considerado importante na relação de emprego, vem perdendo forças dando espaço para a

abertura de parcerias constantes de fundo mais liberal. Esta liberdade é um resultado positivo, pois apazigua o choque hierárquico que por muito tempo, transtornou o mundo do trabalho. Segundo Mattos "em lugar da subordinação aumenta-se a dependência econômica do trabalhador" (2009, p.43).

Observar pelo prisma da falta de oportunidades é melhor para o trabalhador obter fonte de renda advinda de labor informal do que permanecer desempregado, tendo que sustentar a si e a sua família. Destarte, que os excluídos do mercado formal passam a trabalhar na clandestinidade, sendo vendedores ambulantes, guardadores de veículos em áreas públicas, flanelinhas, e demais fontes de renda, incluindo-se a prostituição feminina e também masculina, e etc.

O desemprego é considerado para o homem como um símbolo de degeneração, daí provém sintomas psicossociais como a ansiedade, a angústia, a tristeza, a alcoolização, a baixa auto-estima, a depressão, a miséria, a exclusão social, até mesmo a perda de identidade e o aumento da tensão no âmbito pessoal e familiar. Para a sociedade o desemprego acarreta violência, o divórcio, a criminalidade e o vício nas drogas. O mais prejudicial é que a proteção salarial, o seguro social, o fundo de garantia por tempo de serviço, são necessidades distantes de serem vislumbradas, assim como também a aposentadoria. A opção pela informalidade é para garantir uma realidade social imediata. (CREPALDI, 2003, p. 45-47).

Flexibilizar não significa suprimir direitos dos hipossuficientes, mas garantir que o trabalhador continue trabalhando tendo sua remuneração em uma economia instável. Assim, seria possibilitar maior participação e negociação entre as partes envolvidas, ou seja, empregado e empregador. Por exemplo, o empregador poderia exigir maior jornada de trabalho em períodos de maior necessidade e menor jornada nos períodos mais amenos obedecendo assim a sazonalidade do negócio o que no mundo rural conhecem como "entre safras" (CREPALDI, 2003, p.48).

Observa-se que na realidade as empresas, principalmente as de pequeno e médio portes, são formadas por ex-trabalhadores, pessoas empreendedoras que trabalharam uma vida toda para ter recursos suficientes para abrir seu próprio negócio, e estes também poderiam ser considerados "hipossuficientes", já que as sanções judiciais trabalhistas obrigam ao pagamento

de altas indenizações a ex empregados com efeito poderá levar a empresa à falência e, por consequência, surgiriam mais desempregados no mercado.

Todo aquele que investe seu capital tem o objetivo principal de obter lucro e continuar o negócio. De outro modo, melhor seria aplicar seus recursos muitas vezes advindos de anos de economia em formas diversas de investimentos do que a abertura de empresas e a conseqüentemente geração de empregos.

Estudando o tema sob o vértice racional, Costa (1998, p. 56-57), conceituou a flexibilização como sendo:

A flexibilidade laboral é o instrumento ideológico neoliberal e pragmático de que se vêm servindo os países de economia de mercado, para que as empresas possam contar com mecanismos jurídicos capazes de compatibilizar seus interesses e os de seus trabalhadores, tendo em vista a conjuntura econômica mundial, caracterizada pelas rápidas e contínuas flutuações do sistema econômico, pelo aparecimento de novas tecnologias e outros fatos que exigem ajustes rápidos inadiáveis.

Já o economista Fernando Augusto Mansor de Mattos (2009, p. 111), ao discorrer as diversas modalidades da flexibilização citou a classificação feita por Baglioni (1994) em interna e externa, vejamos:

A flexibilização interna subsiste em mudança na organização do trabalho, novas formas de administração de horários, mudança nas modalidades das tarefas realizadas no âmbito das fabricas etc. A flexibilização externa subsiste na variação do número de funcionários, ampliação das contratações atípicas, e ampliação na contratação de mão-de-obra.

Assim o autor divide em dois tipos, o primeiro relaciona-se em intensificar a mão-de-obra interna, facilitando a adaptação dos colaboradores a mutação de um mercado tecnológico e a demanda instável a fim de reduzir custos e ganhar produtividade. E a segunda (a externa) esta ligada a institucionalização do mercado de trabalho aumentando o poder e flexibilizando a forma de contratar e demitir, diante da instabilidade macroeconômico. Este segundo tipo só poderá acontecer se houver a promoção das mudanças na legislação, para assegurar a concorrência perfeita entre qualificação e quantificação de empregos e salários diante de uma realidade globalizada. Para isto, a importância do abrandamento das

restrições legais de contratação e demissão, permitindo e estimulando formas atípicas de contratação.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, no artigo 7º, incisos VI, XIII e XIV, a admitiu em algumas matérias a Flexibilização como o contrato por tempo determinado; e, o banco de horas, assentiu acordos e convenção coletiva de trabalho, redução de salários, redução e compensação de jornada de trabalho, a prorrogação da jornada máxima de 6 horas, turnos ininterruptos, revezamentos e, a compensação nos lucros. Para adentrar neste assunto, faz-se necessário primeiramente verificar como a flexibilização ocorre no Direito estrangeiro.

4.1 A Flexibilização no Direito Internacional

Na Europa, a partir de 1980 surgiu um movimento chamado de *euroclerosis*, que fora formado para discussões sobre a flexibilização dos mercados de trabalho. Para os seguidores deste movimento, o alto desemprego nos Países europeus eram devido a falta de adaptação e dificuldades do mercado de trabalho diante de um novo momento econômico, que fez com que os altos custos de contratação, demissão e uso-de-mão de obra conspiravam contra o emprego, diferentemente da situação vivida pelos Estados Unidos. Para eles a flexibilização seria forma de compensar as empresas pelas dificuldades enfrentadas. (MATTOS, 2009, p. 119).

De um modo geral, organismos internacionais principalmente os europeus, consideram o mercado de trabalho dos Estados Unidos o melhor a ser seguido por ser mais flexível, e como efeito o mais apropriado para promoção da criação de empregos. Este pensamento foi devido as dificuldades enfrentadas por estes países europeus, mais efetivamente na criação de novos empregos, levaram a comparação com os EUA. A matéria em foco era que a flexibilização das regras de funcionamento dos mercados de trabalho seria o caminho para superação do problema do desemprego. Para o mercado europeu a falta de "flexibilidade" seria decorrente da legislação existentes que definiam salário-mínimo, e que distorciam os recursos econômicos (neste íterim os trabalhadores europeus tinham altos

salários que não condiziam com a sua produção), onde os altos benefícios do seguro-desemprego não incentivavam o trabalho e os altos custos trabalhistas indiretos desestimulavam os investidores a empregarem mais mão-de-obra. (MATTOS, 2009, p. 99-105)

O economista Fernando Augusto Mansor de Mattos (2009 p. 101) ao discorrer sobre a posição europeia na década de 90, explanou que duas instituições o Fundo Monetário Internacional (FMI) e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) afirmaram o seguinte:

Os governos europeus não devem deixar que os temores suscitados pelas consequências de sua ação sobre a distribuição de renda os impeçam de lançar com audácia uma reforma profunda dos mercados de trabalho. A flexibilização desses últimos passa pela mudança do seguro-desemprego, do salário-mínimo legal e das disposições que protegem o emprego. (Boletim do FMI, 23 de maio de 1994; apud Halimi, 1994:2).

Uma proporção importante de assalariados ficará sem emprego, a menos que os mercados de trabalhos se tornem mais flexíveis, particularmente na Europa. (apud Halimi, 1994,1).

Consolidou-se portanto, a defesa da mudança nas regras rígidas como alternativa de reverter o desemprego. Os estudos apontavam que os altos custos de contratação e de demissão, as exigências legais e o sistema de negociação salarial inadequados, constituíam obstáculos para promover os ajustes necessários para a manutenção e criação de novos postos de trabalho.

Por tudo, conclui-se que a flexibilização teve momentos e atuações distintas na Europa. No primeiro momento ela foi responsável para inserção de novos trabalhadores ao mercado de trabalho quando abriu oportunidade para trabalho em tempo parcial, principalmente a contratação de mulheres. E um segundo momento a partir de 1980, onde objetivava implementar através de estratégias flexíveis mecanismos para redução dos custos diretos e indiretos na contratação de mão-de-obra. Algumas medidas foram tomadas como a desregulamentação da legislação que garantia a seguridade ao emprego, adoção de regras de uso de contratação atípicas: como abrir mão de contratos por tempo determinado e as sub-contratações, além da redução dos encargos.

De um modo geral, o desemprego não foi reduzido nos Países europeus após a aplicação flexibilização do mercado de trabalho, houve sim aumento das contratações atípicas. De outro modo este processo foi funcional no sentido de queda do pacto social antigo e da re-organização e readaptação ao mercado moderno. Mattos (2009, p, 220-221) ao tratar da nova realidade do mercado de trabalho dispôs que:

A flexibilização das relações de trabalho também se mostrou bastante funcional para que as empresas pudessem operar com menores custos do trabalho e promovessem uma luta incessante contra os sindicatos dos trabalhadores, cujos resultados se manifestam pela significativa mudança na repartição dos ganhos de produtividade social.

A seguir, formas de flexibilização seguidas por alguns países que de um modo ou outro influenciaram a legislação brasileira.

4.1.1 A Flexibilização do trabalho na Europa

Na Alemanha é comum a participação ativa dos comitês das empresas, ali também existe a contratação coletiva por ramo de atividade. Existe flexibilização em relação as negociações empregados e empresas como ocorreu no caso da Volkswagen que negociou congelamento de salários em troca de estabilidade no emprego até o final de 2011. (MARTINS, 2009, p. 17).

Na Bélgica, existe a flexibilidade da jornada de trabalho e a utilização dos contratos a tempo parcial. (MARTINS, 2009, p.19).

Na Espanha, o sistema anterior era rígido e corporativista, tendo base na contratação por tempo indeterminado e estabilidade no emprego. Com o aumento de desemprego novas medidas foram tomadas especialmente o surgimento de doze novos tipos de contratos de trabalho. Restrições quanto ao contrato a tempo parcial deixaram de existir. O objetivo do Estado era beneficiar aos jovens trabalhadores, com isto abriu-se mão de isenções e outros incentivos para sua contratação. Ali existe ainda, outros tipos de contratação por tempo determinado, contrato eventual em razão da produção e necessidade de mercado;

contrato de substituição com direito a reserva do posto de trabalho; contratos de lançamento de novas atividades; contratos de trabalho de prática; contrato de aprendizagem; contrato de ocupação por tempo certo para trabalhadores desempregados focando os trabalhos temporários e os oferecendo colaboração social. O objetivo destes contratos era minimizar os efeitos da pesada carga das contratações por tempo indeterminado. Como efeito para aumentar a contratação por tempo indeterminado foi estabelecido os decretos Reais leis de número 8 e 9 de 1997, incentivando e oferecendo vantagens previdenciárias, com recolhimento de menor contribuição, além de redução das indenizações de dispensas. Além disto, há temas descentralizados de negociações como cláusulas relativas a horários de trabalho, turnos, jornada, remuneração. (MARTINS, 2009 p. 20-22).

Na França, abertura para negociação entre sindicatos e empresas, podendo ocorrer o congelamento de salários por determinado período, quando o empregados concorrer novos investimentos. Ali, há o trabalho por tempo escolhido, com horários diferenciados e individualizados, o trabalho a tempo parcial e o trabalho intermitente, sendo que o trabalho intermitente é uma forma de contratação a tempo escolhido e de duração indeterminada, a remuneração é fixada anteriormente independente do tempo real trabalhado, e a estes trabalhadores não há garantias de auxílio doença, pagamento de feriados, avisos prévios, e nem a indenização por despedida. Os horários individualizados consiste em um sistema de horário flexível, móvel, onde o trabalhador tem liberdade de fixar as horas de entrada e saída, dentro de um período fixado pelo empregador, aos trabalhadores também é possível transferir suas horas de trabalho de uma semana para outra, dentro de um limite de 3 horas de transferência e não pode exceder 10 horas transpostas, salvo disposição em contrário na norma coletiva. Depois da flexibilização a jornada semanal foi reduzida de 39 para 35 horas de trabalho, como meio de aumentar vagas de emprego no mercado. Segundo Sergio Pinto Martins, em 2005, entrou em vigor na França, o trato do novo emprego, pacto de duração indeterminado, para pequenas empresas com menos de 20 empregados, por este incentivo, há um período de prova de 2 anos. O trabalhador pode ser dispensado sem justificativa com pagamento de oito por cento (8%) de indenização, para tanto existe a necessidade de aviso prévio de 1 mês para contratações com duração de

mais de 6 meses e duas semanas para contratações inferior a 6 meses. (MARTINS, 2009, p. 23-24).

Na Itália, há contratação por tempo parcial, e os contratos de solidariedade. Ambos contratos tem menor proteção legal. Existe a possibilidade de contratação de trabalho temporário desde que intermediada por empresas de trabalho temporário. Essa empresa pode colocar a disposição de outra empresa um ou mais trabalhadores por ela admitidos. Sendo que a outra empresa utiliza estes serviços para satisfação de alguma necessidade também de caráter temporário. É uma forma usual de substituição de empregados afastados. Os trabalhos com contrato determinado pode ser celebrado nas atividades de caráter sazonal, e como modo de substituição a trabalhadores com estabilidade, nos setores de radio e televisão, comercio e turismo. (MARTINS, 2009, p.25).

4.1.2 A Flexibilização do trabalho na América do Sul e Estados Unidos

Na Argentina, foi incorporado a modalidade de contratação por tempo determinado. Criaram incentivos e regulamentaram a contratação de jovens trabalhadores, para o primeiro emprego. O prazo destas contratações era de no mínimo de quatro e no máximo 24 meses, porém foi revogada a lei por contratação por tempo determinado devido aos abusos na utilização desta modalidade de contratação. Outros medias de flexibilização foram tomadas como o fracionamento das férias, mudança no regime de indenização nas pequenas e médias empresas, também a permissão para contratação precária sem convenção coletiva. Atualmente o contrato por tempo determinado só é possível nos caos de trabalho por temporada, empreitada ou estágios estudantis. O sistema de indenização na dispensa foi alterado, a partir da Lei 25.013, ela passou a ser de 2,5 dias da melhor remuneração mensal. E a lei 25250 de maio de 2000 aumentou o período de experiência de um para três meses, seis ou doze meses, a priori considera todo contrato de duração indeterminado como pacto de experiência, e os empregadores que ampliarem esta contratação terão incentivo fiscal. (MARTINS, 2009, p. 18).

Na Colômbia, a lei de reforma do trabalho, inspirada na Lei Panamenha de 1986, autorizou o funcionamento das empresas de trabalho temporário, a contratação precária, ou por prazo determinado. Assim como também facilitou a dispensa do trabalhador, extirpando a estabilidade decenal. Quanto a jornada de trabalho ela foi ampliada. (MARTINS, 2009, p. 19-22)

No Equador, embasou-se na lei colombiana, possibilitou a contratação por tempo determinado, facilitou a dispensa e limitou o direito de greve. (MARTINS, 2009, p.20).

No Panamá, a flexibilização foi para pior, diminuindo o adicional de horas extras, estabeleceu a não aplicação da lei trabalhista nacional para as indústrias de exportação. Ali também, considerou que o trabalho em domicílio não seria regulada pela legislação trabalhista. (MARTINS, 2009, p. 27).

No Peru, foram estabelecidos formas atípicas de contratação precária, modificou a estabilidade no emprego e a participação nos lucros. As zonas francas e zonas especiais de desenvolvimento passaram a não aplicar a legislação trabalhista. (MARTINS, 2009, p.27).

Na Venezuela, aboliu a estabilidade substituindo-a por indenização. Flexibilizou a jornada de trabalho mediante negociações entre empregadores e empregados. Àquelas empresas com dificuldades financeiras passaram a ter a prerrogativa de negociar junto aos sindicatos. Ali também, há possibilidade de condições piores de trabalho, mais em contrapartida tem que conceder garantia de emprego enquanto durar o acordo. (MARTINS, 2009, p. 27).

Nos Estados Unidos, é o País onde as leis são mais flexíveis, ali o empregador tem a plena liberdade de fixar os termos e as condições de trabalho de acordo com as suas reais necessidades. Existe uma concessão de barganha para aquelas empresas em dificuldades é dado o poder de reduzir os salários como forma de evitar o fechamento da atividade ou a mudança da empresa para outros Países. A dispensa do trabalhador é facilitada, ali há exceções aceitação de justificativa de caráter subjetivo do trabalhador, e outras em necessidades da empresa. Segundo Martins, as leis trabalhistas americanas são mínimas, versando sobre salários, desemprego, aposentadoria, treinamento, saúde e negociação. As demais condições de trabalho são tratadas como contratos individuais ou coletivos. Não há

restrição quanto a jornal de trabalho. Em resumo, predomina nos Estados Unidos um sistema desregulamentado, abre mão das negociações coletivas e os sistemas de auto composição das questões trabalhistas. (MARTINS, 2009, p.22-23).

Em resumo, na América Latina a flexibilização é um modelo legislado, na Europa o modelo é misto, ali existe combinação de regras legais que estabelecem garantias mínimas ao trabalhador e contratação coletivas. E modelo aberto como é o caso dos Estados Unidos, onde a legislação trabalhista é diminuta, e as condições de trabalho são negociadas coletivamente pelas partes, e o Estado não intervém das questões trabalhistas.

4.2 A Flexibilização na Constituição Federal Brasileira de 1988

A Constituição Federal do Brasil de 1988, conhecida como “constituição cidadã”, tratou de erradicar a pobreza e a marginalização expandiu o direito, igualou os direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais. Nos Ato das Disposições Constitucionais Transitórias alguns artigos são dedicados aos direitos trabalhistas, e no capítulo II "dos direitos sociais", realça os direitos individuais e os coletivos.

No caput do artigo 7, ela definiu como garantias essenciais o trabalho, proteção contra demissão sem justa causa, salário mínimo, irredutibilidade salarial, estabilidade a gestante e aos dirigentes sindicais.

Taxativamente, o artigo 7º, inciso VII, da Constituição Federal dispõe que:

Artigo 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social:

VI – irredutibilidade do salário, salvo disposto em convenção ou acordo coletivo.

Diversos autores concordam em explanar que com este inciso, a Carta Magna permitiu a entrada da flexibilização de um direito anteriormente protegido,

como a irredutibilidade salarial e a fixação da jornada de trabalho, salvo disposição em contrário pela convenção ou acordo coletivo (artigo 7º, incisos, VI, XIII e XIV).

Posteriormente, a emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, alterou a redação do artigo 114 da Constituição Federal de 1988, atribuindo a Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar além da relação de emprego, quaisquer ações oriundas da relação de trabalho.

Segundo Cláudia Zaneti Saegusa (2008, p. 29) "o exercício da autonomia privada coletiva, pela flexibilização de direitos trabalhistas, manifesta-se através de fontes autônomas do Direito do Trabalho", é o caso da constituição.

Na realidade social e política brasileira do final da década de 80 e início dos anos 90, não foi possível modificar as formas de contratos, considerando que as partes realizassem diretamente as negociações das condições contratuais, uma vez que o trabalhador não encontrava ao mesmo nível do empregador. Mais uma vez venceu o Princípio da Proteção.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 admitiu em diversos artigos, a flexibilização das regras do Direito do Trabalho. No artigo 7º, incisos:

- VI - possibilitou a redução dos salários através de convenção ou acordo coletivo;
- XI – a participação dos empregados nos lucros e na gestão da empresa;
- XIII – a compensação ou a redução da jornada de trabalho só poderá ser feita mediante acordo ou convenção coletiva;
- XIV – o aumento da jornada de trabalho nos turnos ininterruptos de revezamento para mais de 6 horas diárias, por intermédio de negociação coletiva;
- XXVI – reconheceu além das convenções coletivas, os acordos coletivos de trabalho;
- Artigo 8 inciso VI – dispositivo que trata da obrigatoriedade da participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.

Em suma, a Constituição Federal admitiu em algumas matérias como o contrato por tempo determinado; e, o banco de horas, assentiu (permitiu) acordos e convenção coletiva de trabalho, a redução de salários, redução e compensação de jornada de trabalho, a prorrogação da jornada máxima de 6 horas, turnos ininterruptos, revezamentos e, a compensação nos lucros. Poder-se-ia a priori afirmar que a flexibilização é um instrumento legítimo e tem base constitucional, e só podem ser realizadas com a participação dos sindicatos, e podem ser tanto *in mellius* (para melhor) ou *in peius* (para pior).

5 FLEXIBILIZAÇÃO FRENTE AO PRINCÍPIO PROTETOR

O princípio da proteção surgiu para evitar que o trabalhador se torne totalmente submisso ao abuso patronal. A doutrina conservadora enaltecia o princípio da proteção, como uma "função do direito", porém, é uma forma equivocada pensar que é função do direito proteger dada relação social, posto que o Direito tem como principal função regular a relação em busca da realização de um ideal de justiça entre as partes conflitantes.

Quando pensamos em proteção temos que levar em consideração os sujeitos: protetor e o protegido. Sabemos que o trabalhador considerado hipossuficiente é o protegido, e o protetor seria aquele que socialmente e politicamente também tem interesse em resguardar esta posição. O protetor é focado ao paternalismo e a política social. Temos exemplos recentes no Brasil, onde a luta sindical pela proteção dos direitos da classe trabalhadora, no caso os metalúrgicos, através de um Partido dos "Trabalhadores" visaram não só interesses míseros da classe trabalhadora mais em maior plano a satisfação dos interesses políticos em ter e permanecer no comando do País, elegendo dois Presidentes da República. De acordo com Arion Sayão Romita (2003, p. 23)

Se para dar atuação prática ao ideal de justiça for necessária a adoção de alguma providência tendente a equilibrar os pólos da relação, o direito concede à parte em posição desfavorável alguma garantia, vantagem ou benefício capaz de preencher aquele requisito.

E acrescenta que, o direito comercial não protege o comerciante, o direito administrativo não protege a administração e portanto, é sandice posicionar-se de modo contrário nos ramos do Direito. Assim, não é função do direito do trabalho a proteção do empregado, mais sim regular as relações existente entre ambas as partes: empregado e empregador. Existe a bilateralidade da relação de emprego, a qual é depreciada quando a função protecionista do direito do trabalho desconhece esta bilateralidade e beneficia uma das partes em detrimento da outra.

O estado ideal de direito desta relação é a proporcionar o equilíbrio da relação, não desprover o trabalhador de total proteção mas razoar de modo a igualar as posições. Em isto, fundamenta a flexibilização frente o princípio da proteção,

onde torna mais flexível (ceder) a relação entre as partes de modo a equilibrar a relação. Esta possibilidade é amparada constitucionalmente quando diante de imperativos econômicos há possibilidade de negociar e reduzir direitos, como exemplo a redução de salários, com a intenção de manter ou conservar os empregos.

O certo é que na prática a proteção eleva os custos das empresas, que ao final compõe o preço de seus produtos e serviços contabilizando gastos com indenizações e demais encargos trabalhista, onerando e prejudicando o próprio trabalhador que sai da posição de protegido para a outra relação econômica de consumidor, e como consumidor ter que custear o ônus econômico decorrente da proteção. Assim economicamente falando não existe custo que não venha a ser revertido para o consumidor.

Com estes ensaios é possível concluir que a legislação trabalhista ficou rígida e complexa diante do contexto de um mundo globalizado, social e economicamente distintos do período em que estes direitos foram criados. E ainda, a proteção e a rigidez da legislação trabalhista acabaram como efeito resultando em desproteção ao trabalhador, e que os protetores tem como principal interesse continuar com a posição de "estar" ou subsistir no poder. No sistema rígido, a intervenção estatal é acentuada, o espaço para negociações coletivas é diminuto.

A crítica quanto ao princípio protetor é decorrente da grande possibilidade deste princípio aprofundar o problema de desemprego e o aumento dos trabalhos informais no Brasil.

A legislação do trabalho no Brasil não vislumbrou a proteção do empregador, ela trata os vários tipos de empreendimentos de maneira igual no tocante ao pagamento dos diretos e encargos trabalhistas. É evidente que há desigualdade entre os diversos tipos. É mínima a flexibilização na legislação, quanto ao tamanho da empresa micro, pequena, médio, grande porte e multinacionais.

A Lei complementar n. 123 de 2006 instituiu o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, prevendo tratamento jurídico diferenciado e simplificado. Todavia, este instituto legal tratou mais de procedimentos como:

- a) dispensa da fixação de quadro de trabalho em suas dependências;
- b) dispensa da anotação de férias em livro ou fichas de registro de empregados,
- c) de possuírem livros de inspeção do trabalho;
- d) A fiscalização trabalhista deve orientar a micro e empresa de pequeno porte, estabelecendo critério de dupla visita antes de lavrar os autos de infração (art. 55 da Lei complementar 123) etc.

Percebe-se que são tratamentos flexíveis em razão de seu tamanho quanto a procedimentos porém nada que incentive financeiramente estas empresas.

O potencial de cumprimento dos direitos e obrigações de uma microempresa não é o mesmo que de uma empresa de porte grande. Como exemplo: pode-se afirmar que uma indenização trabalhista de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), para a empresa de porte grande não representaria quase nenhuma diferença em seu ciclo financeiro, ao passo que para uma microempresa este mesmo valor levaria a dificuldades financeiras e até o possível encerramento da atividade. A legislação deve adaptar-se à própria continuidade da empresa, tendo em vista a necessidade de continuar oferecendo empregos aos trabalhadores. Esta desigualdade poderia ser compensada com incentivos como redução dos encargos sociais, tributários e previdenciários, como exemplo.

Obvio que, o aumento do trabalho informal nasceu a necessidade de novas opções (alternativas) como contratos por prazo determinado, e a terceirização. O efeito da tecnologia sobre a jornada de trabalho, redução de número de pessoas e a flexibilização da compensação de horas com a implantação do banco de horas, mesmo que ultrapassem o limite normal de jornada de trabalho e compensado posteriormente conforme informado no banco de horas são opções aceitáveis ou plausíveis. Este período pós-moderno é surpreendente pela propagação do conhecimento advindos do avanço tecnológico, acelerada de efeitos complexos na economia, na sociedade, no trabalho e no direito. O trabalho mecanizado deu espaço para a automação, hoje se tratando de trabalho na linha industrial o quadro funcional restou reduzido, composto de dois tipos de trabalhadores: especializados e os não especializados. Discorrendo sobre esta

realidade Cunha citado por Coutinho (2003, p. 165) alerta que: "os pressupostos medulares da típica relação de emprego - pessoalidade, continuidade, subordinação e salário - estão em processo de readequação e mesmo em esvanescência".

A função do Direito do trabalho não é apenas proteger o trabalhador, é necessário coordenar, verificar a possibilidade econômica da empresa e as próprias necessidades do trabalhador. Desta forma faz-se necessário observar o binômio necessidade/possibilidade. Assim o empregador não pode dar mais do que tem a capacidade de pagar, assevera Sérgio Pinto Martins (2009, p. 14).

6 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS

Alguns doutrinadores consideram a flexibilização como um fenômeno extremamente importante para diminuir os males que giram em torno das relações trabalhistas em um mercado globalizado extremamente competitivo e tecnológico. O modelo rígido tornou-se um entrave à competitividade das empresas, ao emprego e até mesmo ao desenvolvimento e incentivo a novos empreendimentos. Ao contrapasso outros mais conservadores vêem como atentado aos direitos trabalhistas adquiridos após anos de lutas e esforços dos sindicatos e trabalhadores.

Segundo Martins (2009, p.29-30), há três correntes sobre a flexibilização:

- a) Corrente Flexibilista adere fases distintas do direito do trabalho, onde a primeira fase buscou assegurar os direitos trabalhistas, a segunda fase a promoção do Direito do trabalho e a terceira fase à adaptação à realidade, crises e as convenções coletivas que podem garantir melhores condições de trabalho, como também situações de agravo (in pejus) justificadas pela persistência das crises.
- b) Corrente Antiflexibilista que contempla a flexibilização como algo extremamente funesto ao Direito dos trabalhadores, que visa acabar direitos e conquistas advindas de duras lutas conquistadas por esta categoria. Para esta corrente, não há aperfeiçoamento e nem fortalecimento das relações de trabalho.
- c) Corrente Semiflexibilista: esta terceira corrente segue a observância da autonomia privada coletiva e sua valorização plena. A flexibilização seria feita pela norma coletiva, existindo desregulamentação do Direito Coletivo do Trabalho, por meio das convenções e acordos coletivos. Assim para esta corrente, haveria as regras básicas, porém avultaria a participação dos acordos coletivos e convenções. (MARTINS, 2009, p.30).

6.1 Argumentos Favoráveis à Flexibilização

Um dos mais relevantes argumentos a favor da flexibilização desde o seu nascedouro foi eliminar ou minimizar o desemprego. Segundo a corrente neoclássica, as mudanças nas relações de trabalho podem ser criadas para expansão e estímulo das atividades econômicas. Portanto, é um elemento importante para motivar a retomada dos investimentos, e por conseguinte abrir novos postos de trabalho. Para Uriarte (2002, p 09) a flexibilidade garante a "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".

Para a corrente flexibilista, o Direito do Trabalho esta deixando a fase de conquista, entrando a fase promocional e a adaptação à realidade atual. Existe a liberdade para que as convenções coletivas de trabalho negociem cláusulas melhores (em alguns momentos piores) aos trabalhadores como tentativa de atender as condições econômicas e sociais.

A liberdade nas negociações pelos sindicatos dos trabalhadores por intermédio das negociações coletivas são de suma importância porque que as questões a serem tratadas são fáticas dentro da realidade e não abstrata e distante elaborada pelo legislador

A lei deve reduzir sua imperatividade, em benefício de um novo sistema de fontes normativas do Direito do Trabalho. com diferente hierarquização das normas jurídicas. Nessa revisão de fontes normativas, há que admitir a prevalência da negociação coletiva sobre a lei, desde que observado um quadro mínimo de proteção ao trabalho. (ROBORTELLA, 2005, P.87)

Para os flexibilistas o abrandamento das leis do Direito do Trabalho gera maiores investimentos no setor empresarial, através da abertura novos empreendimentos e com efeito novos postos de trabalho. Além disto, a redução dos custos com mão-de-obra e encargos sociais garantiriam maior oportunidade de redução do custo final de produção, e com isto possibilitaria a concorrência em pé

de igualdade com as demais empresas nacionais e internacionais em um mercado totalmente moderno e globalizado.

A rigidez da legislação trabalhista leva ao empregador a utilizar de artimanhas, como por exemplo, ou o empregador contrata o trabalhador com todos os direitos e paga muito alto por isto, ou simplesmente não registra e o coloca na informalidade.

6.2 Argumentos Contrários à Flexibilização

A corrente contrária a flexibilização entende que é uma forma, ou pretexto, para reduzir os direitos dos trabalhadores, eliminando o que foi conquistado em longos anos, piorando a situação dos trabalhadores. Para alguns doutrinadores a flexibilização não mudaria a situação dos empregos, isto porque o nível de emprego é resultado do nível de demanda agregada a diversos fatores, principalmente pelas decisões de gastos tomadas pelo mercado capitalista, principalmente por duas figuras importantes: investidores e consumidores. Os investidores que tomam a decisão de investir de acordo com o nível da taxa de juros, e fluxos de rendimentos esperados do futuro empreendimento, por sua vez os consumidores que tem a redução no salário consequentemente reduziram o consumo, e portanto esta dinâmica afetaria o próprio nível de emprego. Para outros, a redução dos direitos trabalhistas não representariam aumento de empregos, mais sim maior desemprego porque reduz a proteção do Estado sobre o trabalho do cidadão. De acordo com o antiflexibilista (QUADROS, 2000, p. 35).

A flexibilização traz prejuízos aos trabalhadores, benefícios ao capital, e não tem ensejado melhoria nas condições de trabalho ou do nível de emprego, mas ao revés, implica em perda de conquistas sociais e inclusive em redução dos salários.

Para a Organização Internacional do Trabalho (OIT) as normas flexibilizadoras não têm gerados emprego, e nem combatido o desemprego, mas tem contribuído na precarização da qualidade e condições dos empregados. Isto porque nos sistemas flexíveis há pouca ou nenhuma legislação, as regras passam a ser ínfimas, cabendo negociações coletivas definir as condições de trabalho.

Quanto as formas de flexibilização aplicadas no Brasil, a grande discussão gira em torno da crise sindical, do despreparo, desestrutura e passividade de diversos sindicatos, principalmente àqueles das regiões mais remotas. Outro fenômeno prejudicial aos sindicatos foi a descentralização das empresas e surgimento de novas profissões e o fracionamento de determinadas categorias profissionais, impossibilitando a total união e a ação destes trabalhadores. (MASCARO, 2000, p. 53-54).

Para os antiflexibilistas, a corrente a favor da flexibilização omite as condições negativas do trabalho como a insegurança contratual, a instabilidade, a maleabilidade e até mesmo a servidão. Para eles, portanto, ela favorecerá a força do capital em detrimento do social. No Brasil, esta corrente antiflexibilista considera inviável a flexibilização, devido aos óbices e as más condições de trabalho oferecidas aos trabalhadores. Além disto, segundo eles os sindicatos são frágeis, despreparados e desunidos.

6.3 Desregulamentação do Direito do Trabalho

Existem correntes doutrinárias que defendem a flexibilização, como sinônimo de desregulamentação, afirmando que as definições de ambos os institutos se equivalem. Mas que, entretanto, existiriam direitos fundamentais constitucionalmente indisponíveis que não poderiam ser desconsiderados no momento de flexibilização de determinadas condições de trabalho (GOLDSCHMIDT. 2009, p. 136).

Neste contexto, pensamentos dos liberais, suportam a desregulamentação das relações trabalhistas como uma forma alternativa de recuperar o emprego e a renda em um mercado econômico moderno e globalizado. E a rigidez da legislação seriam obstáculo, e não facilitadora para o crescimento econômico extremamente competitivo. O que se busca é assegurar ocupação ao trabalhador e garantir a sobrevivência das empresas. utilizando-se de mecanismos alternativos para continuidade da relação empregatícia.

No entanto, a flexibilização não se confunde com a desregulamentação, já que a flexibilizar pressupõe atuação, ainda que mínima do Estado, enquanto que a segunda retira a proteção do Estado ao trabalhador, permitindo que a autonomia privada regule de forma ampla sobre as condições de trabalho. Dessa forma, o posicionamento de parte da doutrina que considera ambos os significados como sinônimos não se sustenta.

Joaquim Donizeti Crepaldi citando Catharino, op. cit, 1997, p.51 disserta que não se deve confundir flexibilização da desregulamentação já que

Desregulamentação é caracterizada pela total ausência do Estado no disciplinamento das relações de trabalho, permitindo assim um maior desenvolvimento da plena liberdade sindical e das normatizações coletivas no âmbito privado das relações entre capital e trabalho.
(...) Flexibilização quer regular diferentemente o que já se encontra regulado. O que pode acontecer é a variação do grau de flexibilização do mínimo (pouca relevância) ao máximo (ruptura de norma existente). Neste último, caracterizar-se-á a desregulamentação, com ou sem regulação substitutiva. Esta é a flexibilização buscada pelos neoliberais, a fim de haver redução do caráter protetor da legislação do trabalho.

É importante observar que a desregulamentação do Direito do Trabalho faz com que o Estado retire a proteção normativa assegurada ao trabalhador (normas e garantias mínimas), com intuito de que a autonomia, individual ou coletiva, regule as condições de trabalho, direitos e obrigações. Portanto, não há que misturar a flexibilização da desregulamentação. Flexibilizar não é desprover de normas mais regular de modo alternativo o que já esta regulado.

A desregulamentação é um retrocesso ao modelo liberal de livre contratação vigente no início do século XX, onde o Estado fazia papel de mero espectador entre capital e trabalho. Também seria um retrocesso as disputas entre aquele que possui o capital (no caso o empregador) e empregados (hipossuficientes), e a consequência é a transferência dos custos sociais para os setores marginalizados da sociedade.

Desregulamentar é prejudicial para os trabalhadores. Em um contexto capitalista os empregadores estariam mais preocupados com lucro rápido sem preocupar-se com carências e necessidades dos empregados. Portanto, é necessário preservar os direitos mais de um modo equilibrado.

7 FORMAS DE FLEXIBILIZAÇÃO

São diversas as formas de flexibilidade das relações de trabalho. Segundo Sergio Pinto Martins (2009, p.41) a saber:

- a) flexibilização de salários com a análise dos custos da remuneração do trabalhador e demais encargos não venha a ser maior que os ganhos de sua produtividade;
- b) flexibilização de horários através da modificação da organização do trabalho, conforme a necessidade;
- c) flexibilização das regras e regulamentos de forma a propiciar outras formas de contratação, denominadas pela doutrina de contratações atípicas (contratação por tempo parcial, contrato de trabalho por prazo determinado e as subcontratações) de acordo com as reais necessidades econômicas, além da maior facilidade para demissão e remanejo que consistiria na mobilidade funcional ou polivalência de acordo com as necessidades empresariais.

Resumindo, pode ser: da remuneração, da contratação, da jornada de trabalho, do tempo de duração do contrato e da dispensa do empregado.

No que refere-se a legalidade, o autor classificou da seguinte forma:

- a) legal ou autorizada - quando a própria lei permite a flexibilização, no Brasil temos como exemplo a redução da jornada de trabalho dispostos no artigo 7º,XIII; e dos salários artigo 7º,VI, ambos da Constituição Federal de 1988.
- b) ilegal ou ilícita – àquelas elaboradas com objetivo de burlar a lei e os direitos dos trabalhadores.
- c) Legislada ou negociada – livre negociação como acontece nos Países Europeus (Itália, Bélgica, Dinamarca e Espanha) e Estados Unidos.

Quanto à forma de contratação, a flexibilização abrange num rol exemplificativo o emprego dos contratos por tempo determinado, uso atípico de contratação como a terceirização, subcontratação, empreitada e cooperativas; contratos com tempo parcial – este tipo de contrato é aquele em que o trabalho é executado em apenas um dia ou alguns dias da semana, é possível ainda, o horário ser flexível e o trabalhador estabelece o início e o término do horário de trabalho, adaptando-se assim as suas necessidades pessoais. É possível trabalhar mais em um dia e menor no outro e trabalho temporário.

7.1 Flexibilização da Jornada de Trabalho

A flexibilização da jornada de trabalho está fundamentada no artigo 7º, XIII da Constituição Federal do Brasil.

§ 7º, XIII duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

A flexibilização da jornada de trabalho pode ser admitida em diversas formas, como exemplo a compensação da jornada de trabalho e banco de horas, horários individualizados; e anualização horários cíclicos ou sazonais.

Estas formas proporcionam maior liberdade ao empregado, que poderia eleger o melhor horário para começar e terminar suas atividades laborais. E com isto garantir uma melhor qualidade de vida pessoal e social. Estudos indicam que a produção é maior destes empregados.

7.1.1 Compensação da Jornada de Trabalho

A compensação da jornada de trabalho e o Banco de Horas são modelos usuais de flexibilização. Estes modelos ou modalidades, foram instituídas a partir da Lei n. 9601/98, e veio sofrendo alterações posteriores a Medida Provisória n. 2.164-41/01, que alterou o período de compensação de 120 dias para 1 ano. O artigo 59 § 2º da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) estabelece que:

§ 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de 1 (um) ano, a soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de 10 (dez) horas diárias.

A necessidade de abrir mão da compensação e do banco de horas surgiu em face da adequação das empresas à inconstantes alterações dos ambientes que estão inseridas. Em outras palavras, originou-se da necessidade dos empregadores de diminuir custos, automatizar processos, e flexibilizar sua produção em face de fatores externos como a competitividade do mercado, já que este é um fator que necessita a utilização de horas extraordinárias. Além disto sem esta flexibilização implicaria em perda do mercado e conseqüentemente despedida de empregados, razão pela qual sindicatos e empresas, embasados na legalidade, passaram a negociar e até estipular a compensação das horas extras e o banco de hora . A legislação trabalhista vem admitindo certos níveis de flexibilização, apesar de existirem correntes doutrinárias contrárias a tais medidas.

Desta forma, um dos dispositivos utilizados para controlar e administrar a jornada de trabalho é a modalidade de compensação de horas denominada de "banco de horas". Para Alice Monteiro de Barros (2008, p. 670), permite que o acordo ou convenção coletiva, a compensação do excesso de horas trabalhadas em um dia pela correspondente diminuição em outro dia, de modo que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho, tampouco ultrapasse o limite de 10 horas por dia.

A doutrina e a jurisprudência elucidam sobre a diferença entre a compensação das horas extras e o banco de horas, para eles a diferença encontra-se no prazo. A compensação de jornada deve ser realizada em um prazo mais imediato quando comparado com o banco de horas. Em Santa Catarina houve julgados diferenciando estas duas modalidades de compensação.

BANCO DE HORAS. REGIME DE COMPENSAÇÃO. DIFERENCIAÇÃO.
Não se confundem ambos os institutos. O banco de horas, por sua excepcionalidade e por refletir em maiores riscos à saúde e segurança do trabalhador, deve estar amparado em norma coletiva, enquanto que o regime de compensação, em tese propicia vantagens ao trabalhador por racionalizar seu tempo e, por isso, se opera por simples acordo bilateral. A situação dos autos revela a hipótese de compensação de horas na medida

em que havia o elastecimento da jornada e a respectiva paga, sem qualquer indicativo da instituição de banco de horas.
(Processo nº: 01531-2007-039-12-00-8. Juíza Sandra Márcia Wambier. Publicado no TRTSC/DOE em 17-06-2008).

O objetivo da utilização do banco de horas é organizar a empresa de modo que assim atuando ela planeje adequadamente o tempo dos empregados à sua disposição, extirpando horas pouco produtivas, aumentando sua capacidade de produção em horários de pico, reduzindo, assim, seus custos. Contudo, para utilização do banco de horas, existe a necessidade de seguir certos requisitos de validade previstos na legislação brasileira concernentes a sua forma, ao intervalo máximo de compensação e ao limite de horas extras. Todavia, o Tribunal Superior do Trabalho teve que inserir o item V na súmula 85, que tratava genericamente da compensação da jornada, e elucidou que a referida súmula não se aplica a modalidade de banco de horas, já que este somente pode ser instituído por convenção coletiva, impedindo portanto, a pactuação mediante acordo individual.

Com a inserção do item V a redação da súmula 85 do Tribunal Superior do Trabalho que trata da compensação de jornada ficou a seguinte:

I - A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva.(ex-Súmula primeira parte alterada pela Res. 121/2003, DJ 21-11-2003).

II - O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário. (ex-OJ n. 182 da SBDI-1 - inserida em 8-11-2000).

III - O mero não atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive quando encetada mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária, se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional (ex-Súmula n.85 - segunda parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21-11-2003).

IV - A prestação das horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário. (ex-OJ n. 220 da SBDI-1 - inserida em 20-06-2001).

V - As disposições contidas nesta súmula não se aplica m ao regime compensatório na modalidade "banco de horas", que somente pode ser instituído por negociação coletiva. (Redação determinada pela Resolução n. 174, de 24-05-2011).

Discorrendo sobre a compensação de jornada de trabalho Vólia Bonfim Cassar (2007, v.4, n.19, p. 20-29) faz a seguinte separação:

[...] compensação de jornada seria um gênero, enquanto que suas espécies seriam a compensação tradicional e o banco de horas. A compensação tradicional de jornada seria aquela em que o tempo máximo de labor semanal não é desrespeitado, não ultrapassa 44 horas semanais e 220 horas mensais.

Como exemplos desse sistema de flexibilização da jornada de trabalho, temos o caso dos empregados na construção civil, que na convenção coletiva acordaram jornada diferenciada de 8 horas de trabalho nas sextas-feiras; e 9 horas de segunda a quinta-feira, completando total de 44 horas semanais. Assim esta jornada tem a finalidade de compensar o sábado, já que sem esta possibilidade teriam que trabalhar 4 horas neste dia. Outro exemplo vem da categoria profissional dos vigilantes que trabalham turnos de 12 por 36 horas de descanso, respeitando o limite de 220 horas mensais.

Existe discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o banco de horas, para alguns autores ele é inconstitucional, por mitigar ou suprimir os direitos sociais previstos na Constituição, como a supressão ao pagamento do adicional de horas extraordinárias, e a equiparação da hora normal à hora extraordinária. Outros alegam que o banco de horas contrariam o disposto no artigo 459 da CLT, que dispõe que os salários deve ser pago até o quinto dia útil do mês subsequente, e neste sentido o banco de horas fere a norma pois admite a compensação em um período de até um ano.

A linha doutrinária contrária, defende a constitucionalidade do sistema de compensação (semanal/anual), ela é mais flexível ao analisar que o direito não é uma ciência estática, e portanto, deve-se adaptar-se as mudanças políticas, sociais e econômicas. Para esta segunda corrente a Constituição busca o pleno emprego, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Portanto, medidas de adequação e manutenção dos postos de trabalhos são importantes para a sociedade, e adotar medidas como a compensação da jornada e o banco de horas são táticas

necessárias para que o empregador adéqüe a produção à demanda de mercado sem alterar seu quadro de funcionários.

O sistema de bancos de hora flexível, adota compensações anuais, como se fosse um conta corrente, com sistema de débito e crédito de horas, um razonete ao qual o empregado ao invés de receber em dinheiro as horas extras trabalhadas é creditado em seu conta corrente, em forma de horas, acumulando para compensar em uma data posterior, que não poderá ultrapassar o período de um ano. Este banco de horas pode ser fixo (estabelece previamente a jornada e sobrejornada) ou variável (dependerá da demanda).

7.1.2 Horários Individualizados

Segundo Sérgio Pinto Martins (2009, p 94), a flexibilização por intermédio de horários individualizados permite ao empregado fazer o seu horário dentro de um período obrigatório estabelecido. E exemplificou, dizendo que o empregado tem que entrar na empresa entre o período das 8 as 9 horas da manhã e deixar a empresa no final da jornada entre as 17 ou 19 horas, adaptando sua necessidade individual aos parâmetros estipulados pelo empregador. Assim, nos dias que entrar mais tarde sairia mais tarde, se entra mais cedo sairia mais cedo. Em inglês seria *flextime* ou *flexible working hours*.

Na flextime, cada trabalhador tem a permissão para elaborar sua entrada ou a saída da empresa, para atender seus próprios interesses e compromissos, porém tem um período fixo que não pode deixar seu local de trabalho, por exemplo das 13:30 da tarde às 16:30 horas.

O trabalhador estabeleceria seu próprio horário, este tipo de negociação de horários é benéfico visto que existem momentos em que surge necessidade de um período maior fora da empresa para cuidar de assuntos pessoais. É o caso, do dia de recebimento de salários, onde fatores externos como extensa filas nos estabelecimentos bancários geram atraso para a volta ao trabalho. O trânsito e congestionamentos em grandes metrópoles, etc.

O horário flexível permite com que a mãe trabalhadora possa sair mais cedo ou entre mais tarde ao seu posto de trabalho para levar seu filho ao médico ou outro tipo de terapia, sem que sofra desconto em seu salário, ou entaves em sua carreira uma vez que estas saídas para tratamento de saúde apesar da apresentação dos atestados médicos, desqualificam a profissional e até a prejudicam em caso de promoções.

Ao passo que se houver maleabilidade o empregador poderá mudar o foco e pensar que a profissional não esteve no seu posto naquele momento mais importou-se com a empresa compensando estas horas em outro momento, sem necessidade de substituição ou pagamento de horas extraordinárias. De igual modo o trabalhador estudante que em períodos de exames possam reduzir seus horários e compensá-los em outro momento. Enfim, são exemplos de como a negociação entre os próximos: empregadores e empregados são necessárias e devem ser tratadas de maneira mais maleável. Onde executa suas atividades trabalhando mais horas em determinado dia ou semana e reduzindo o numero de horas em outros dias. Todavia, existe a necessidade de seguir o número de horas acordadas entre as partes, sejam elas, semanais, mensais ou anuais.

Não há que se confundir horário flexível com o horário livre. De acordo com Martins (2009, p.95) "no horário livre o empregado trabalha o horário que desejar" e pode até não trabalhar em determinado dia, já no horário flexível, segundo o mesmo autor, é "...obrigatória a sua presença no posto de trabalho em certos horários previamente determinados pelo empregador, dentro de um limite mínimo e máximo".

A utilização de horários individualizados, diminui a fadiga aumenta a produtividade, e por fim beneficia o empregado que pode utilizar melhor seus tempos, melhorando a qualidade de vida.

7.1.3 Anualização

De acordo com Martins (2009, p 93-96) a anualização da jornada de trabalho seria a divisão das horas de trabalho durante o ano. Isto implicaria no

estabelecimento de um número de horas no ano, e distribuídas de acordo com as necessidades do empregador. Esta forma funciona perfeitamente quando acompanha os períodos sazonais de demanda da produtividade assim como quando em situações onde o clima causa algum fator negativo na execução da atividade, um exemplo desta situação é encontrada nos países onde o inverno é e rigoroso, impedindo o deslocamento do trabalhador ao posto de trabalho, nestes casos no verão os trabalhadores trabalham com uma jornada maior, compensando estas horas no inverno.

7.2 Flexibilização de Salários

São formas de flexibilização dos salários a remuneração variável e a redução em casos especiais, sendo que a remuneração variável estaria diretamente relacionada à fatores ligados a produção, como os bônus por alcançar as metas proposta e atingidas, as comissões sobre as vendas realizadas, a participação nos lucros e resultados da empresa, o empregado tem um importe fixo mensal e mais a remuneração variável. Os salários poderão ser reduzidos em determinadas condições, como em caso de crise econômica, e através de negociações coletivas, assim como há a possibilidade de congelamento dos salários, com isto os reajustes anuais das categorias não seria aplicados, abolindo por um determinado período a indexação para efeito dos reajustes, com o meio garantir o emprego mesmo que com um soldo menor.

A regra é que os salários são intangíveis, em decorrência do princípio da irredutibilidade salarial , isto para garantir a aquisição de mercadorias (alimentação, bens e serviços) essenciais para manutenção da vida do trabalhador e de sua família. A flexibilização é necessária, mais não ao ponto de existir um salário indigno. MARTINS (2009 p.99).

O inciso VI do artigo 7º da Constituição dispõe a "irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo". Assim, a própria Carta Magna alterou a legislação tornando-a flexibilizadora ao permitir a redução do salário, mediante negociação sindical. De acordo com o autor (2009, p. 99-100), este inciso constitucional deve ser interpretado de forma estrita, segue:

[...] Trata-se do salário estrito senso. Nele não se incluem os adicionais, que têm natureza salarial, mas não são salário estrito sendo. Logo, a norma coletiva não pode reduzir os adicionais de insalubridade, de periculosidade, e horas extras e o noturno. Podem ser reduzidas as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens não excedentes de 50% do salário e abonos, pois integram o salário.

Para a flexibilização salarial faz-se necessária a participação dos sindicatos, ela existirá em razão das convenções e acordos coletivos. Outro papel fundamental dos sindicatos é a fiscalização do empregador. O que foi negociado e concedido mutuamente não poderá ser interrompido.

Existe propostas de flexibilizar certos benefícios concedidos aos empregado que não são considerados como salário em estrito senso. Se observamos o artigo 458 da Consolidação das Leis do Trabalho, que trata sobre o salário-utilidade, encontra-se uma forma de flexibilização inteligente no Direito Trabalhista Brasileiro, pois o legislador possibilitou que o empregador forneça educação para seus empregados, inclusive pagamento de mensalidades escolares, livros etc. sem que configure em salário propriamente dito, mas um benefício ao trabalhador. Com isto, o empregador não tem a folha de pagamento onerada com tributos sobre este benefício. Exemplificando, suponhamos que um empregador ofereça uma vaga de contador com salário de R\$ 4.500,00 reais, e outro empregador ofereça a mesma vaga mais com salário de R\$ 4.000,00, entretanto, ele oferece plano de saúde, plano odontológico, seguro de vida, e extensão universitária como pós-graduação por conta da empresa. Oras a melhor opção para o contador é a segunda, embora tenha salário menor, os demais benefícios ao final compensam o salário maior. E o empregador não vai pagar Férias de sobre o valor de R\$ 4.500,00, décimo terceiro, aviso prévio, FGTS, horas extras e indenizações sobre este valor. Ao final tanto o empregador quanto o empregado saem ganhando com esta negociação, por isto ela é conhecida como flexibilização inteligente, ela não embaraça a legislação trabalhista e nem a Constituição Federal, ela propicia benefícios sem onerar a folha de pagamento sendo interessantes para ambas as partes: empregado e empregador

Art. 458. CLT. Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações "in natura" que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas.

Será considerado o salário utilidade as prestações in natura como alimentação, vestuário, moradia, etc.

§ 2.º Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador:

I – vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço;

II – educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos a matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático;

III – transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público;

IV – assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde;

V – seguros de vida e de acidentes pessoais;

VI – previdência privada

Ainda em relação aos salários, com a flexibilização existe a possibilidade da redução de salários em tempos de difíceis de crises econômicas e dificuldades empresariais como uma forma de garantir a relação de trabalho e a continuidade do negócio empresarial.

A exemplo do que acontece no Japão os salários poderiam ter duas partes: uma fixa e outra variável. Sendo que esta segunda parte dependeria do desempenho do trabalhador.

7.3 Formas de Contratação na Flexibilização

Quanto a forma de contratação é possível encontrar a flexibilização em diversos tipos de contrato. Os mais evidentes são: o trabalho temporário, o trabalho por tempo determinado, contrato de trabalho por tempo parcial, trabalho em domicílio, subcontratação, etc.

7.3.1 O Trabalho Temporário

O contrato de trabalho temporário é disciplinado pela Lei nº. 6019/74, ele abrange três partes: o trabalhador temporário, a empresa tomadora dos serviços ou clientes, e a empresa de trabalho temporário.

Havendo necessidade de substituição de pessoal regular, o cliente tomador dos serviços contrata a empresa de serviços temporários que coloca um trabalhador temporário na empresa do contratante. O vínculo do trabalhador temporário é com a empresa de serviços temporários. Este tipo de contrato tem por obrigatória sua celebração por escrito. Geralmente estes trabalhadores são estudantes em férias, mulheres que necessitam momentaneamente de renda para reforçar o orçamento doméstico e pessoas que não anseiam por um emprego permanente, enfim é um tipo de trabalho que permite uma fonte de renda a mais para o indivíduo.

Este tipo de contrato é fixado em meses, e não pode exceder três meses, salvo autorização do Ministério do Trabalho. (MARTINS, 2009, p.47).

O trabalho temporário é uma forma de flexibilização, já que envolve a contratação para um período determinado de acordo com as necessidades dos serviços temporários por parte da empresa.

7.3.2 O Trabalho Por Tempo Determinado

Com relação ao prazo os contratos podem ser por tempo indeterminado ou determinado. O contrato de trabalho por tempo determinado é utilizado por ser uma forma de contratação menos onerosa para o empregador. A regra no Brasil é a contratação por tempo indeterminado, conforme dispõe o artigo 443 da CLT, a exceção é contratação por prazo determinado. Ele abrange duas partes: empregado e empregador.

Na legislação brasileira, contrato por prazo determinado surgiu para regularizar a situação de certos trabalhadores informais, e diminuir o desemprego. É aquele cuja duração temporal é preestabelecida, desde o nascimento do pacto,

estipulando como certa e previsível a data da extinção contratual. Os dispositivos legais é a Lei 9601/98 e o artigo 443, § 1º da Consolidação das Leis do Trabalho

Art. 443, § 1º., CLT - Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

As hipóteses de validade do contrato por prazo determinado estão presentes no parágrafo, § 2º. do art. 443, CLT. São 3 hipóteses:

- a) serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a determinação do prazo;
- b) atividades empresariais de caráter transitório; e
- c) contrato de experiência.

São ainda considerados trabalho de tempo determinado: contratos de safra (Lei n. 5889/73), de temporada, e contrato de aprendizagem (prazo de 2 anos) artigo 445 da CLT. Convém ressaltar que este tipo de contrato de aprendizagem é uma forma de flexibilização, a alíquota de recolhimento do FGTS é de 2% sendo que o contrato normal é 8% de alíquota, inexistente a necessidade de aviso prévio, já que o artigo 487 da CLT dispõe que o aviso prévio só cabe para os contratos por tempo indeterminado, é indevido justamente pelo conhecimento das partes de quando o contrato terminará.

Quando os contratos são realizados verbalmente, não se sabe se é determinado ou indeterminado, e, quando haver dúvida se o contrato for determinado ou indeterminado, conclui-se que o contrato é por prazo indeterminado. Os contratos por prazo determinado tem por duração no máximo 2 anos (artigo 445 da CLT), quando atingir este período, não poderá haver qualquer prorrogação, pois se continua o trabalho ele será automaticamente transformado em tempo indeterminado, por exceder o limite legal de dois anos previsto no artigo 445 da CLT.

As empresas quando contratam por dois anos, troca os empregados, tendo então uma rotatividade, permanecendo a taxa de desemprego. A razão de utilização deste tipo de contrato advém do encarecimento da extinção do contrato por prazo indeterminado, ou seja, tem haver com os direitos que o trabalhador possui ao final do contrato. Se, comparado o fim do contrato por prazo determinado

e a dispensa da pessoa sem justa causa no contrato por prazo indeterminado, resta claro que o contrato por prazo indeterminado fica muito mais caro (férias, 13º proporcional, pagar ao trabalhador 40% sobre o saldo do FGTS). Tendo a opção, com certeza a empresa contratará a pessoa da maneira que gaste menos.

O artigo 451 da CLT reza que o contrato de trabalho por tempo determinado só pode ser prorrogado por única vez, a finalidade é proteger o empregado das fraudes contratuais por parte dos empregadores.

De acordo com Sérgio Pinto Martins (2009, p.47-50), o contrato por tempo determinado é positivo pois permitiu maior flexibilização das relações de trabalho, e adequando realidade do mercado de trabalho, e ainda dando respaldo às contratações de empregados e diminuição de encargos sociais, principalmente inserindo no mercado de trabalho as pessoas que estavam no mercado informal. E ainda segundo o doutrinador, havia necessidade de edição de norma mais flexível, pois as empresas substituíam empregados por máquinas e obtendo resultados satisfatórios na produção, sem necessidade de contratar novos trabalhadores. Além de aumentar a produtividade, as máquinas não reclamam dos salários, férias, horas extras etc.

Apesar de toda uma discussão em torno da Lei 9.601/98, ela não viola a Constituição Federal ao prever a flexibilização dos direitos trabalhistas. Isto porque o inciso XXVI do artigo 7º da Constituição Federal reconhece as convenções e os acordos coletivos e nada impede que eles venham a ser flexibilizados.

7.3.3 Contrato de Trabalho a Tempo Parcial

Segundo a Convenção 175 da OIT, de 1994, o trabalhador a tempo parcial é aquele assalariado que tem atividade laboral com duração inferior à norma, vejamos o caput e a alínea “a” parágrafo primeiro deste instituto:

Reconhecendo a importância que reveste para o conjunto dos trabalhadores um emprego produtivo e livremente escolhido, a importância do trabalho a tempo parcial para a economia, a necessidade de as políticas de emprego tomarem em consideração o papel desempenhado pelo trabalho a tempo parcial na criação de possibilidades suplementares de emprego e a necessidade de assegurar a proteção dos trabalhadores a tempo parcial nos domínios do acesso ao emprego, das condições de trabalho e da segurança social;

a) A expressão «trabalhador a tempo parcial» designa um trabalhador assalariado cuja duração normal do trabalho é inferior à dos trabalhadores a tempo completo e que se encontram numa situação comparável.

Para a CLT artigo 58-A, é aquele cuja duração não exceda 25 horas na semana. Este tipo de contrato é ideal para a mulher, para estudantes e para as demais pessoas em que o trabalho não tão necessário para tomar todo seu tempo. Este é um tipo de contrato pois a flexibilização do tempo reduzindo as horas de 44 para até 25 horas semanais.

7.3.4 Contrato de Trabalho em Domicílio

A tecnologia evoluiu rapidamente e popularizou-se e certamente o direito não evoluiu com a mesma rapidez. Esse avanço tecnológico têm permitido com que as pessoas executem suas atividades laborais em suas próprias casas, ligadas ao empregador por fax, e-mail, internet etc. São novas alternativas que alteram o ambiente de trabalho e a relação de trabalho.

O trabalho em domicílio é uma forma flexibilizada de contratação da relação de emprego. As atividades serão realizadas nos horários em que o empregado desejar e de acordo com as atividades propostas pelo empregador.

Neste tipo de contrato, o trabalho é realizado a distância geralmente na residência do empregado e não na sede da empresa, ou seja, fora do âmbito da empresa. Existe a subordinação entre trabalhador e empregador porém de modo mais leve sendo que este controla o trabalho, estabelece metas de produtividade, e determina os prazos para entrega do produto ou serviço etc. É um tipo de contrato utilizado a algum tempo por costureiras que trabalham em casa e encaminham o produto pronto para o empregador. Atualmente, os jornalistas e profissionais de marketing e designers também passaram a trabalhar em domicílio, haja vista, o avanço tecnológico que permitiu e favoreceu a comunicação online entre empregado e empregador.

A vantagem para estes profissionais é a liberdade em executar suas tarefas no horário que lhe convém, e ao empregador que tem seus custos indiretos reduzidos: como energia elétrica, espaço físico, água, café, limpeza etc.

7.4 A Dispensa flexibilizada

Alguns tipos de contratações permitem diminuir os custos diretos e indiretos relacionados a contratação e à demissão. Portanto, para diminuir os custos a flexibilização na hora de dispensa do trabalhador é necessária, já que esta deveria ser menos dispendiosa para o empregador, como forma de dar continuidade ao seu empreendimento.

Antigamente, existia no Brasil um sistema de estabilidade no emprego, entretanto, com a Constituição de 1988 este sistema foi derogado, dando lugar a flexibilização da dispensa, devido a inexistência da estabilidade. Todavia, o sistema vigente ainda é custoso, já que há necessidade de pagamento do Aviso Prévio, e indenização de 40% sobre os depósitos do FGTS, e demais verbas rescisórias.

Se analisarmos o lado do micro empresário, a dispensa de um funcionário que tenha valor alto de depósitos do FGTS podem gerar um grande custo de até difícil recuperação, por vezes o empregador se vê “amarrado” com o empregado por não ter recursos financeiros suficientes para dispensá-lo. A Organização Internacional do Trabalho por intermédio da convenção 158 prevê a dispensa, devendo esta ser justificada pelo empregador. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal entendeu sua inconstitucionalidade, assim não vige no Brasil esta convenção.

Em alguns Países, por exemplo, o sistema de dispensa do trabalhador passou a ser mais maleável, com a redução do valor de indenizações pagas na rescisão contratual, ou extirpação de alguns direitos que só surgem com a demissão, como é o caso da multa o próprio aviso prévio. (MARTINS, 2009).

7.5 Liberdade de negociação entre as partes.

Ainda existe o conservadorismo e as resistências as mudanças e a liberdade das negociações nas relações de trabalho. Essas resistências em um mundo tecnológico e globalizado acaba por prejudicar as ofertas de trabalho, isto por

diante da concorrência entre mercados, respondem ao desafio através da flexibilização, alguns mercados eliminam ou reduzem a legislação que regulamenta as relações de trabalho e adotam meios generalizados como a livre negociação entre as partes. No Brasil, nos últimos anos vem aumentando os produtos procedentes da China, neste país por exemplo, os trabalhadores são mantidos em trabalho semi-escravo, em regime ditatorial. O custo de produção das indústrias chinesas são muito menores comparados aos custos das empresas brasileiras, e ainda esta segunda sofre carga tributária exorbitante.

Mattos (2009, p.101) citando BELLUZO, L.G. (1996) discorre que a argumentação liberal-conservadora sustenta que o aparecimento e crescimento de outros meios de ocupação de trabalho são devidas ao egoísmo e ao cooperativismo daqueles que ainda se apegam a segurança e a garantia dos velhos empregos.

Na Europa existe a flexibilização por pactos, onde há a participação do governo, dos trabalhadores e dos empregadores (MARTINS, 2009 p.124). O autor usa o exemplo da Itália, ali este pacto é firmado entre os parceiros sociais, e referem-se as condições de trabalho e as condições econômicas. Assim além de tratar as regras de salários e postos de trabalhos, os contratantes também discutem o combate a inflação e o desemprego.

O Governo do Brasil, na década de 90, também negociou com empresas automobilísticas e os trabalhadores como meio de evitar a demissão de trabalhadores desta categoria. Assim houve a uma flexibilização por parte do Governo interferindo na relação empregado e empregador como meio de evitar um mal maior (o desemprego). A solução encontrada foi a redução de tributos como o IPI, o ICMS como forma de reduzir os preços dos veículos e aquecer o mercado.

Apesar do artigo 444 da CLT prever a livre negociação entre as partes, na prática é, a livre negociação é mitigada.

Art.444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos (convenções coletivas) que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

A liberdade de negociação entre as partes e a volta da valorização da autonomia das negociações individuais são vistas com ficção, ou seja, algo inatingível. E para os conservadores liberdade de negociação provem da desregulamentação dos direitos do trabalho, além de desprover da proteção do Direito do Trabalho para as categorias profissionais mais frágeis. Para Crepaldi (2003, p. 60)

[...] Desregulamentam-se as relações humanas e a autonomia da vontade, alcançada pelo consenso, através da negociação individual ou coletiva, substitui a norma unilateral, ditada pelo legislador. O emprego provisório substitui o emprego fixo. Em alguns setores, não há seguir emprego, mas prestação autônoma de trabalho.

E ainda, segundo o autor a flexibilização é fruto de negociação, tanto quanto a admissão dos contratos de trabalho. Segundo ele (2003, p 61) "o neoliberalismo produz efeitos prejudiciais no âmbito do mundo do trabalho, e principalmente, nas áreas sociais". A concentração de riquezas ficariam para os mais abastados enquanto que aumentaria proporcionalmente o número de pobres e miseráveis.

Art. 73. Salvo nos casos de revezamento semanal ou quinzenal, o trabalho noturno terá remuneração superior à do diurno e, para esse efeito, sua remuneração terá um acréscimo de 20% (vinte por cento), pelo menos, sobre a hora diurna.

§ 1º – A hora do trabalho noturno será computada como de 52 (cinquenta e dois) minutos e 30 (trinta) segundos.

Processo: D-RR 660008820095030088 66000-88.2009.5.03.0088
Relator(a): Dora Maria da Costa
Julgamento: 22/08/2013
Órgão Julgador: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais
Publicação: DEJT 30/08/2013

Ementa

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI Nº 11.496/2007. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA. HORA NOTURNA DE 60 MINUTOS. ADICIONAL NOTURNO SUPERIOR AO LEGAL. FLEXIBILIZAÇÃO. NORMA COLETIVA. VALIDADE.

1. Discute-se, no presente caso, a validade da norma coletiva que concede o pagamento do adicional noturno superior ao legal em contrapartida a não redução da hora noturna.

2. Nos termos do artigo 7º, XXII, da CF, é assegurado aos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição

social, o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

3. Nesse sentido, o artigo 73, § 1º, da CLT estabelece o pagamento do adicional noturno, que corresponde ao acréscimo de pelo menos 20% sobre a hora diurna, bem como preceitua que a hora noturna será computada como de 52 minutos e 30 segundos.

4. Por outro lado, é cediço que o artigo 7º, XXVI, da CF elevou os instrumentos coletivos ao nível constitucional, prestigiando e valorizando a negociação coletiva.

5. Consoante se extrai do acórdão turmário, a norma coletiva compensa a ausência de redução ficta da hora noturna com a fixação de adicional noturno nas alíquotas de 40% (horas noturnas trabalhadas em condições normais) e de 50% (horas noturnas trabalhadas em condições de prolongamento da jornada).

6. Verifica-se, pois, não se tratar de supressão pura e simples de direito legalmente previsto, mas, sim, modificação do seu conteúdo com concessões recíprocas, restando assegurado ao trabalhador condição mais favorável do que a estabelecida na legislação trabalhista.

7. Nesse contexto, tem-se como válido o instrumento coletivo, porque assentado no artigo 7º, XXVI, da CF e no princípio do conglobamento, norteador do instituto da negociação coletiva, segundo o qual se tem como mais benéfica a norma coletiva como um todo, abordada em seu conjunto, e não pelo foco particular de cada cláusula ou matéria.

8. No mesmo sentido, esta Subseção Especializada, recentemente analisando situação semelhante, decidiu ao julgar o processo nº TST-E-RR-60800-43.2004.5.03.0099. Recurso de embargos conhecido e provido.

O Tribunal Superior do Trabalho, vem admitindo flexibilização através das negociações nos acordos coletivos. Um exemplo foi o julgamento do recurso E-E-ED-RR 660008820095030088 66000-88.2009.5.03.0088 de 22 de agosto de 2013, o qual lançou mão da flexibilização ao aceitar a alteração da hora noturna de disposta no § 1 do artigo 73 da CLT, de cinquenta e dois minutos e trinta segundos para sessenta minutos.

A proposta da liberdade de negociação entre as partes, sem a participação dos sindicatos, não seria uma proposta adequada. Visto que cada trabalhador individualmente negociaria com o empregador sua força de trabalho, sem a intervenção estatal. Esta proposta sim, poderia ser nociva ao trabalhador, pois acarreta a abolição da legislação do trabalho e sua substituição pelos contratos em âmbito do Direito Civil.

8. TERCEIRIZAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Com o advento da globalização foi necessário que as empresas reduzissem seus custos adequando a nova realidade, daí surgiu uma nova maneira de contratação como alternativa de aumentar lucros com a redução dos custos.

A terceirização (funcional neologismo oriundo da palavra “terceiro”, compreendido como intermediário, interveniente), é fenômeno relativamente novo no Direito do Trabalho vigente. Terceirizar lembra figura jurídica alheia à relação contratual formada entre empregado e empregador. O terceiro é inserido no processo produtivo prestando serviços ou produzindo bens.

Como norma trata-se de serviços ou produção especializada, que tem como principal vantagem manter a empresa tomadora em sua atividade-fim delegando certas tarefas ou as produções de alguns bens a terceiros. É, portanto, processo de transferência, para incumbência da realização de atividades de apoio ou acessórias, liberando a empresa tomadora para maior aperfeiçoamento e concentração em sua atividade-fim.

Com a terceirização as empresas tem como pretensão contratar pessoas não mais do seu quadro de pessoal, mais, sim como empregados de terceiros, com os quais firmariam um contrato de prestação de serviço. Por esse instrumento, desejam acertar a intermediação de mão de obra que já pertence (ou não), a elas, com a empresa escolhida, que doravante, passará a “fornecer” esses empregados.

A Terceirização é considerado um fenômeno, que por sua finalidade tende a ser uma forma de flexibilização porque proporciona além da redução dos custos com pessoal (desde a sua contratação até o seu desligamento), a atenção e os esforços de pessoal ficará concentrado na sua atividade fim. Para uma corrente doutrinária a terceirização é a horizontalização da atividade econômica. As empresas transfere para outras uma parte das suas funções até então por elas diretamente exercidas, concentrando-se progressivamente em rol de atividades cada vez mais restrito, em outras palavras, entrega-se ao serviço de terceiros atividades não essenciais a empresa, reduzindo assim os custos.

Segundo Alice Monteiro de Barros, a o fenômeno da terceirização é aquele

[...] que consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou de suporte, mais propriamente denominadas de atividades-meio, dedicando-se a empresa à sua atividade principal, isto é, à sua atividade-fim. (BARROS apud MORAES, 2003, p. 67).

Sergio Pinto Martins explica que a terceirização é a “possibilidade de contratação de terceiros para realização de atividade-meio da empresa, isto é, aquelas atividades que não constituam seu objeto principal, sua atividade essencial.” Ele ainda dá exemplos das atividades-fim, como, na indústria automobilística, pela indústria que reúne as peças fornecidas vários fornecedores e faz a montagem de uma parte do veículo. (MARTINS apud MORAES, 2003, p. 67)

O vínculo existente por ocasião da terceirização é angular porque envolve empregado, empresa prestadora e tomador de serviço. Geralmente, a contratante obtém da contratada atividades secundárias tais como serviços de limpeza, alimentação, vigilância (geralmente aceitos) contabilidade e informática.

De acordo com Rodrigo Goldschmidt (2009, p. 124) é correto dizer que "o intuito maior da terceirização é ter quem trabalhe, a baixo custo, sem que haja o vínculo de emprego direto com o tomador de serviço".

O entendimento da terceirização encontra-se no artigo 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços

quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Quanto a responsabilidade ela é subsidiária, entre tomador de serviço e contratado, assim ambos respondem pelos contratos mediante os quais uma pessoa física preste serviço não eventuais, onerosos, pessoais e subordinados a outrem, serviços considerados essenciais à dinâmica empresarial do tomador de serviços. Observe-se que não se trata de se discutir se a empresa fornecedora de força de trabalho é licitamente constituída e patrimonialmente idônea já que o núcleo da temática examinada não diz respeito à responsabilidade trabalhista, mas vínculo empregatício. A jurisprudência tem insistido, para reconhecer o vínculo com o tomador dos serviços prestados à dinâmica da empresa tomadora e beneficiária do trabalho feito. A tese resulta em admitir uma “terceirização” claramente ilícita (quando os serviços prestados são nucleares e essenciais a dinâmica empresarial do tomador) e uma “terceirização” lícita (desde que ausentes outros elementos inequívocos de fraude trabalhista). Esta última hipótese (“terceirização” lícita) corresponderia a casos em que os serviços prestados não fossem da essência dinâmica empresarial do tomador, mas consistentes em típicas “atividades-meio”. De qualquer modo, semelhante critério construído ao longo de decisões judiciais concretas, dispõe de elementos objetivos ao intérprete para a aferição da presença de fraude na contratação “terceirizada”.

A terceirização é considerada por alguns doutrinadores como aproximação do "fenômeno" da flexibilização do Direito do Trabalho quanto a contratação, porém outros a consideram como modalidade de contrato precário, pois fragmenta direitos e piora infra-estrutura de trabalho para os empregados terceirizados.

9 LIMITAÇÕES QUANTO A APLICAÇÃO DA FLEXIBILIZAÇÃO

Para coibir o abuso dos empregadores na utilização das formas de flexibilização, é imprescindível limitar a sua utilização, para que não extrapolem os limites e prejudiquem ao empregado, seria aplicação inteligente do Princípio da Proteção.

Ainda dentro dos limites, convém esclarecer que as normas de ordem pública não podem ser alteradas pelas partes, e o mínimo sempre será garantido ao trabalhador. Segundo o professor Sergio Pinto Martins (2009 p.135) :

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

Para o autor os sistemas derogatórios devem sempre observar os direitos adquiridos para não ferir a própria Constituição Federal que em seu inciso XXXVI do artigo 5º, dispõe sobre o respeito do direito adquirido, sendo assim, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

9.1 Limitações quanto aplicação da Compensação e do Banco de Horas

Para coibir o abuso da prestação de horas extraordinárias, dissimuladas na modalidade de compensação e banco de horas, a Constituição limitou e transferiu a responsabilidade da flexibilizações da jornada de trabalho à negociação coletiva, conforme análise no inciso no art. 7º, XIII da Constituição Federal de 1988. Sendo assim, só cabe o sistema de flexibilização da jornada de trabalho mediante negociação coletiva.

Quanto a invalidade do Banco de Horas, há controvérsias doutrinárias a este respeito, e portanto, surge a necessidade de limitação da aplicação da

flexibilização. Para Maurício Godinho Delgado (2008, p. 870) o entendimento é de que:

A ultrapassagem de tais blocos temporais máximos (de 120 dias, até 7.8.98; de um ano em seguida à MP n. 1.790/98) ou a não correspondente redução da jornada dentro do respectivo bloco temporal (mesmo que em virtude da extinção do contrato); ou, até mesmo, a ausência de instrumento coletivo pactuador desse sistema compensatório desfavorável, qualquer dessas situações de desrespeito à regularidade da figura jurídica conduzirá à automática sobre-remuneração das horas diárias em excesso, como se fossem efetivas horas extras.

Faz-se necessário a limitação da flexibilização quanto a utilização do Banco de Horas, a não observação dos requisitos e funcionamento regulares, produziria a pena de pagamento da jornada em excesso em forma de horas extras. Portanto, sendo devidas as horas que extrapolarem as 8 horas diárias e as 44 semanais como forma de horas extras com seu acréscimo legal. Este é o posicionamento dos tribunais, como segue:

Declarada a nulidade do banco de horas, deve haver a condenação ao pagamento das horas excedentes da 8ª diária e da 44ª semanal (de forma não cumulativa) como extras, com os adicionais previstos nas normas coletivas (RO 08146-2009-036-12-00-4. Acórdão-5ªC. Juíza Relatora: Maria De Lourdes Leiria. Publicado no TRTSC/DOE em 25-07-2011).

(...) HORAS EXTRAORDINÁRIAS. BANCO DE HORAS. PRORROGAÇÃO HABITUAL DA JORNADA DE TRABALHO. SÚMULA Nº 85 DO TST. O regime de banco de horas previsto no artigo 59, § 2º, da CLT, é incompatível com a aplicação da Súmula nº 85 do c. TST. Do mesmo modo, a **invalidade do acordo de compensação**, em decorrência da prorrogação habitual da jornada de trabalho, não enseja o pagamento apenas do adicional de horas extraordinárias, quando constatado pelo julgado regional a inexistência de efetiva compensação. Precedentes. Recurso de revista não conhecido.

(RR – 2937900-76.2008.5.09.0009 , Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 29/02/2012, 6ª Turma, Data de Publicação: 09/03/2012) (meus grifos)

Aos empregadores, resta observar a norma coletiva pactuada, atentar para a não extrapolação dos limites previstos pela legislação vigente, e além disto,

abrir mão de provisão financeira, para que no caso de ter o banco de horas invalidado pela justiça trabalhista, tenha recursos suficientes para pagar como horas extras os trabalhadores. A Justiça do Trabalho é rigorosa na admissão do banco de horas, e geralmente insurge em gastos imprevistos para a empresa.

9.2 Limitações quanto à Contratação por Tempo Determinado

Quando houve a possibilidade da contratação por tempo determinado nos países europeus, as estatísticas apontaram que não houve a diminuição no desemprego. Este tipo de contratação aumentou ao longo dos anos e diminuiu o tipo de contratação por tempo indeterminado. E para reverter ou minimizar este tipo de contratação os Governos tiveram que abrir mão de incentivos fiscais e redução dos encargos trabalhistas para àqueles que contratar por tempo indeterminado. Por tudo isto, há necessidade destes contratos.

Para Martins ao concluir o discurso sobre os contratos de trabalho por tempo determinado dispõe sobre os riscos:

Não há dúvida de que o contrato de trabalho de tempo determinado previsto na Lei n. 9601 pode ajudar a diminuir o desemprego, porém é igualmente possível que muitos empregadores tentem burlar a legislação e contratar empregados sem respaldo na citada lei, somente para ter um custo menor de encargos sociais. Nesse caso, haveria fraude, sendo aplicável o art. 9º da CLT. (MARTINS, 2009, p. 75)

A limitação a este tipo de contratação estaria na observação das lei e na fiscalização por parte dos sindicatos, que verificaria se a aplicação da hipótese de flexibilização está de acordo com a legislação. E ainda, limitar para que os empregadores não transformem contratos dos empregados da empresa de indeterminados para determinados.

10 CONCLUSÃO

As legislações vigentes estão a contrapasso da realidade, principalmente econômica e tecnológica. O Brasil está em fase de flexibilização, existe a necessidade de outras normas que tratam do tema de modo a adaptar a legislação a realidade. Esta inovação do Direito do Trabalho poderá romper gradativamente a rigidez da legislação dos períodos em que a classe trabalhadora realmente necessitava de proteção. Nos dias, em um mercado globalizado, o excesso de tutela pode atrapalhar as relações de trabalho e a abertura de novos empreendimentos e investimentos no País.

As relações de trabalhos tende a tornar-se instáveis, isto devido aos altos custos de contratação e manutenção de um empregado em seu posto de trabalho. Esta instabilidade decorre do desemprego para os desempregados e da ameaça de desemprego para aqueles que estão no mercado de trabalho, ainda insurge a contratações por períodos determinados ou jornada de trabalho menor, ou até mesmo pela negociação individual dos salários reais. É possível verificar que a definição de salário tem a ver com quadro de desempenho individual e não pela força dos acordos coletivos de trabalho, a negociação individual de salários virou norma.

Conclui-se que sociedade é mutante, a realidade do trabalhador deste século, é outra, não dá para continuar tratando o trabalhador como "hipossuficiente" ao ponto de não ter condições de negociar sua carreira e seus direitos.

A flexibilização seria rompimento dos padrões das relações de trabalho em um mercado extremamente protetor e fora da realidade social a qual vivemos. A proteção do trabalhador poderia ser direcionada a proteção de bens jurídicos fundamentais, como os direitos da saúde, integridade física, respeito aos direitos humanos, estes bens por serem indisponíveis não seria flexibilizados, enquanto que haveria e maior benefício se os restantes dos direitos fossem negociados entre as partes, por convenções ou acordos coletivos de trabalho. Para tanto, os sindicatos dos diversos segmentos necessitam reestruturar-se, e fortalecer a sua atuação na defesa dos direitos dos trabalhadores, participação ativa nas negociações.

Um elemento importante a este processo é aquele que possam conferir as empresas atuar livremente, arbitrando o total de horas trabalhadas e pagas, estendendo a jornada de trabalho caso haja os períodos sazonais e reduzindo de acordo com a demanda, para isto é necessário que haja maleabilidade da aplicação da legislação trabalhista. Em suma, adaptação dos salários as flutuações das demandas.

O Direito do Trabalho Brasileiro tem que adaptar-se ao mercado globalizado, isto tudo devido a concorrência que não é só no mercado interno mais também no mercado externo, grandes grupos de econômicos alcançaram o domínio mundial em diversos setores industriais, os produtos fabricados na china, onde a mão de obra é semi-escrava, ganhou espaço no País. Os custos de produção brasileiro são altos em decorrência dos altos tributos e encargos sociais devidos pelas empresas, como reflexo é possível a falência e extinção de empresas, o que infelizmente, gera a demissão em larga escala de trabalhadores, e o aumento do trabalho informal. Portanto, urge a necessidade de não sacrificar o empregador, caso contrário quem saíra perdendo é o próprio trabalhador e a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2008.

BELTRAN, Ari Possidonio. **Flexibilização, Globalização, Terceirização e seus Impactos nas Relações do Trabalho**. Revista LTr, 1997.

BELLUZZO, L.G. Prefácio. In: OLIVEIRA, C.A.B.; MATTOSO, J. (Org.). **Crise e Trabalho no Brasil: modernidade ou volta ao passado?** São Paulo: Scritta, 1996.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CARDONE, Marly A, **introdução ao tema da flexibilização no Direito do trabalho**. LTr, 1990.

CASSAR, Volia Bomfim. **A prática do “banco de horas”**. In R. Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário, Porto Alegre, 2007.

CESARINO JÚNIOR, A.F. **Direito social brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1970.

COSTA, O.T. da. **O direito do trabalho na sociedade moderna**. São Paulo: LTr, 1998.

COUTINHO, A.R. A autonomia privada: em busca dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SARLET, I.W. (org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 165-183.

CREPALDI, J.D. **O princípio de proteção e a flexibilização das normas do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

GOLDSCHMIDT, R. **Flexibilização dos direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2009.

GOMES, O.; GOTTSCHALK, E. **Curso de direito do trabalho**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

HARDMAN, F.; LEONARDI, V. **A história da indústria e do trabalho no Brasil: das origens ao anos vinte**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1982.

LA CUEVA, M. de. **El nuevo derecho mexicano del trabajo**. México: Porrúa, 1977.

MAGANO, O.B. **Manual de direito do trabalho**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

MALHADAS, J.A. **A flexibilização das condições de trabalho em face da nova Constituição**. Curso de Direito Constitucional do Trabalho. Estudos em homenagem ao professor Amauri Mascaro Nascimento, São Paulo, LTr, 1991.

MARTINS, Sergio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o direito do trabalho**. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MATTOS, F.A.M. de. **Flexibilização do trabalho: sintomas da crise**. São Paulo: Annablume. Fapesp, 2009.

MORAES FILHO, E. **Introdução ao direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 26.ed. rev São Paulo: LTr, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 33.ed. rev São Paulo: LTr, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2003.

NASSAR, R. de N.S. **Flexibilização o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1991.

QUADROS, Wagner Ramos de. **Flexibilização Normativa e Princípio da Proteção**. Revista Nacional de Direito do Trabalho, n. 23, ano 03, março, 2001.

REALE, Miguel. in Revista LTr - vol.58, n.5, maio, 1994.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **Idéias para reforma da legislação do trabalho**. Revista do Advogado, n. 82, ano 25, junho, 2005.

SAEGUSA, Cláudia Zanetti. **Flexibilização e os Princípios de Direito Individual e Coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

SUSSËKIND, A.; Maranhão, D.; SEGADAS, V.; Teixeira, L. **Instituições de direito do trabalho**, 19ª ed., São Paulo: LTr, 2000.

TEIXEIRA, S.T. A moderna relação de emprego. In: FRANCO FILHO, G, de S.F. **Presente e futuro das relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

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

VIANA, M.T. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado: o direito do trabalho no limiar do Século XXI. **Revista LTr**, São Paulo, vol. 63, n. 7, jul./1999.