

## FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO<sup>1</sup>

*Michel Olivier Giraudeau*

Desde que se estabeleceu a relação de trabalho pessoal e remunerado, constantes modificações ocorreram ao longo da história, como uma decorrência natural da evolução do homem, para adequar-se às necessidades impostas pela própria realidade.

Mas a história também demonstrou, por outro lado, que a transformação das relações produtivas, sem intervenção do Estado, já deu espaço às situações mais extremas, de exploração do trabalhador, pelo proprietário dos meios de produção e de comercialização.

O discurso trazido com o Estado Liberal, sobre o tratamento isonômico das partes, com liberdade para contratar, não considerava uma evidente desigualdade, em prejuízo do trabalhador. Assim, na lógica cruel do capitalismo, configurou-se a desumana exploração da classe operária, em precárias instalações, submetida a jornadas de trabalho extenuantes, em troca dos mais baixos salários.

A união da classe operária e os conflitos travados, desde então, trouxeram à tona o conceito de que o Estado não poderia deixar o trabalhador à própria sorte, na relação de trabalho. A concepção do Direito do Trabalho fez-se, por esse motivo, já sob natureza protecionista, com o intuito legítimo

---

<sup>1</sup> **Artigo publicado no livro *Direito Empresarial do Trabalho*. Editora Plenum. São Paulo. 2010.**  
Coordenação Marcos César Amador Alves

de preservar a dignidade do trabalhador, ciente de que não poderia deixá-lo desamparado, numa negociação livre sobre as condições de seu contrato de trabalho. Aí o Direito do Trabalho se diferencia, em sua essência, do Direito Civil, este último regido pelo princípio de igualdade das partes, nas relações contratuais. Nas palavras do jurista uruguaio Américo Plá Rodriguez, “o Direito do Trabalho responde ao propósito de nivelar desigualdades”.

Estabelecida, por princípio, essa proteção do trabalhador, também o Direito do Trabalho brasileiro construiu-se sob esse critério. As disposições da Consolidação das Leis do Trabalho vieram em um contexto histórico de ampla atuação do Estado nas relações sociais, e configuram um patamar de proteção dos direitos mínimos daquele que oferece sua força de trabalho ao empregador, compensando a natural desvantagem desse trabalhador na negociação e manutenção das condições que devem reger a relação contratual.

Entretanto, a realidade contemporânea tem suscitado um debate em torno do que se convencionou chamar de *flexibilização* do Direito do Trabalho, ora justificado pela necessidade de modernização da norma trabalhista, ora revestido de um falso discurso neoliberal. Trata-se, especialmente, da idéia de que essas disposições protetivas devem ser, em alguma medida, abrandadas, dando espaço a uma maior liberdade de negociação das condições contratuais, especialmente quando verificada a maior autonomia do trabalhador, já não mais restrito à simples condição de operário.

As mudanças que se seguiram, desde os anos 70, com o desenvolvimento tecnológico e a reestruturação produtiva - pondo fim ao

chamado modelo *fordista* de produção - aliadas às incertezas da economia mundial, desde a crise do petróleo, de 73, com o crescimento do desemprego estrutural, trouxeram o conceito de que a intervenção do Estado, embora necessária, já não poderia ser a mesma.

O surgimento de blocos econômicos supranacionais ultrapassou obstáculos entre países diferentes, com a livre circulação da economia, e passou a impor o afastamento do Estado das atividades do capital privado. A transnacionalização dos mercados trouxe o conceito de globalização, em meio a acontecimentos sociais, políticos e econômicos que já não permitiam a intervenção estatal, nos moldes do chamado Estado do Bem-Estar Social, até então vigente.

Essas mudanças se chocaram com o modelo clássico da relação trabalhista, que estava fundado em valores como a perpetuação do contrato, pela estabilidade; ou a jornada de trabalho de tempo integral, em favor de um único empregador.

A constatação de que, por princípio de livre iniciativa, modificações na produção de bens e serviços não podem ser evitadas, acirrou o debate sobre o papel do Direito do Trabalho ao regular esse processo, para o cumprimento de seu papel na preservação dos direitos fundamentais do trabalhador, sem negar a realidade.

Octávio Bueno Magano já apontava que o Direito do Trabalho, na formulação tradicional, é genérico e rígido<sup>2</sup>. Genérico porque supostamente se aplica a pessoas da mesma condição social, a saber, os operários (inicialmente denominava-se Direito Operário). A rigidez, segundo o autor, estaria ligada à ideia de que o trabalhador é sempre hipossuficiente e carece de proteção do Estado. Com esse critério, impõem-se normas rígidas e imperativas, insuscetíveis de serem postergadas, mesmo quando os interessados assim o desejem (art. 9º da CLT).

A ideia de flexibilização contrapõe-se, portanto, à apontada rigidez das normas trabalhistas. Mas apesar desse significado, o termo não reflete, por si, um conceito unívoco, o que ocorre, aliás, com diversos conceitos polêmicos, como aponta Cássio Mesquita Barros<sup>3</sup>. Qualquer que seja a intensidade dessa flexibilização, entretanto, o autor observa que a ideia é francamente defendida pelos meios empresariais, mas encontra resistência em boa parte da doutrina, assim como na quase totalidade do movimento sindical.

O debate, ao que nos parece, tem início na própria imprecisão do termo, e suscita as manifestações mais diversas, conforme seja a interferência que se atribui à aclamada flexibilização sobre as normas trabalhistas de proteção: desde o mero ajuste dessas normas às reais necessidades de adequação, diante das contingências das relações de trabalho, até o verdadeiro abandono das disposições mínimas de proteção do trabalhador, na relação contratual.

---

<sup>2</sup> **A flexibilização e o direito do trabalho.** Revista do Advogado. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), n. 54, dez. 1998, p. 8.

<sup>3</sup> Palestra ministrada no Comitê Jurídico da Câmara Ítalo-Brasileira de Comércio e Indústria (outubro de 2008)

É inegável que a prestação dos serviços pelos moldes da CLT, em alguns aspectos, já não se encontra perfeitamente adequada à realidade do mercado de trabalho brasileiro. Algumas das disposições legais estão fundadas em princípios intervencionistas que atendiam ao modelo da Europa na pós-revolução industrial. A modificação da legislação que rege as relações de trabalho, na medida em que se realiza, deve atender à imposição da realidade, moldando-se às exigências das circunstâncias de fato.

Nessa perspectiva, é certo que algumas características da rigidez do Direito do Trabalho não mais se compatibilizam com fatores da realidade atual. As mudanças paulatinas nos contratos foram se impondo com a crescente tecnologia, que se traduz, frequentemente, em automação, ou na produção sem interferência do fator humano, senão com a mínima interferência. O mundo de trabalho, marcado pela heterogeneidade choca-se, por vezes, com a legislação trabalhista clássica, em que prevalece o seu caráter rígido e protecionista.

Nesse cenário, a flexibilização das normas trabalhistas, quando defendida, invoca em seu favor a busca de elasticidade, individualização de condições de trabalho, descentralização, preferência pelo concreto em detrimento do abstrato; substituição do garantismo por multiplicação de ofertas de emprego.

É certo que a evolução no campo do Direito do Trabalho aponta, de qualquer forma, para modificações gradativas das normas, que há muito são classificadas como efeitos, bons ou ruins, da flexibilização: multiplicação de contratos atípicos; maior incidência de contratos de tempo parcial; debilitação

do princípio da estabilidade; maior utilização dos contratos por prazo determinado, ressurgimento do trabalho a domicílio; expansão da multiplicidade de empregos; ambivalência da convenção coletiva com admissibilidade dos efeitos *in mellius* e *in pejus*; utilização do contrato de aprendizagem como medida de fomento de emprego; revisão da seguridade social, com vistas à contenção das despesas respectivas<sup>4</sup>.

A Constituição Federal de 88 trouxe transformações sobre o modelo, até então vigente, da relação de emprego: a possibilidade da redução salarial por negociação coletiva (art. 7º, inciso VI); o fim da estabilidade (art. 7º, I e II); a compensação de horários (art.7º, XIII); a possibilidade de ampliação da jornada, para o trabalho em turno ininterrupto de revezamento, mediante negociação coletiva (art.7º, XIV).

Também podemos citar alterações na legislação trabalhista, a exemplo da disposição do artigo 58-A, da CLT - com a instituição do trabalho em regime de tempo parcial, não superior a 25 horas semanais, e mediante negociação coletiva – e a modificação do artigo 59, § 2º, instituindo o chamado “banco de horas”, e possibilitando a compensação de horas, não apenas em uma semana, mas em um ano.

Como formas alternativas de contratação, e desde que atendidos os requisitos previstos, pode-se também mencionar o trabalho temporário (Lei 6.019/74) e o contrato por prazo determinado, da Lei 9.601/98, instituído como alternativa de atenuação do desemprego, mediante negociação coletiva.

---

<sup>4</sup> Octávio Bueno Magano, *op. cit.*

Mesmo diante da necessidade de adaptação das relações de trabalho às circunstâncias reais do mercado deve-se, contudo, observar a verdadeira finalidade da legislação que o normatiza. Nelson Mannrich destaca que “a CLT já não serve para os fins a que se destina, merecendo reformas urgentes, para ser instrumento de garantia dos direitos fundamentais, na concepção do estado promocional, onde cabe ao Direito do Trabalho o papel de coordenar a promoção dos valores econômicos e sociais”<sup>5</sup>.

O autor classifica a flexibilização como um fenômeno também conhecido por desregulamentação, na medida em que se caracteriza mais uma postura negativa de reação a alguma prática ou comportamento rígido do que um conceito ou ação positiva. Vincula-se, como se disse, a questões como desemprego, novos processos e administração de produção, declínio do poder sindical e incremento do poder patronal, o que indica o ajustamento do Direito do Trabalho às atuais realidades da sociedade pós-industrial.

O termo “desregulamentação” recebe, entretanto, algumas críticas, a exemplo de Ari Possidonio Beltran<sup>6</sup>, que não o identifica com a “flexibilização”, ao argumento de que esta última deve pressupor a intervenção estatal, mesmo que básica, para a fixação de normas gerais, que assegurem a dignidade do trabalhador.

Sob esse aspecto, consideramos oportuna a observação de Orlando Teixeira da Costa<sup>7</sup>, que ressalta a necessidade de adequação da norma,

---

<sup>5</sup> **Limites de flexibilização das normas trabalhistas.** Revista do advogado. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), n. 54, dez. 1998, p. 32.

<sup>6</sup> **Dilemas do trabalho e do emprego na atualidade.** São Paulo: LTr. 2001. p. 152.

<sup>7</sup> **Direito coletivo do trabalho e crise econômica.** LTr. 1991, pp. 87 e 88, *apud* FERRAZ, Fernando Bastos. **Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho.** São Paulo: LTr. Junho 2006. p. 17.

conforme a dimensão do empregador e o grau de autonomia que se pode atribuir ao empregado:

*“A regulação das relações laborais de modo flexível, teria que começar, a nosso ver, por um tratamento jurídico diferenciado entre pequenas, médias e grandes empresas, não apenas do ponto de vista fiscal, como já ocorre, mas no que diz respeito aos direitos trabalhistas a serem reconhecidos àqueles que elas empregam. Da mesma maneira, seria desejável que se estabelecessem níveis de tratamento entre os empregados, a exemplo do que existe em alguns países europeus, como a Itália, onde o Código Civil distingue três categorias de prestadores de serviços: o operário (operário), impiegato (empregado) e dirigente (dirigente, diretor). Cada uma dessas categorias recebe tratamento legal diferenciado em relação a alguns direitos trabalhistas, sendo que a Lei de 13 de maio de 1985, n.190, no art. 2º, inciso I, ainda criou mais um grupo de trabalhadores subordinados, os quadri, que traduziremos como sendo os empregados de escritório, os white-collar dos americanos, mas que possuem conceituação legal precisa na Itália, no dispositivo acima mencionado.”*

O critério ilustra, em nosso entendimento, uma adaptação da legislação do trabalho, assegurando o caráter protecionista, mas de modo proporcional ao grau de hipossuficiência do empregado contemplado.

A esse conceito se acrescenta a definição de Robortella<sup>8</sup> sobre a flexibilização: “o instrumento de política social caracterizado pela adaptação constante das normas jurídicas à realidade econômica, social e institucional, mediante intensa participação de trabalhadores e empresários, para eficaz regulação do mercado de trabalho, tendo como objetivos o desenvolvimento econômico e o progresso social”.

---

<sup>8</sup> ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho**. Tese de doutorado. Orient. Octavio Bueno Magano. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1994, p. 97.



Essa adequação do Direito do Trabalho às imposições da realidade deve manter, por princípio, a avaliação consciente da necessidade de adaptação, mas não deve, em hipótese alguma, perder de vista o conteúdo teleológico da norma.

Assim, na definição de Rosita Nazaré Sidrim Nasser, flexibilização é “parte integrante do processo maior de flexibilização do mercado de trabalho, consistente no conjunto de medidas destinadas a dotar o Direito Laboral de novos mecanismos capazes de compatibilizá-lo com as mutações decorrentes de fatores de ordem econômica, tecnológica ou de natureza diversa, exigentes de pronto ajustamento”<sup>9</sup>.

Para Cássio Mesquita Barros “flexibilidade do direito do trabalho consiste nas medidas ou procedimentos de natureza jurídica que têm a finalidade social e econômica de conferir às empresas a possibilidade de ajustar a sua produção, emprego e condições de trabalho às contingências rápidas ou contíguas do sistema econômico”<sup>10</sup>.

José Eduardo Alcântara conceitua: “flexibilizar é vergar a rigidez da disciplina legal de um determinado instituto, autorizando soluções (exceções) alternativas que possibilitem o elastecimento de condições de trabalho supostamente mais bem adaptadas aos interesses de empregados e empregadores”<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> **Flexibilização do direito do trabalho.** LTr,1992, São Paulo, p. 20, *apud* FERRAZ, Fernando Bastos. **Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho.** São Paulo: LTr. Junho 2006. p. 17.

<sup>10</sup> **Flexibilização no direito do trabalho.** *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, n. 21, out/dez 1997, p. 268-282

<sup>11</sup> **Flexibilização da jornada de trabalho: uma abordagem crítica.** *Direito do Trabalho Contemporâneo.* In: NETO, José Affonso Dalledrave (Coord.). São Paulo: LTr, 2003.

Ainda que admitida a flexibilização, portanto, é imperioso que se observem os limites dessa adaptação das normas. Assim, esses limites têm em vista a análise das alterações possíveis e necessárias, na relação de emprego, tomando-se em conta que um dos particularismos do Direito do Trabalho consiste em corrigir as desigualdades econômicas por meio das desigualdades jurídicas.

A flexibilização atua, nesse contexto, no conflito entre o princípio protecionista e a realidade social e econômica presente. É impossível que se abandone o princípio de proteção.

Seriam legítimos, nessa concepção, os limites que se dirigem ao favorecimento dos interesses do trabalhador, admissíveis os que decorrem do ajuste entre a norma, a técnica jurídica e a realidade técnico-social, mas intoleráveis aqueles introduzidos contra os direitos do trabalhador.

Levando-se em conta o regime jurídico, Nelson Mannrich<sup>12</sup> assim classifica: flexibilização proibida, a que contraria a ordem jurídica social, atentando contra direitos fundamentais do trabalhador, estes entendidos como norma de ordem pública; flexibilização tolerada, aquela introduzida mediante negociação coletiva, contraria a lei ultrapassada e sem eficácia, sem ofender os direitos fundamentais do trabalhador; e, por fim, a flexibilização autorizada, aquela cuja possibilidade está expressamente tolerada pela lei, a exemplo da redução salarial, mediante negociação coletiva, prevista pela Constituição Federal.

---

<sup>12</sup> *op. cit.*, p. 33.

Decorre das diversas classificações da flexibilização a fixação de seus limites, em relação aos direitos garantidos ao empregado. Por consequência, não se admitem, como objetos de flexibilização, bens jurídicos fundamentais indisponíveis, como os relacionados à vida, à saúde e outros relativos à personalidade e à dignidade do trabalhador, e a direitos econômicos básicos.

Os esforços modernos de simplificação da prestação de serviços encontram os limites naturais e legítimos, que se apresentaram historicamente, na evolução das diversas formas de trabalho. Lembramos que, desde a transição ao capitalismo industrial, fruto da quebra do sistema tradicional das corporações de artes e ofício, tentou-se aplicar ao contrato de trabalho, de forma simples e direta, as regras do Direito Civil, o que contribuiu para gerar um clima jurídico hostil na formação do Direito do Trabalho. Com a evolução do novo ramo jurídico, criou-se, nesse contexto, um mito em torno desse protecionismo do Direito do Trabalho.

É natural que institutos como da responsabilidade, renúncia e transação, que acabaram se amoldando no Direito Civil, tenham sua aplicação, no âmbito trabalhista, mas sempre com a necessária adaptação.

Também a autonomia privada coletiva não poderia justificar a negociação sobre direitos indisponíveis. Flavia Piovesan<sup>13</sup> lembra que a relação trabalhista é naturalmente desigual e assimétrica; os parâmetros de proteção devem compensar essa desigualdade. A autora lembra que, no ano de 2003 a 2004, foram libertados do regime de escravidão contemporânea

---

<sup>13</sup> **Direitos trabalhistas: legislado x negociado.** Artigo publicado no Jornal *Pucviva*, n. 533

mais de 7.000 trabalhadores brasileiros. Também anota que o Brasil, figurando como quinta população economicamente ativa, no ano de 1999, apresentou a terceira maior quantidade de desempregados. Diante desse cenário, não muito diverso na atualidade, é certo que, ao prevalecer o negociado sobre o legislado, “um exército de excluídos se renderia à precariedade”, como afirma a autora.

No mesmo sentido, Cássio Mesquita Barros<sup>14</sup> faz a pertinente observação de que as soluções sociais dos países avançados são, por vezes, seguidas pelos países do terceiro mundo, mesmo quando os problemas a que remetem não são os mesmos. Não se pode deixar de ressaltar algumas características das relações de trabalho brasileiras, diversas dos países europeus, como o baixo custo da dispensa sem justa causa; a jornada superior a 40 horas semanais; a deficiente estrutura sindical. Assim, é certo que a flexibilização nos países desenvolvidos é suscetível de efeitos menos graves do que na América Latina. O autor aponta, com essas considerações, que a legislação aplicável a uma minoria, na América Latina – em que o trabalho informal já representa uma proporção alarmante (em torno de 55%, no Brasil), poderia ensejar um aumento da mão-de-obra já desprotegida.

Pode-se, dizer, em conclusão, que a adequação da legislação trabalhista é medida necessária, em diversos aspectos, para que não se insista na manutenção de um modelo clássico de relações do trabalho, precisamente nas situações em que ele não tem mais a utilidade que representou no passado.

---

<sup>14</sup> **Flexibilização do direito do trabalho.** Palestra ministrada em outubro de 2008, na Câmara Ítalo-Brasileira de Comércio e Indústria.

Essas medidas não se desvinculam, contudo, na natureza imperativa das normas que asseguram, justamente, o princípio imperativo.

A multiplicidade das formas de trabalho torna desajustada a existência de um modelo único de emprego. Questiona-se a concepção segundo a qual só se admite subordinação ou autonomia, estabilidade ou precariedade, e se atribui a presunção de simulação fraudulenta às atividades não subordinadas ou não estáveis.

O Direito do Trabalho tem a tarefa e a grande responsabilidade de conciliar este processo dinâmico e inevitável, para regular as relações que, de fato, se estabelecem, e configuram o que se chama “contrato realidade”. O abandono do primado da proteção, entretanto, redundaria em desnaturar o princípio teleológico da norma, que assegura a dignidade do trabalhador, como valor supremo.