

A FLEXIBILIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

ARNALDO SÛSSEKIND

A flexibilização das normas que compõem o Direito do Trabalho e, por vezes, a revogação de algumas delas (desregulamentação) é filha da globalização da economia, embora os primeiros ensaios tenham sido praticados na Europa Ocidental em decorrência dos choques petrolíferos dos anos 1970.

A revolução tecnológica dos nossos dias, associada ao fim da guerra fria decorrente da implosão do império soviético, possibilitou a globalização da economia e, a alguns países plenamente desenvolvidos, a intensa campanha em prol da liberalização do comércio mundial. Essa liberalização, como tem sido comprovado, vem favorecendo os países economicamente mais desenvolvidos, muitos dos quais opõem barreiras à importação de produtos capazes de concorrer vantajosamente com os similares nacionais. Por sua vez, os fantásticos êxitos da informática e da telecomunicação geraram os computadores de circuitos integrados, a telemática e a robótica, acarretando profundas inovações no campo da estruturação empresarial e no das relações de trabalho.

O incremento da concorrência comercial decorrente dessa globalização vem exigindo maior produtividade empresarial, melhor qualidade dos produtos e serviços, além da redução dos custos. Dentre outras, duas conseqüências no campo empresarial merecem registro especial:

1) a horizontalização da produção de bens ou serviços, mediante contratação de empresas especializadas em determinados segmentos do respectivo empreendimento;

2) a redução de direitos e condições contratuais de trabalho, seja pela revogação de algumas leis, seja pela autorização legal para flexibilizar a sua aplicação. Isto nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, porque, nos que seguem o modelo anglicano, a autonomia contratual, coletiva ou individual é ampla para preencher o vazio legislativo.

A globalização da economia acirrou a polêmica entre os defensores do Estado Social e os adeptos do Estado liberal, os quais, obviamente, adotaram caminhos distintos a respeito da posição dos poderes públicos frente às relações de trabalho. Os neoliberais pregam a omissão do Estado, desregulamentando, tanto quanto possível, o Direito do Trabalho, a fim de que as condições do emprego sejam ditadas, basicamente, pelas leis do mercado. Já os defensores do Estado social, esteados na doutrina social de Igreja ou na filosofia trabalhista, advogam a intervenção estatal nas relações de trabalho, na medida necessária à efetivação dos princípios formadores da justiça social e à preservação da dignidade humana; e, porque a social-democracia contemporânea pressupõe a pluralidade das fontes do Direito, consideram que o patamar de direitos indisponíveis, adequado a cada país, deve e pode ser ampliado pelos instrumentos da negociação coletiva entre sindicatos de trabalhadores e empresários, ou as associações destes. No campo da Previdência Social, os liberais sustentam hoje a incidência dos seguros sociais sobre salários não excedentes de um pequeno valor, a fim de propiciarem a expansão das empresas de previdência privada, sendo que alguns pretendem, simplesmente, a implantação do sistema previdenciário estatal.

Oscar Ermida Uriarte assinala que a flexibilização pode ser, ou não, condicionada a alguma vantagem para o trabalhador; concernir a condições internas de trabalho (jornada, horário, salário etc.) ou a modalidades de contratação ou de terminação da relação de emprego; corresponder à organização produtiva da empresa. Esta modalidade, que o professor uruguaio denomina de flexibilidade real, independe da flexibilização jurídica, a qual deve ter um apoio normativo (*Experiencias de flexibilidad normativa*; Santiago do Chile, Universidad Nacional Andrés Bello, 1992, págs. 36/38).

Jean-Claude Javillier, atual Diretor do Departamento de Normas Internacionais da OIT, entende que a flexibilização no Direito do Trabalho pode ser de três espécies: a) flexibilização de proteção, que nada mais é do que a aplicação do princípio da norma mais favorável em benefício do trabalhador; b) flexibilização de adaptação, que objetiva, na aplicação da norma, adaptá-la a determinadas situações; c) flexibilização de desregulamentação, que corresponde à suspensão ou supressão de disposições reguladoras da relação de trabalho (*Manuel de droit du travail*, Paris, LGDJ, 4ª ed., 1992, págs. 99 a 105).

Num pequeno resumo dos registros constantes do mencionado trabalho de Uriarte e do excelente livro da magistrada brasileira Rosita de Nazaré Sidrim Nassar (*Flexibilização do direito do trabalho*, São Paulo, LTr., 1991), verifica-se que na Europa predomina a flexibilização atinente à contratação do

trabalhador, com opções referentes a contratos a tempo parcial, de interinidade, intermitente, partilhado ou temporário, além das hipóteses de contrato por prazo determinado. Outrossim, expande-se o teletrabalho. Quanto às despedidas, a garantia de emprego tem sido excepcionada para as coletivas decorrentes de causas econômicas. A modulação das jornadas de trabalho com a estipulação de médias semanais, mensais e até anuais (banco de horas) e o horário flexível são admitidos em diversos países, tendo sido ampliado o poder patronal para a fixação de horários e a mobilidade do trabalhador. Demais disto, há casos de redução de obrigações sociais-trabalhistas para empresas de pequeno porte, além de maior flexibilidade, para salvar empreendimentos afetados pelas crises econômicas.

Na Espanha, a negociação coletiva articulada e os parâmetros para os reajustamentos salariais são determinados pelo “Acuerdo marco confederal”, periodicamente renovado. Na Itália, o Estado participa dos pactos firmados entre organizações de empresários e de trabalhadores.

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

Como se sabe, o êxito da negociação coletiva depende de sindicatos de expressiva representatividade. E a sociologia ensina que o sindicato forte depende do espírito sindical dos trabalhadores representados, que se irradia espontaneamente da concentração operária, a qual, por sua vez, existe onde há desenvolvimento econômico. Ora, na América Latina, as poucas regiões plenamente desenvolvidas convivem com algumas em vias de desenvolvimento e outras subdesenvolvidas. Por outro lado, numa conjuntura de absoluto desequilíbrio entre a oferta e a procura de emprego, a autonomia contratual motiva a imposição da vontade do empresário. Como sublinhou o grande jurista Georges Ripert, entre o forte e o fraco, a liberdade contratual escraviza.

Na candente observação do magistrado catarinense Roberto Basilone Leite, um dos traços perversos da globalização da economia consiste “na erosão da eficácia do Estado na gestão macroeconômica, o que implica a própria deterioração do conceito de Estado nacional, em razão da transnacionalização da economia” (“Revista AMATRA — II”, São Paulo, janeiro de 2003, pág. 31).

O principal fundamento dos defensores da flexibilização e da derrogação de normas de proteção ao trabalho é a preservação do emprego e a diminuição do desemprego; e, relativamente aos países em vias de desenvolvimento, sustenta-se que a redução do custo da mão-de-obra é essencial para a participação dos produtos e serviços nacionais no comércio mundial. Mas a verdade é que esses objetivos não têm sido alcançados.

Hoje, a crise advinda da globalização da economia sob a égide das leis do mercado adquiriu características estruturais, tendo acarretado — segundo recente anúncio da OIT — 180 milhões de desempregados e 800 milhões de subempregados, isto é, 1/3 da População Econômica Ativa Mundial.

Na América Latina o desemprego correspondia, em 2002, a 9,4% da PEA, sendo que esse índice fora superado pela Argentina, com 17,4%; Panamá, com 16,6%; Colômbia, com 16,2%; Uruguai com 15,3%; Venezuela, com 13,5%; Equador, com 10,4% (Relatório da OIT, *O Globo* de 24.1.03, Rio de Janeiro, pág. 23). No Brasil, o desemprego cresceu de 964 mil em 1980 para 11.454 milhões no ano de 2000, ficando atrás somente da Índia, que, no mesmo período, aumentou de 15.317 milhões para 41.344 milhões (*O Globo* de 29.5.02, pág. 27).

Esse desemprego estrutural vem reduzindo sensivelmente o índice de sindicalização, gerando evidente desequilíbrio entre os atores da negociação coletiva de trabalho, com predominância dos representantes empresariais. Pesquisa da OIT registra que, entre 1985 e 1995, a redução do número de sindicalizados correspondeu, em média, a 25%. Alguns exemplos: Alemanha — 17,6%; Argentina — 42,6%; Estados Unidos — 21,1%; França — 37,2%; Itália — 7,4%; Japão — 16,7%; México 28,2%; Portugal — 50,2%; Suíça — 21,7%. Somente na África do Sul, Espanha e países escandinavos ocorreu aumento de trabalhadores sindicalizados (*Prensa OIT* n.28, de 1997, Genebra, pág. 6).

Em consequência, pioraram as condições de trabalho, inclusive no que tange a salários. E os trabalhadores dos países em vias de desenvolvimento são os mais prejudicados, porque, para concorrerem no mercado mundial, as empresas têm reduzido, continuamente, os salários dos que nelas trabalham. Na América Latina, por exemplo, os salários reais pagos na indústria em 1995 eram 5% inferiores aos de 1980 (*O Globo*, de 8.3.98).

Como bem ponderou Santiago Rubinstein, “quando o trabalhador não pode cobrir suas necessidades vitais, não somente se tipifica a pobreza, sendo que se abrem as comportas da exclusão social. Evidentemente existe no mundo uma verdadeira exclusão social, com grandes bolsões de pobreza, ou seja a marginalização social cresceu de forma alarmante, vulnerando o desenvolvi-

mento da economia por ausência de uma verdadeira rede de proteção social. Recente estatística da CEPAL afirma que na América Latina as famílias abaixo da linha de pobreza, que representavam cerca de 40% do total em 1990, chegam atualmente a 50%” (“La globalización del desempleo y la exclusión social”, *Revista de Sociedad Argentina de Derecho Laboral* n.2, Buenos Aires, 1999, págs. 10 e 11).

Em recente relatório, o BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento) informou que, na década de 90, a média da renda *per capita* foi de

- US\$ 13.800 nos países desenvolvidos/
- US\$ 4.300 no Oriente Médio;
- US\$ 3.900 na Europa Oriental;
- US\$ 3.700 na América Latina;
- US\$ 3.500 na Ásia, excluídos os do Sudeste;
- US\$ 1.500 na África.

Assinalou o relatório de junho de 1997 do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) que a participação dos países pobres no comércio mundial encolheu da ridícula taxa de 0,6% em 1976 para 0,3% em 1996.

Essa situação explica por que o Presidente do Banco Mundial (BIRD), James Wolfenson, no relatório divulgado em junho de 2000, asseverou ter chegado a hora de se buscar o desenvolvimento sob uma visão mais humanista, com base em um sistema legal mais honesto e um sistema financeiro que funcione de verdade. Registra que a liberalização dos mercados e as privatizações massivas têm atingido negativamente os pobres. Por isso, o banco propõe uma mudança de estratégia. E conclui que “as questões de pobreza e injustiça social não são apenas motivos para fazer os economistas discutirem qual seria a melhor teoria de desenvolvimento. Essas questões são a chave para sabermos se vamos ter um planeta pacífico ou não”... (*O Globo*, de 27.6.2000).

A OIT, obviamente, tem demonstrado intensa preocupação com a face desumana da globalização da economia, geradora, em alguns países, de exagerada flexibilização de direitos trabalhistas e condições de emprego. No relatório apresentado à Conferência de 1994, o então Diretor Geral, Michel Hansenne, advertiu:

“A desigualdade entre as nações e no seio das mesmas se acentuou devido à diferente capacidade dos países e das categorias de trabalhadores de adaptar-se à evolução das grandes tendências econômicas. Existe o perigo de que numerosos países, que se encontram atualmente entre os menos desenvol-

vidos, fiquem completamente marginalizados do sistema econômico mundial que se está configurando.” (1994)

Três anos depois, no seu relatório, advertia:

“Se não lograrmos por um freio ao custo social das transformações econômicas resultantes da mundialização e da evolução tecnológica, correremos o risco de deslizar para um terreno de grande instabilidade política e social.”

O atual Diretor Geral, Juan Somavia, ao representar a OIT na Assembléia Geral das Nações Unidas do ano de 2000, verberou:

“As políticas econômicas neoliberais que sobressaem na atual economia globalizada fracassaram na busca do que os povos necessitam: um sentimento básico de segurança. Para conseguirem um trabalho decente devem trocar as políticas que hoje guiam e configuram a economia mundializada. O Estado deve cumprir sua função de garantir um equilíbrio entre a força do mercado e as necessidades da sociedade.” (*Prensa OIT* de 26.6.2000), Genebra, págs. 1 e 2)

A flexibilização selvagem, que compreende a desregulamentação ou a derrogação de normas de proteção ao trabalhador, tem ampliado o contingente dos seus propugnadores, numa orquestração mundial de inegável reflexo na mídia. Essa campanha afronta, sem dúvida, a nova Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas de 1948, após o término da Segunda Grande Guerra (1939-45), que consagrou os princípios fundamentais do Direito do Trabalho e da Seguridade Social (arts. XXII a XXV), tendo sido eles regulamentados pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966).

No preâmbulo da *Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana*, como bem asseverou o saudoso jurista e político André Franco Montoro, “há uma lei maior de natureza ética, cuja observância independe do direito positivo de cada Estado. O fundamento dessa lei é o respeito à dignidade da pessoa humana. Ela é a fonte das fontes do direito” (*Ética na virada do século*, SP, LTr, 1997, pág. 15). Aplausos, portanto, à Constituição brasileira de 1988, quando ressalta no seu art. 1º que “a dignidade da pessoa humana” é um dos fundamentos do “Estado democrático de Direito” — princípio que, nos termos do art. 60º, § 4º, constitui cláusula pétrea entre os direitos e garantias do cidadão. O respeito à *dignidade do ser humano* se insere na categoria dos direitos que PONTES DE MIRANDA denomina de supraestatais e que a Igreja Católica inclui no elenco dos *direitos naturais*, cuja observância não deve depender da vigência de tratados internacionais ou leis nacionais.

Em face do exposto, afigura-se-nos que, nos países de cultura jurídica romano-germânica, a intervenção do Estado nas relações de trabalho pode ser reduzida, mas não extinta, a fim de que:

1) os sistemas legais se constituam de diversas regras indisponíveis, que estabeleçam um mínimo de proteção a todos os trabalhadores, abaixo do qual não se concebe a dignidade do ser humano;

2) esses sistemas abram espaço para a complementação do piso protetor irrenunciável ou para flexibilizar a aplicação das normas gerais de nível superior, mediante negociação coletiva, isto é, com a participação dos correspondentes sindicatos, aos quais cumpre assegurar a liberdade sindical, tal como prevista na Convenção da OIT n. 87;

3) a flexibilização deve ter por objetivo:

a) o atendimento a peculiaridades regionais, empresariais ou profissionais:

b) a implementação de nova tecnologia ou de novos métodos de trabalho;

c) a preservação da saúde econômica da empresa e dos respectivos empregos.

No Brasil, a flexibilização resultante de lei, propiciando soluções menos onerosas para o empresário, teve início com a instituição do regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço pela Lei nº 5.017, de 1966, que conferiu ampla liberdade patronal para despedir empregados. O regime era opcional, mas a Constituição de 1988 tornou obrigatório, razão por que os trabalhadores, salvo em situações excepcionais, não mais adquirem a estabilidade no emprego.

A Lei nº 6.019, de 1974, facultou o funcionamento de empresas de trabalho temporário, e a Lei nº 7.102, de 1983, possibilitou a subcontratação (terceirização) dos serviços de segurança nos estabelecimentos financeiros. Em 1998 foi disciplinado o trabalho a tempo parcial de que trata a Convenção nº 175, da OIT; no mesmo ano, a Lei nº 9.601 criou nova modalidade de contrato a prazo, com ampla redução de direitos; em 2001, a Lei nº 10.243 considerou que algumas vantagens concedidas aos empregados não constituem salário-utilidade, enquanto a Medida Provisória nº a MP 2.164 permitiu a suspensão de 2 a 5 meses do contrato de trabalho pelo empregador, em troca de formação profissional.

No concernente à flexibilização sob a tutela sindical, por vezes *in pejus* do trabalhador, cumpre registrar as seguintes:

a) *redução* geral e transitória dos *salários*, até 25%, por acordo sindical, quando a empresa for afetada substancialmente em situações excepcionais da conjuntura econômica (Lei n. 4923/65);

b) *quebra do princípio da irredutibilidade* salarial por acordo ou convenção coletiva (art. 7º, VI, da Constituição);

c) *flexibilização das jornadas de trabalho* mediante compensação de horários estipulada em acordo ou convenção coletiva (art. 7º, da Constituição), objeto do art. 6º da lei n. 9601, de 1998, que deu nova redação ao art. 59 da CLT; para instituir a bolsa de horas;

d) *ampliação* da jornada de seis horas nos *turnos ininterruptos de revezamento* por meio da negociação coletiva (art. 7º, XIV, da Constituição).

Quanto à subcontratação de pessoas físicas ou jurídicas visando à terceirização de serviços da empresa contratante, o TST consolidou sua jurisprudência no Enunciado nº 331 (Redação vigente de 18.9.2000). O texto, relatado pelo culto Ministro Vantuil Abdala, limita essa prática e afirma a relação de emprego nos casos de simulação em fraude à lei. Lamentavelmente, a subcontratação ilícita por parte de órgãos públicos, sobretudo nas esferas estaduais e municipais, incentivou a empresa privada a adotar esse procedimento fora das hipóteses permitidas. Até as cooperativas de trabalho têm sido utilizadas para esse fim, com os cooperativados prestando serviços pessoais, não à sociedade cooperativa, mas à contratante, juridicamente subordinados ao poder de comando empresarial.

Uma das conseqüências maléficas da terceirização de serviços em fraude à lei é o desmensurado crescimento das ações ajuizadas na Justiça do trabalho, a qual, no ano de 2001, recebeu 2.272.760 processos e conciliou ou julgou 2.380.907 (Revista ANAMATRA de junho de 2002, pág. 17).

Não obstante a variada possibilidade de flexibilização nas relações de trabalho, o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, submeteu ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5.483/01, com o qual pretendeu tornar ineficazes quase todas as normas legais de proteção ao trabalho. Estas só teriam eficácia jurídica na ausência de convenção ou acordo coletivo sobre o respectivo tema.

Desde logo cabe sublinhar que, além do enfraquecimento dos sindicatos decorrentes do desemprego estrutural, a nossa organização sindical não possui adequada representatividade em todas as regiões e categorias profissionais. O custeio dessas associações por contribuições compulsórias e a garantia da estabilidade no emprego dos seus dirigentes têm motivado a exagerada multiplicação dessas entidades. Em 2001 possuíamos 15.963 sindicatos, apesar da unicidade de representação assegurada em preceito constitucional que já deveria ter sido revogado.

Felizmente, o Presidente Luís Inácio Lula da Silva, eleito com expressiva e consagrada votação, já proclamou não concordar com o precitado projeto

de lei, que ora se encontra no Senado Federal e tem por finalidade o desmonte, em grande parte, da legislação brasileira do trabalho.

Dois equivocados fundamentos foram apresentados pelo Governo findo para justificar a proposição legislativa:

- a) os pesados encargos sociais dos empresários;
- b) o engessamento da gestão empresarial pela legislação vigente.

Esse engessamento, como já demonstramos, não existe. Inclusive — convém enfatizar — o extenso elenco de medidas flexibilizantes alcança, com esteio constitucional, os três aspectos principais da relação de emprego: a duração do trabalho, o salário e a despedida.

Com referência aos encargos sociais, cumpre indagar por que o Governo anterior não isentou os empregadores da obrigação de custear diversas entidades, públicas e privadas, com contribuições incidentes sobre os salários? E por que as contribuições para a previdência social incidem exclusivamente sobre os salários, motivando os empresários a não registrarem os seus empregados?

Se é certo que muitos tributos não deveriam incidir sobre os salários, não menos certo é que estes são tão baixos, que a média do salário-hora somado ao valor dos encargos sociais é bem inferior à maioria dos países civilizados: na Alemanha é 7.6 vezes maior; na Suécia, 7.2; na França, 5.3, nos Estados Unidos, 5.2; no Japão, 4.5; na Grã Bretanha, 4.4; na Espanha, 4.1 (Dados resultantes dos informes registrados pelo “Bureau of Statistics” dos Estados Unidos, in *Folha de S. Paulo* de 14.02.96).

Aliás, é doloroso constatar que a participação salarial na renda nacional vem decrescendo em escala preocupante:

1970.....	52,6%
1990.....	45,0%
1997.....	38,2%

E a queda do salário real no segundo governo neoliberal FHC foi alarmante:

1999.....	menos 5,5%
2001.....	menos 3,9%
2002.....	menos 5,4%

(IBGE — *O Globo* de 10.3.02 e 25.3.03).

Daí a confissão do atual Presidente do Banco Central, Henrique Meirelles:

“O custo por hora trabalhada está no subsolo, o lucro dos exportadores encontra-se no pico e a produção industrial cresce mais do que as importações

de bens intermediários” (*Jornal do Comércio* de 26.3.03, Rio de Janeiro, pág. A-2)

Com experiência do exercício de importantes cargos da OIT na América Latina, observou Uriarte que:

“Nunca se probó la incidencia negativa de la legislación laboral sobre la eficacia económica” (Ob. Cit., pág. 52).

Além dos indistarcáveis equívocos que fundamentam o questionado projeto, parece-nos evidente a sua inconstitucionalidade. É que o art. 7º da Constituição, ao relacionar os direitos assegurados aos trabalhadores, só em três hipóteses admite a sua flexibilização por convenção ou acordo coletivo. Ora, as exceções previstas num preceito constitucional não podem ser ampliadas por lei ordinária. Neste sentido pronunciou-se o “Encontro de Magistrados e Procuradores do Trabalho” de Brasília, na Moção de repúdio ao Projeto nº 5.483, aprovada em janeiro de 2002, repúdio que foi inserido na Carta de Blumenau adotada pelo 11º Congresso Nacional dos Magistrados do Trabalho, em maio do mesmo ano. Releva aduzir que a OAB, o IAB, a ANAMATRA, a ANPT e a ABRAT manifestaram, com veemência, o seu inconformismo com o referido projeto de lei. E a OIT, pela voz autorizada do seu Diretor de Normas Internacionais do Trabalho, o renomado jurista Javillier, em resposta à consulta da CUT, sugeriu que: “la redacción del proyecto sea modificada, de manera que se prevea que los convenios colectivos no pueden contener disposiciones que impliquen menor nível de protección del que prevén los Convenios de la OIT ratificados por Brasil” (02.7.02).

A prevalência absoluta das leis do mercado, ante a passividade estatal, “coisifica” o ser humano, porque tudo é considerado mercadoria. É mister a visão sociológica e jurídica visando a harmonizar o social com o econômico, sem menosprezar a força normativa da realidade.

Se a globalização da economia impuser as teses do neoliberalismo ético e desumano em todas os quadrantes da terra, a palma da vitória, na consciência da humanidade, deveria ser daquelas que lutam, com as armas da inteligência e a motivação da solidariedade humana, contra os que pretendem implodir o sonho da universalização da justiça social.

Não é possível conceber-se a civilização à margem do Direito; mas tampouco poder-se-á qualificar de civilizada uma nação em que o Direito seja iníquo.

Urge pôr a economia a serviço da humanidade.