

EMANUELA EVANGELISTA ARAÚJO

**A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO E O FENÔMENO DA
PEJUTIZAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito do Trabalho.

Orientador: Prof. DSc. Fernando Ferraz Bastos.

FORTALEZA

2009

EMANUELA EVANGELISTA ARAÚJO

**A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO E O FENÔMENO DA
PEJUTIZAÇÃO**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito do Trabalho.

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. DSc. Fernando Ferraz Bastos
Universidade Federal do Ceará - UFC

Profª. MSc. Maria José Fontenelle
Universidade Federal do Ceará - UFC

Profª. Esp. Wagneriana Lima Timóteo
Universidade Federal do Ceará - UFC

Aos meus Pais.

AGRADECIMENTOS

Ao pai, pelo incentivo material, financeiro, emocional em todos os momentos da minha vida, em especial, estudantil.

À mãe, pela presença constante e incondicional, por suportar todas as crises e nunca me deixar sentir derrotada ou incapaz.

Aos dois, por todo o amor, todo o carinho, toda a cumplicidade, toda a amizade.

Ao meu irmão Caio, por tornar meus dias mais alegres com seu bom-humor inabalável, pelas caronas, pela paciência e pelo sorriso consolador.

Ao meu irmão Guilherme, meu “nêgo”, meu melhor amigo, confidente e, apesar da pouca idade, conselheiro para todos os assuntos.

Aos da minha família, por todo o amor.

As amigas de colégio que ainda se fazem presentes.

Aos Boêmios, por tantos momentos de alegria e aprendizagem na faculdade.

Ao grande amigo Thiago Paulino, pela motivação, paciência, caronas, conselhos, carinho, etc.

Ao meu amor, por estar ao meu lado neste momento.

Ao prof. Fernando Ferraz, meu orientador, por além do apoio constante ter vencido o ciúme de seus maravilhosos livros.

Aos da Banca Examinadora, pela relevante contribuição para a conclusão do trabalho.

*“A desigualdade dos direitos é a primeira
condição para que haja direitos”
(Nietzsche, Friedrich)*

RESUMO

O presente estudo analisa a mudança do Direito do Trabalho ante a transição do sistema econômico-financeiro vigente à época. Sob contexto atual, analisa a chamada flexibilização do trabalho e as possibilidades de flexibilizar sem desregulamentar ou tornar o trabalhador mais exposto e ainda mais hipossuficientes. Analisa ainda a viabilidade e legalidade das contratações de trabalhadores intelectuais através de pessoa jurídica, bem como a possibilidade de o destinatário da norma trabalhista despojar-se da norma protetora quando este for o seu interesse, especialmente em se tratando de norma de indisponibilidade absoluta. Vem também mostrar a realidade da aplicação dessa norma à realidade brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho - Flexibilização – Precarização – “Pejutização” – “Pessoa Jurídica”

ABSTRACT

This study examines the change in labor law caused by the transition of the financial and economic system in force at the time. Under the current context, it analyzes the flexible work and the possibilities of making it more flexible without deregulating or making the worker more vulnerable and weaker. It also examines the viability and legality of the hiring of intellectual workers through a legal entity, as well as the possibility of the addressee of the labor law to dispose of the protective rule when it is his interest, especially in the case of an absolute non-disposable clause. It also shows the reality of the application of this rule in the Brazilian reality.

KEY WORDS: Labor Law - Flexibility - Instability - "Pejutização" - "Legal Person"

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	DO DIREITO DO TRABALHO	14
2.1	Origem do Direito do Trabalho	14
2.1.1	Formação do direito individual do trabalho.....	15
2.1.2	Direito Coletivo do Trabalho.....	17
2.1.2.1	Uniões Clandestinas de Trabalhadores – Surgimento dos Movimentos Sindicais.....	17
2.1.2.2	Consolidação do Direito Coletivo.....	20
2.1.3	Internacionalização do Direito do Trabalho.....	21
2.2	Direito do Trabalho no Brasil	22
2.2.1	Reflexos da Era Vargas no Direito do Trabalho.....	23
2.2.2	A Constituição Federal de 1988 e a ampliação dos direitos trabalhistas.....	26
3	A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO	27
3.1	A Nova classe trabalhadora	28
3.2	O que é a flexibilização	29
3.3	Da necessidade de flexibilizar	31

3.3.1 A Teoria da Flexibilização Diferenciada e as Pequenas Empresas.....	37
3.4 Flexibilização e desregulamentação no Brasil.....	38
3.4.1 Instituição do FGTS e o fim da estabilidade decenal.....	39
3.4.2 A CF/88, a negociação coletiva e a Convenção 158 da OIT.....	39
3.4.3 Lei 9.601/98.....	41
3.4.3.1 Problemas do sindicalismo brasileiro.....	41
3.4.3.2 Contrato de trabalho por prazo determinado.....	43
3.4.3.3 Banco de horas.....	46
4 PEJUTIZAÇÃO.....	48
4.1 Pressupostos para a aplicação do art. 129 da Lei 11.196/05.....	49
4.1.1 Contrato de Prestação de Serviços no Código Civil.....	50
4.1.2 Serviços de Natureza Intelectual.....	54
4.1.3 Constituição de uma Pessoa Jurídica.....	57
4.1.3.1 Requisitos para a constituição da pessoa jurídica.....	58
4.1.3.2 O tipo de Pessoa Jurídica do art. 129 da Lei 11.196/05.....	59
4.1.4 Ausência de Pessoaalidade.....	61
4.1.5 Caracterização do Contrato de Emprego.....	61
4.1.5.1 Pessoa Física ou Natural.....	62
4.1.5.2 Pessoaalidade.....	62
4.1.5.3 Não-eventualidade.....	63
4.1.5.4 Subordinação.....	63
4.1.5.5 Onerosidade.....	64
4.2 Realidade brasileira.....	65
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	68
REFERÊNCIAS.....	71

1 INTRODUÇÃO

A atual situação econômica mundial, vista por alguns como o prenúncio do que será a pior crise de todos os tempos, certamente terá grande repercussão sobre as relações de trabalho. Em épocas de crise, torna-se comum a diminuição da oferta de empregos e o crescimento no número de trabalhadores informais.

Assim, o presente estudo tem por proemial escopo o boquejo sobre a análise das mudanças legislativas referentes ao direito juslaborista bem como a sua repercussão. Diz-se isso porque o intento de exaurir o tema se revela improvável, especialmente ante a extrema atualidade do tema, cujas inovações ocorrem dia-a-dia.

É, nesse sentido, que simplesmente a contextualização do tema já invoca infindáveis posicionamentos e teses jurídicas. Daí torna-se imperioso ater-se sempre ao objeto da Monografia, evitando o descer às minúcias das discussões que plainam sob os aspectos contíguos ao assunto.

Contudo, em se fazendo necessária a análise destes fatores tangenciais, mas que importem implicações ao desenvolvimento do tema principal do trabalho, os

mesmos serão examinados e destacados, objetivando deixar a Monografia mais didática e compreensível.

O Direito do Trabalho surgiu em muitos países ocidentais como uma das instituições jurídicas fundamentais para o funcionamento da dinâmica do desenvolvimento e consolidação do capitalismo. Entretanto, corroborando tese de *Marx* de que “tudo o que é sólido se desfaz no ar”, ao ingressarem em uma nova etapa de desenvolvimento, muitas das instituições sócio-político-econômicas preteritamente consolidadas desestabilizaram-se. Assim acontece com a regulamentação jurídico-social preservacionista do trabalhador – traduzida normativamente pelo Direito do Trabalho – que, de instrumento outrora necessário para o desenvolvimento do capitalismo, passa a ser tido atualmente como entrave, revelando um claro fenômeno de desprestígio dos interesses de classe, e de quem busca a inserção no mercado de trabalho.

Esse fenômeno de transformação é perceptível na teoria e prática da chamada flexibilização e desregulamentação das normas trabalhistas. Indaga-se no presente trabalho, dentre tantos outros, até que ponto a flexibilização e a desregulamentação do Direito do Trabalho descaracterizam a lógica preservacionista jurídico-social do trabalhador.

O mundo ao globalizar-se também o fez com relação ao trabalho, e a circulação de trabalhadores, fruto inclusive do processo de regionalização é evidente. Irreversível a globalização, em todas as suas matizes, e não só da economia, a do trabalho também, temos como uma rua sem saída.¹

A globalização pode ser identificada de várias formas, em várias passagens da vida da humana, e, como recorda Amauri Mascaro Nascimento, “é um conceito econômico e político e não jurídico, porque não é definido pelas leis. Cabe, assim, como aspecto jurídico, analisar os seus reflexos no âmbito do Direito. Não há

¹ FRANCO FILHO, Georgeonor de Sousa . Globalização do Trabalho: rua sem saída. Ltr, São Paulo, 2001, p. 10.

dúvida, a globalização tem repercussões sobre os mercados de trabalho e, por efeito, sobre as relações de trabalho”².

O trabalho foi, então, dividido em três partes: O Direito do Trabalho e as suas origens; A flexibilização do Direito do Trabalho; e, por fim, A Pejutização.

O primeiro capítulo faz um estudo do surgimento do Direito do Trabalho, sua origem como reação à exploração sofrida pelos trabalhadores quando do surgimento do sistema capitalista.

Pois, embora a relação empregatícia tenha seus pressupostos nascidos com o processo de ruptura do aparelho produtivo feudal, no desenvolver da Idade Moderna, só bem mais à frente, com o nascimento e progresso da Revolução Industrial, efetivamente se estruturar como categoria específica, passando a responder pela principal forma de conexão do trabalhador livre ao emergente sistema.

Assim, em sua primeira parte, este capítulo vem estudar os fenômenos sociais que ensejaram o surgimento deste Direito e os porquês do seu caráter protetivo. Do contrato único individual ao surgimento das primeiras lutas de classe até a sua consolidação, o estudo tem sempre como principal foco demonstrar como a norma protetora esteve presente em todas as etapas.

Já em sua segunda parte, trata dos reflexos desses e de outros fenômenos aqui no Brasil, e da forma como esse Direito Trabalhista se desenvolveu entre nós. Do surgimento de uma pequena burguesia no final do século XIX à Era Vargas, com as primeiras normas regulamentadoras dos direitos trabalhistas. Dos primeiros movimentos sindicais trazidos pelos imigrantes europeus ao sindicato pelego varguista. Até finalmente a Constituição Federal de 1988, a consolidação dos Direitos Trabalhistas, agora constitucionalmente definidos e a livre associação sindical.

² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Globalização e seus efeitos no contrato de trabalho. In: FRANCO FILHO, George de Sousa. Op. cit. p.10

Já o segundo capítulo estuda os efeitos do novo sistema capitalista neoliberal e as suas implicações no direito do trabalho.

O que é a chamada flexibilização? Quem são os novos trabalhadores? O que se está chamando desregulamentação? Quais mudanças legislativas vêm ocorrendo no Brasil? E no mundo? Tentamos responder a todas essas questões, tanto pela análise dos dizeres de aclamados autores, como de alguns desconhecidos, como pela nossa interpretação dos fatos e normas.

Talvez em alguns momentos o nosso lado humanista-idealista-sonhador tenha aflorado de maneira mais contundente que o lado simplesmente analítico da realidade jurídica. Mas graça nenhuma teria abordar um assunto sem poder ensejar nele os ideais de uma sociedade mais justa e solidária.

O terceiro capítulo analisa o fenômeno da Pejutização como decorrência da flexibilização que vem ocorrendo.

Ainda pouco estudado e de parca fonte bibliográfica para estudos, tendo sido abordada em alguns poucos artigos e muito falada em meios jornalistas e divulgada em materiais dos sindicatos, esta muitas dessas vezes é criticada sem o menor saber jurídico da sua essência.

Assim, analisa-se em minúcias o art. 129 da Lei 11.196/05, a chamada Lei do Bem, bem como a sua aplicação, o seu cabimento e, como não poderia deixar de fazê-lo, a realidade brasileira e as fraudes verificadas.

2 DO DIREITO DO TRABALHO

O Direito do trabalho, ou direito laboral, é o conjunto de normas jurídicas que regem as relações de trabalho, e os direitos destas resultantes. Estas normas, no Brasil, estão regidas pela CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), Constituição Federal e várias Leis Esparsas (como a lei do estágio, dentre outras).

Surge como legítima expressão do humanismo jurídico e instrumento de renovação social. Constitui atitude de ingerência jurídica em busca de um melhor relacionamento entre o homem que trabalha e aqueles para os quais o trabalho se reserva. Visa também estabelecer uma plataforma de direitos básicos. Portanto, a definição de Direito do Trabalho é o conjunto de normas e princípios que regulamentam o relacionamento entre empregados e empregadores.

Pode ser conceituado também, segundo Hernainz Marques, professor de Direito do Trabalho, como "Conjunto de normas jurídicas que regulam as relações de trabalho, sua preparação, desenvolvimento, conseqüências e instituições complementares dos elementos pessoais que nelas intervêm." Não é apenas o conjunto de leis, mas de normas jurídicas, entre as quais os contratos coletivos, e não regula apenas as relações entre empregados e empregadores num contrato de trabalho, mas vai desde a sua preparação com a aprendizagem até as conseqüências complementares, como, por exemplo, a organização profissional.

O Direito do Trabalho, como qualquer ramo jurídico, constitui um complexo coerente de institutos, princípios e normas jurídicas, que resulta de um determinado contexto histórico específico.³

2.1 Origem do Direito do Trabalho

O Direito do Trabalho é um ramo novo na Ciência Jurídica, tendo nascido

³ DELGADO, Mauricio Godinho, *A Natureza Jurídica do Poder Empregatício*, UFMG, Tese de Doutorado, 1994, particularmente em seu Capítulo III (Democracia e Trabalho), obra publicada em 1996, pela LTr Editora, sob o título *O Poder Empregatício*. In: DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso do Direito do Trabalho*, 8ª Edição, LTr, 2009, p. 80.

na 2ª metade do séc. XIX, a cerca de 150 anos. É fruto do capitalismo, não havendo Direito do Trabalho anterior a ele.

2.1.1 Formação do direito individual do trabalho

A fase de formação do direito individual do trabalho se estende de 1802 a 1848, tendo o seu movimento inicial no Peel's Act, no início do século XIX, na Inglaterra.

Embora a relação empregatícia, como categoria socioeconômica e jurídica, tenha seus pressupostos nascidos com o processo de ruptura do aparelho produtivo feudal, no desenvolver da Idade Moderna, só mais à frente, com o nascimento e progresso da Revolução Industrial, irá efetivamente se estruturar como categoria específica, passando a responder pela principal forma de conexão do trabalhador livre ao emergente sistema.

O sistema capitalista de produção forneceu os fatores materiais para o desenvolvimento do Direito do Trabalho. O capitalismo surgiu no final do séc. XVIII, com a Revolução Industrial. Com o capitalismo, pela primeira vez a economia se desligou do Estado e se vinculou ao particular. Surge, assim, uma classe proprietária privada dos meios de produção. O “dono” da economia deixa de ser o Estado e passa a ser do particular, classe que, posteriormente, ficou conhecida como burguesia. Também com o capitalismo surge uma nova classe trabalhadora, uma classe livre e assalariada, que não é propriedade ou serve de ninguém, sobrevivendo da venda do seu serviço, a classe operária. Surge, dessa forma, uma nova relação de trabalho entre a classe proprietária dos meios de produção e a classe operária.

Porém, como afirma o ilustre Maurício Godinho Delgado,

“o Direito do Trabalho não apenas serviu ao sistema econômico deflagrado com a Revolução Industrial, no século XVIII, na Inglaterra; na verdade, ele fixou controles para esse sistema, conferiu-lhe certa medida de civilidade, inclusive buscando eliminar as formas mais

perversas de utilização da força de trabalho pela economia.”⁴

Junto ao capitalismo, surgiram também novos valores e postulados; surge uma nova ideologia, servindo de base, também, para o desenvolvimento do Direito do Trabalho. Tal ideologia ficou conhecida como liberalismo, nascida em 1789, com a Revolução Francesa.

O primeiro grande postulado do Liberalismo é o individualismo. Para o liberalismo, o indivíduo é o centro da sociedade e toda idéia de associação é combatida.

O segundo grande postulado é a igualdade formal, igualdade jurídica ou igualdade perante a lei. Todos os indivíduos são livres e iguais perante a lei.

O terceiro grande postulado é o da não intervenção estatal. Os indivíduos são livres e celebrarão relações sem intervenção do Estado.

O quarto grande postulado é o contratualismo. O Estado não intervém nas relações entre particulares e essa relação será regida por um contrato.

É necessário entender estes fatores que levaram à formação e desenvolvimento do Direito do Trabalho para que se compreenda a sua formação.

Nos dizeres de Luiz Otávio Linhares Renault:

“O Direito não se afirma na ausência dos fatos, já que estes é que lhe dão vida. A vida do Direito pressupõe antes a vida como um todo, na qual se inserem a cultura e a experiência dos homens nas ciências, assim como as suas relações com seus semelhantes nas diversas épocas⁵.”

De acordo com Maurício Godinho Delgado, tais fatores eram de ordem econômica, social e política. Assim explica:

“O Direito do Trabalho surge da combinação de um conjunto de fatores, os quais podem ser classificados em três grupos específicos: fatores econômicos, fatores sociais, fatores políticos (...).

Do ponto de vista *econômico*, são fatores que propiciaram as

⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.* p. 78

⁵ RENAULT, Luiz Otávio Linhares. “Que é isto – O direito do Trabalho?” *In*: PIMENTA, José Roberto Freire *et al.* (Coords.). *Direito do Trabalho: Evolução, Crise, Perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004, p. 41.

condições favoráveis ao surgimento do novo ramo jurídico especializado: de u lado, a utilização da força de trabalho livre, mas subordinada como instrumento central de relação de produção pelo novo sistema produtivo emergente; de outro lado, a circunstância de esse novo sistema produtivo também gerar e desenvolver uma distinta modalidade de organização do processo produtivo, a chamada *grande indústria*. Essa nova modalidade suplantou as formas primitivas de organização da produção, consubstanciadas no artesanato e na manufatura.

(...)

Surge, por fim, também como relevante fator econômico, o processo generalizado e crescente de concentração industrial (concentração empresarial ou de capital, no sentido mais amplo), característico dos países europeus ocidentais e dos Estados Unidos da América de fins do século XVIII e principalmente desenrolar do século XIX. (...)

Do ponto de vista *social*, são fatores que propiciaram as condições favoráveis ao surgimento do Direito do Trabalho: a concentração proletária na sociedade europeia e norte-americana em torno das grandes cidades industriais; o surgimento de uma inovadora identificação profissional entre as grandes massas obreiras, a partir de um mesmo universo de exercício de sua força de trabalho – universo consubstanciado no estabelecimento ou empresa.

Finalmente, do ponto de vista *político*, são atores que conduziram ao surgimento do Direito do Trabalho as ações gestadas e desenvolvidas no plano da sociedade civil e do Estado, no sentido de fixar preceitos objetivos para a contratação e gerenciamento da força de trabalho componente do sistema produtivo então estruturado.”⁶

2.1.2 Direito Coletivo do Trabalho

A essa época, era o contrato individual de trabalho o único documento a tratar da relação entre operários e patrões. Era justamente nessa relação que se tornava mais clara a diferença, o descompasso entre a igualdade formal e a

⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso do Direito do Trabalho*, 8ª Edição, LTr, 2009. p. 83/85.

igualdade real. Havia uma evidente superioridade do proprietário capitalista e uma conseqüente inferioridade do operário, detentor apenas da sua força de trabalho. O contrato individual de trabalho, que, formalmente, era um tratado bilateral, na realidade expressava apenas a vontade do proprietário capitalista.

Assim, neste mesmo período da história, segundo Amauri Mascaro Nascimento⁷, o novo processo de produção passou a exigir uma organização dos trabalhadores para que pudessem reivindicar melhores condições de trabalho, que não poderiam obter se o fizessem individualmente. Nasceram, então, as uniões clandestinas de trabalhadores.

2.1.2.1 Uniões Clandestinas de Trabalhadores – Surgimento dos Movimentos Sindicais

As classes operárias, nesse sentido, começaram a perceber que o contrato individual lhes desfavorecia, visto que o empregador era quase sempre um ente coletivo, em contraposição ao operário, ser individual.

Perceberam que esta relação contratual-civil e individual, ainda regida pelo Direito Civil, não conseguia defender seus interesses e necessidades, e, a partir do século XIX, passaram a descobrir a ação coletiva, contrapondo, sociopoliticamente, ao sujeito individual assimilado pelo Direito Civil da época a idéia de sujeito coletivo.

É notória a repercussão social causada pela atuação empresarial, enquanto a vontade obreira, como manifestação meramente individual, regularmente não consegue gerar efeitos para além da relação bilateral do contrato entre ele e o empregador.

Como afirma Mauricio Godinho Delgado, *o Direito Civil tratava os dois sujeitos da relação de emprego como seres individuais, ocultando, em sua equação formalística, a essencial qualificação do ser coletivo detida naturalmente pelo empregador.*

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Evolução Histórica do Sindicalismo”. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo, “O Princípio da Adequação Setorial Negociada no Direito do Trabalho”. São Paulo: LTr, 2007, p.25.

Foi com essa percepção que surgiu o movimento sindical, que demonstrou equivocada a equação do liberalismo individualista, e contrapôs ao ser coletivo empresarial a ação do ser coletivo obreiro.

Esta condição de enorme exploração, aliada aos postulados do liberalismo, resultaram em uma reação para combatê-los. O Direito do Trabalho surge, como se vê, como reação as conseqüências do capitalismo.

“(...) a circunstância de surgir o Direito do Trabalho de um processo de luta, organização e representação de interesses do conjunto da classe trabalhadora, ou pelo menos de seus segmentos mais avançados, fez com que esse novo ramo jurídico incorporasse, em seu interior nuclear, as dinâmicas próprias à atuação coletiva. A posterior assimilação pelo Direito do Trabalho das inevitáveis estratégias de resposta e contraposição estatal à ação obreira não teria o condão de suprimir ou romper a legitimidade política e força jurígena (criadora do Direito) dessa dinâmica democrática original. Nesse sentido, o Direito do Trabalho dos países ocidentais – que não por outra razão mantiveram-se dentro da experiência básica democrática – seria um ramo jurídico sempre hábil a contemplar um largo espaço à produção normativa por parte dos próprios agentes sociais, não obstante a ação específica do Estado.”⁸

Os operários, buscando sua proteção, começaram a se reunir, surgindo as primeiras associações de trabalhadores, que foram violentamente suprimidas. O associativismo chegou a ser considerado crime de conspiração. A Lei Chapelier, de 1791, foi a primeira lei francesa a considerá-lo como tal.

Os trabalhadores continuaram criando associações e estas ganharam força, obrigando os Estados a deixarem de vê-las como crime. A França, pela tradição do liberalismo, foi a última a revogar a Lei Chapelier.

⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 87/88.

2.1.2.2 Consolidação do Direito Coletivo

A partir da segunda metade do séc. XIX, o Estado começa a assumir a existência do sindicato, reconhecendo, portanto, como pessoa jurídica de direito privado, que na sociedade irá defender o interesse de classes, de grupos, de categorias, figura atípica, uma novidade à sua época. O Estado começa a reconhecer a possibilidade de agrupamento, de associação, começa a entender a existência de uma vontade coletiva.

O ano de 1848 tem suma importância nesse momento de solidificação pela publicação do Manifesto de Marx e Engels, bem como pela eclosão de movimentos e revoluções de massas, demonstrando a reorientação estratégica e a pressão coletiva sobre a ordem institucional vigente.

O referido Manifesto teve incontestável importância também para o Direito Sindical, ao turno que conclamava os trabalhadores a unirem-se, defendendo a necessidade de organização dos operários e o direito de associação para que pudessem manifestar as suas opiniões e obter melhores contratos de trabalho.⁹

A Igreja Católica, com a edição da encíclica *Rerum Novarum*, em 1891, pelo Papa Leão XIII, teve importante função nessa fase do Direito do Trabalho. Tal documento constitui verdadeiro elogio a esta ciência ao discutir o salário mínimo justo, o trabalho da mulher, a previdência, e outros temas relevantes.

Surge o conceito da autonomia privada coletiva, o que significa que, ao lado da vontade individual, há uma vontade que, além de privada, é do grupo, é uma vontade que só se expressa coletivamente, não se confundindo com a vontade individual.

Com o reconhecimento da figura do sindicato e do conceito de autonomia privada coletiva, ao lado do contrato individual do trabalho (ainda muito importante), surge o contrato coletivo de trabalho (nossa Convenção Coletiva de Trabalho). Este contrato é diferente. De um lado há uma associação representativa de trabalhadores de uma categoria, do outro lado há um grupo de empregadores ou um empregador individualmente. Este contrato não contém cláusulas obrigacionais essencialmente;

⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Evolução Histórica do Sindicalismo”. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo, “O Princípio da Adequação Setorial Negociada no Direito do Trabalho”. São Paulo: LTr, 2007, p.26.

seu conteúdo é feito de regras genéricas e abstratas, como uma lei válida para as categorias envolvidas nesse contrato. Começam a surgir nesses contratos às primeiras normas de proteção ao trabalhador, como a que restringia os trabalhadores menores, as que limitavam as horas de trabalho; surgem, também, as caixas de assistência privada, etc.

Os trabalhadores enxergaram que a força de trabalho coletiva era essencial ao sistema capitalista e à economia, e começaram a utilizar os movimentos de greve.

No início, as greves foram violentamente proibidas, chegando a causar pena de morte. Com o fortalecimento dos sindicatos, as greves tornaram-se mais organizadas e passaram, com o tempo, a serem aceitas pelo Estado. Ao tempo em que o Estado considera a greve um direito, ele tem que garantir a possibilidade de sua efetivação, mas também estabelece limites. Surge, assim, o primeiro ramo do Direito do Trabalho, conhecido, hoje, como Direito Coletivo do Trabalho.

Também na segunda metade do séc. XIX, o Estado começa a mudar a sua postura. Pressionado pelos acontecimentos, abandona o princípio da não-intervenção e torna-se um Estado Intervencionista. O Estado cria, então, normas protecionistas, defendendo o direito individual do trabalhador. Esta norma estatal trabalhista apresenta, também, uma forte carga de imperatividade, ou seja, se impõe à vontade das partes, inclusive à do trabalhador. Ela estabelece direitos indisponíveis aos trabalhadores. Estabelece direitos irrenunciáveis, de onde decorre o Princípio da Irrenunciabilidade do Direito Trabalhista.

O grande princípio do Direito Coletivo do Trabalho é a autonomia dos direitos coletivos, enquanto o grande princípio do Direito Individual do Trabalho é a proteção.

2.1.3 Internacionalização do Direito do Trabalho

O Direito do Trabalho deu seu último passo para se consolidar no séc. XX, se internacionalizando. Durante o Tratado de Versailles, em 1919, que veio pacificar o mundo pós 1ª Grande Guerra, é criada a OIT (Organização Internacional do Trabalho), hoje vinculada a ONU (antes Assembléia das Nações), entidade

internacional que cuida de editar os tratados internacionais, convenções coletivas da OIT, que se submetem à ordem jurídica de cada país.

Na França, dois grandes acordos, com enormes repercussões no Direito do Trabalho, foram negociados entre empregadores e empregados: o acordo de *Matignon*, em 1936, após um conturbado período, inclusive com invasão de fábricas pelos operários, decorrendo três princípios que fundamentaram as novas relações de trabalho: liberdade sindical, convenções coletivas e delegados sindicais; e o acordo de *Grenelle*, em 1968, através do qual o governo obrigou-se lei dispendo sobre o exercício dos direitos sindicais nas empresas, oficializando a representação sindical nas empresas com a Lei de 1968.¹⁰

Observa-se com todo o exposto que o Direito do Trabalho foi gerado e se desenvolveu de forma democrática, incorporando as lutas e reivindicações dos trabalhadores e como produto de sua maturação organizativa. No Brasil, como será visto no próximo ponto, o processo não aconteceu de maneira tão intensa.

Em momento de flexibilização, considera-se que o Direito do Trabalho esteja hoje vivendo sua crise, assunto que será abordado no próximo capítulo.

2.2 Direito do Trabalho no Brasil

No Brasil não se verifica a existência de Direito do Trabalho no séc. XIX, pois ainda se tratava de um país agrícola e escravocrata, não apresentando, portanto, condições materiais favoráveis e necessárias ao desenvolvimento do Direito do Trabalho. O núcleo central deste direito encontra-se, na relação empregatícia, sendo construído na órbita dessa relação jurídica específica todo o universo de institutos, princípios e regras características a esse específico ramo jurídico.

No fim do séc. XIX e começo do séc. XX começa a surgir uma industrialização, iniciando uma classe burguesa nacional e, conseqüentemente, uma classe operária. Essa classe operária é preponderantemente formada por imigrantes

¹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Evolução Histórica do Sindicalismo”. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo, “O Princípio da Adequação Setorial Negociada no Direito do Trabalho”. São Paulo: LTr, 2007, p.26.

européus, sobretudo espanhóis e italianos, que trouxeram da Europa uma forte idealização sindical. No início do séc. XX, a sindicalização no Brasil era, inclusive, mais forte que a sua própria economia. Começam a aparecer inúmeros contratos coletivos do trabalho, sem qualquer participação do Estado, que se manteve inerte em absoluto. É a época da República Velha, comandada pelo coronelismo, pela Oligarquia Rural.

2.2.1 Reflexos da Era Vargas no Direito do Trabalho

Getúlio Vargas, em 1930, assume o poder como representante da indústria brasileira, estabelecendo um programa de crescimento industrial, chamando atenção para a necessidade de intervenção do Estado nas relações de trabalho, produzindo uma enorme quantidade de legislação trabalhista. É o início da fase atual ou contemporânea do Direito do Trabalho brasileiro.

Em dez anos, há um enorme crescimento dessa legislação trabalhista.

A primeira medida relevante, nesse setor, foi a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

A Constituição de 1934, de inspiração social-democrática, institui a Justiça do Trabalho; o salário mínimo; a limitação dos lucros; a nacionalização de empresas; a direta intervenção de Estado para normatizar, utilizar ou orientar as forças produtoras; e a organização sindical.

Ao lado dessa legislação protetiva ao trabalhador, Getúlio Vargas desenvolveu também um forte controle do sindicalismo, criando diversos mecanismos de controle da atividade sindical, como a própria criação do Ministério do Trabalho, que ficou famoso pelo discurso “O sindicato, a partir de agora, nasce, cresce e morre através do Ministério do Trabalho”. Este ministério tinha, ainda, a função de fiscalizar, em todos os aspectos, intervir e extinguir os sindicatos.

A Constituição de 1937, Estado Novo, em seu art. 138, trata dos sindicatos como órgão do poder público. Importante lembrar que até hoje o sindicato exerce função do poder público, na assistência judiciária gratuita do processo do trabalho – Lei 5.584/70.

Getúlio Vargas introduz na CLT um capítulo sobre a formação da

organização sindical. Não é mais o grupo de trabalhadores que escolhe como será organizado, mas o Estado que a estabelece. Os sindicatos obrigatoriamente se organizam por categoria econômica e profissional, ambas definidas pela atividade econômica do empregador. Todo trabalhador, queira ou não, pertencerá a uma categoria e obrigatoriamente será representado pelo sindicato desta. O mesmo ocorre com as empresas. O art. 516 introduz o princípio da unicidade sindical, só podendo haver um sindicato por categoria por determinada base territorial, sendo esta base no mínimo um município. O sindicato é representante obrigatório de todos os trabalhadores e é também órgão estatal, logo podendo estabelecer contribuição compulsória, a ser paga por todos ao sindicato correspondente:

Art. 578 As contribuições devidas aos Sindicatos pelos que participem das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob denominação de "contribuição sindical", pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo.

Art. 579. A contribuição sindical é devida por todos aqueles que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do Sindicato representativo da mesma categoria ou profissão, ou inexistindo este, na conformidade do disposto no Art. 591.

(...)

Art. 591. Inexistindo sindicato, os percentuais previstos na alínea c do inciso I e na alínea d do inciso II do caput do art. 589 desta Consolidação serão creditados à federação correspondente à mesma categoria econômica ou profissional.

O sindicato atrelado ao Estado acabou sendo instrumento pouco habilitado a produção de contratos e convenções coletivas de trabalho, o que fez com que o direito individual do trabalho se tornasse bastante desenvolvido, enquanto o direito coletivo ficou atrofiado, começando a se desenvolver somente a partir dos anos 1990.

Dizer que a forma autoritária de normas trabalhistas por Getúlio Vargas só nos trouxe prejuízo é, porém, irresponsável e perigoso, pois nada se nos pode asseverar que haveria maiores lutas e reivindicações, ou seja, que o Brasil, de fato,

teria tomado outro caminho nesse desenvolvimento.

Antenor Nascimento narra bem o período anterior a Getúlio:

“Antes de 1930, o país tinha leis trabalhistas dispersas e recentes. A escravidão havia sido abolida apenas 42 anos antes. As primeiras compensações ao trabalhador por acidentes de trabalho foram criadas somente em 1919. Um período anual de férias de 15 dias foi estabelecido em 1925, mais tarde ampliado pela CLT para 20 dias – o mês de férias a que todos os trabalhadores formais têm direito veio muito mais tarde, em 1977.”¹¹

Em 1º de maio de 1943 é promulgada a Consolidação das Leis do Trabalho – Dec. Lei n.º 5452, de 01.05.43, com vigência a partir de 10 de novembro de 1943. Não se trata de um código, mas uma reunião de Leis Trabalhistas, que apresenta claramente a finalidade de proteção individual do trabalhador e uma forte carga de imperatividade - o que está muito presente, dentre outros, em seus artigos 9º, 444 e 468, vejamos:

Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

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 que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

¹¹ NASCIMENTO, Antenor. “Especial Getúlio Vargas: A herança ficou pesada”. *Revista Exame*, edição 824, ano 38, n. 16, 18.ago.04, p.36. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo, “O Princípio da Adequação Setorial Negociada no Direito do Trabalho”. São Paulo: LTr, 2007, p.34.

Após o período autoritário do Estado Novo (1937/1945) o Brasil volta a viver um regime democrático com a expedição da Constituição de 1946.

2.2.2 A Constituição Federal de 1988 e a ampliação dos direitos trabalhistas

Em 5 de outubro de 1988 se dá o encerramento do ciclo do regime militar com a promulgação da Carta Constitucional. Inicia-se, dessa forma, outra fase na vida brasileira, inclusive no plano trabalhista. Em contrapartida à época varguista, a CF/88 vem impulsionar a atividade sindical, reconhecendo o contrato coletivo como instrumento válido para a produção de normas coletivas, estimulando assim o desenvolvimento do Direito Coletivo do Trabalho. Por outro lado, a nossa carta maior veio também fortalecer o direito individual do trabalho, estabelecendo o seu artigo 7º regras propriamente trabalhistas e, em sua maioria, de direito individual, tratando-se de uma constitucionalização do direito do trabalho. Os incisos deste artigo possuem eficácia plena, não necessitando de qualquer regulamentação ulterior. Em seu art. 8º encontra-se especialmente tratado o sindicato, liberando do reconhecimento do Estado e da intervenção do Ministério do Trabalho.

Ao sindicato, portanto, é dada autonomia, porém essa ainda é limitada, uma vez que foi mantido o modelo de sindicato por categoria e o princípio da unicidade sindical. A organização é definida pelo Estado, sendo o Brasil o único país a desobedecer à convenção coletiva nº 87 na OIT (Organização Internacional do Trabalho). Permanecem ainda a representação obrigatória e a impossibilidade de contribuição compulsória.

Com a globalização, nasce à competitividade das empresas e, por conseguinte, a necessidade de redução de custos para que se permaneça nesta concorrência.

A rigidez do Direito do Trabalho aliada aos desenvolvimentos nas áreas tecnológicas, especialmente da comunicação e da informática, acabaram gerando uma alta taxa de desocupação nas empresas, com a substituição do trabalho humano.

É nesse contexto que se inicia a fase atual do Direito do Trabalho, ou a sua crise, como muitos anunciam. A fase de flexibilização ou afrouxamento das amarras trabalhistas.

3 A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

Para alguns doutrinadores essa atual economia globalizada seria inconciliável com o Direito do Trabalho, demasiadamente intransigente e rígida. Defende-se por tal a tese da flexibilização do trabalho, segundo a qual, há que reduzir a rigidez do direito trabalhista para a acomodação deste à economia.

A primeira proposta dos defensores dessa tese é a redução das normas trabalhistas, a desregulamentação do trabalho. A mais importante é a redução da carga de imperatividade e rigidez das normas trabalhistas, permitindo ao trabalhador a renúncia a seus direitos. Esse é o ponto de maior destaque da tese da flexibilização. Essa renúncia se daria no ato contratual individual.

Em momento posterior, os doutrinadores passaram a aceitar a renúncia com presença do sindicato, o que foi chamado de flexibilização mediante tutela sindical. A Convenção Coletiva seria um instrumento genérico de renúncia. O art. 618 da CLT encontra-se de acordo com esse entendimento: “O que for negociado coletivamente prevalece sobre o legislado, para mais ou para menos.”.

O Brasil ainda admite o instrumento da renúncia apenas quando a lei expressamente autorizar, embora já esteja caminhando para flexibilização.

Em verdade, o Brasil começou o seu movimento rumo à flexibilização ainda durante o regime militar, na década de 1970, quando criou o instituto do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço) em contraponto à estabilidade decenal – adquirida pelo trabalhador após dez anos de serviço em determinada empresa, o que certamente lhe conferia maior proteção.

A partir da década de 90, período iniciado pelo Presidente Collor, percebemos a absorção do ideário ultra liberalista de gestão econômico-social, no qual se deve reduzir ao máximo o valor da força de trabalho, seja através de desregulamentação e flexibilização do Direito do Trabalho, seja através do aumento dos trabalhadores disponíveis do mercado, ocasionando a diminuição dos salários em razão da grande procura e pouca oferta de trabalho.

A Lei 9.601, de 1998, permite ao empregador a contratação de empregados por tempo determinado. Admite ainda a flexibilização da jornada de trabalho com a implementação de banco de horas e ainda flexibilizar a fórmula do

salário, que deverá ser mais voltada à produção, e aumentar o campo da terceirização de serviços.

Defendem-se novas formas de trabalho, diminuindo a centralização da relação de emprego, dando maior estímulo ao trabalho autônomo e ao cooperativismo, além da necessidade de descentralizar a negociação coletiva de toda uma categoria, para que seja feita por setores, sem a presença do sindicato.

3.1 A Nova classe trabalhadora

A exegese mais apropriada da norma constitucional indica que os titulares do direito do trabalho são todos os trabalhadores, e não apenas àqueles que possuem o vínculo de emprego. Ao contrário, chegaríamos ao absurdo do esvaziamento da norma constitucional, ante a diminuição, observada em escala mundial, dos empregos.

Também não se deve condicionar a proteção à relação de subordinação, ou se estaria excluindo os trabalhadores por conta própria: os agricultores, que trabalham em economia familiar; os trabalhadores eventuais; e, especialmente, aqueles obrigados a permanecerem no mercado informal. Todos estes titulares do direito ao trabalho, preconizado pelo art. 6º da Constituição.

Vale destacar o crescimento dos trabalhadores em tempo parcial, denominados *operários infenizados* ou subproletariado, que são os operários de trabalho-parcial, trabalho-precário, trabalho-por-tempo, trabalho por-hora. Tendência que se acentua tanto em função do ideário neoliberal como pela reestruturação produtiva, marcada pela tecnologia, pelo *toyotismo* e por experimentos de desregulamentação e flexibilização.

Segundo Ricardo Antunes, já se podem identificar as seguintes tendências do futuro da classe trabalhadora:

- “1) redução do operário manual, fabril, estável, típico da fase taylorista/fordista; 2) aumento do assalariamento dos trabalhadores temporários/precarizados; 3) aumento do trabalho feminino, tanto na indústria, quanto no setor de serviços; 4) expansão dos assalariados

médios nos setores de serviço em geral; 5) exclusão dos jovens e dos velhos.”¹²

À medida que o Direito do Trabalho veio na esteira do Estado social, protetor, que buscou compensar as desigualdades atribuindo no plano formal mais direitos, garantias ou prerrogativas aos mais fracos, buscando compensar a desigualdade real, o desemprego na nova economia está fazendo com que esta proteção se desloque do empregado para o emprego.¹³

Desta forma, o objeto tutelado pelo Direito Trabalhista passa a ser muito mais o emprego, e por conseqüência, quem o oferece, o que conseqüentemente resulta numa diminuição da antiga proteção aos trabalhadores.

3.2 O que é a flexibilização

O verbo português “flexibilizar” advém do latim “flecto, flectis, flectere, flexi, flectum”, que significa curvar, dobrar, fletir. Possui ainda, por complementação semântica, vários sentidos paralelos, como fazer voltar, mover, modificar, entre outros. A palavra tem, por conseguinte, dois sentidos. Etimologicamente, possui o sentido básico: dobrar. Já em sentido figurado, mudar de curso, de posição, etc. Em verdade, toda vez que se flexibiliza muda-se de situação, inclusive no Direito.¹⁴

Fernando Basto Ferraz considera a flexibilização do trabalho “a adequação das normas trabalhistas às exigências econômicas do mundo globalizado, que culmina com a precarização da relação formal de emprego”¹⁵

Para alguns a flexibilização tem significado uma verdadeira desregulamentação, com a extinção da norma protetora para que as condições de contrato sejam estabelecidas pela vontade das partes. Já os menos extremistas,

¹² ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. 2. ed., São Paulo: Perdizes, 2000, p. 133.

¹³ NASSIF, Elaine Noronha. *Fundamentos da flexibilização*. São Paulo, 2001, p. 61.

¹⁴ SILVA, Antônio Álvares da. *Flexibilização das Relações de Trabalho*. São Paulo, LTr, 2002, p.52.

¹⁵ FERRAZ, Fernando Basto. *Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho*. São Paulo, LTr, 2006, p. 18.

como *Franco Filho*¹⁶, defendem que:

“Para desregulamentar é imperioso preservar o mínimo adotando com a necessária cautela o neoliberalismo, que preconiza afastamento do Estado como gestor do desenvolvimento econômico e social. Atualmente, existem tendências para: 1) reduzir as normas regulamentadoras; 2) dar mais autoridade aos parceiros sociais; 3) garantir apenas o mínimo fundamental”.

Citando Tiziano Treu, o mesmo autor aponta algumas espécies de flexibilização:

- 1) A numérica ou externa permite ao empregador eliminar obstáculos legais à livre contratação e dispensa.
- 2) A flexibilização do tempo de trabalho permite horários de trabalho mais flexíveis. Esta espécie ganhou importância desde o final da década de 70. É adotada pela nossa CF em seu art. 7º, XII e XIV (respectivamente, jornadas de trabalho e turnos de revezamento).
- 3) A flexibilização funcional, a seu turno, refere-se à própria organização pessoal da empresa.
- 4) Vem-se, por fim, discutindo a necessidade de uma flexibilização salarial, o que é previsto no art. 7º, VI, da Constituição brasileira.

O Direito do Trabalho, em verdade, sempre foi um direito flexível, posto que a adaptação das relações de trabalho foi uma constante, já que sempre se adequou às novas necessidades econômicas e sociais.

Corroborando com tal entendimento Antônio Álvares da Silva, e afirma:

“Do trabalho escravo à *locatio conductio*, desta ao trabalho comunitário medieval, deste ao trabalho contratual da Revolução Francesa, que evoluiu para o trabalho contratual protegido do século passado, contracenando com o sistema fordista de produção, até chegar à tendência descentralizada, informal e flexibilizada dos dias atuais, cujo processo ainda se encontra em curso.

Esta flexibilização ou ajuste permite a visão diacrônica da relação de trabalho e, com ela, a parte mais significativa da História social da

¹⁶ FILHO, Franco. *Globalização e desemprego. Mudanças nas relações de emprego*. São Paulo, LTr, 1999. IN: NASSIF, Elaine Noronha. *Op. Cit.*, p.73

humanidade.”¹⁷

No sentido mais atual e objetivo, o que se observa é o desmonte do elemento protecionista, ou seja, a passagem de um contrato sujeito a regras tutelares de origem legal para o contrato destituído destes elementos, predominando a vontade das partes.

Este fenômeno teria como finalidade a facilitação da produção moderna e a concorrência entre empresas, que precisam livrar-se do excesso de limitações para serem mais ágeis e livres.

O caminho percorrido até hoje pelo Direito do Trabalho sempre foi o de garantir mais vantagens e benefícios jurídicos aos trabalhadores, buscando uma compensação da desigualdade social e econômica entre estes e os tomadores de serviço. Hoje o que se vê, no entanto, é um movimento contrário, ou seja, se está piorando a situação dos trabalhadores, retirando-lhes a norma protetora. Ao contrário da “flexibilidade in melius”, o que se observa é a chamada “flexibilidade in peius”, relegando o contrato de trabalho à autonomia da vontade, o que se observava anteriormente a Revolução Francesa.

3.3 Da necessidade de flexibilizar

O governo vem buscando, desde a década de 90, consenso no meio sindical para alterar o *caput* do artº 7º da CF/88, pois se considera o custo do trabalho no Brasil como causador do desemprego, que gera a percepção de que é necessário flexibilizar ainda mais as relações trabalhistas neste país.

Teresa Caram, em artigo jornalístico sobre o assunto publicado no ano 2000, escreve que a flexibilização não atenua o desemprego e ainda pode tornar o trabalho mais precário. Lê-se no citado artigo:

“É consenso entre economistas e especialistas em Direito do Trabalho que a supressão do termo de obrigatoriedade do art. 7º da Constituição – que dispõe sobre décimo terceiro salário, descanso

¹⁷Op. cit., p. 54.

remunerado, FGTS e multa de 40% sobre o fundo na demissão, licença maternidade, férias remuneradas e um terço de férias – aprofundará as desigualdades sociais no País e tornará o mercado de trabalho ainda mais precário. Mexer no artigo 7º da Constituição não implica apenas menos direitos para os trabalhadores. Tem efeito também sobre os próprios fundos ligados aos encargos trabalhistas no Brasil. *Cláudio Dedecca*, da Unicamp, diz que se o governo desmontar essa base de tributação sobre o trabalho afeta (*sic*) fundos importantes para ações sociais, como o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) – o primeiro utilizado para programas de qualificação e geração de emprego e o segundo no financiamento habitacional e obras de saneamento-, minando as bases do desenvolvimento social. [...] A proposta do governo de flexibilizar as relações de trabalho, defendida a “unhas e dentes” no Ministério do Trabalho sob a justificativa de que a medida vá reduzir o desemprego, não encontra eco nem mesmo entre as próprias empresas. O relatório anual do *World Economic Forum (WEF)*, preparado com base em informações colhidas nas 59 economias mais importantes do mundo, aponta que os executivos das multinacionais instaladas no Brasil consideram a legislação trabalhista do País satisfatória. Na classificação geral do item custo dos encargos trabalhistas, o Brasil alcançou em 99 a 36ª colocação, à frente da China, Hong Kong, Tailândia e Cingapura – países reconhecidos internacionalmente pela pouca proteção ao trabalho – e atrás da França, Alemanha e Itália, onde impera a rigidez trabalhista. [...] Defender a flexibilização como instrumento para gerar emprego é pura falácia. Basta olhar a Espanha e a Argentina - países que adotaram a flexibilização – para ver que isso não acontece. Na Espanha o desemprego bateu em 22% da população ocupada e na vizinha Argentina, o índice foi de 17% em 99. [...] Países onde o custo da mão-de-obra é mais baixo têm maior taxa de desemprego, a exemplo da Rússia, Índia e Brasil. Pesquisa realizada pelo economista da Unicamp, *Márcio Pochmann*, questiona a tese de que os avanços tecnológicos seriam responsáveis pelo desemprego já que os países mais afetados pelo

problema são justamente os mais atrasados”.¹⁸

Neste meso artigo, discorrendo sobre a flexibilização, a autora referencia-se a *José Pastore*, sociólogo e especialista em relações de trabalho, que defende a reforma trabalhista porque, para ele, “a legislação vigente é de tudo nada, ou se contrata legalmente pagando 102% a título de encargos sociais, ou se contrata ilegalmente ou na informalidade, pagando 0%”. Para ele, portanto, a ampliação do campo da negociação facilitaria a incorporação no mercado formal de trabalho de inúmeros profissionais, como autônomos, subcontratados, terceirizados.

Sobre as razões pelas quais têm sido o discurso da flexibilização bem aceito, aduz *Souto Maior*:

“O pressuposto de que o direito do trabalho precisa ser alterado para possibilitar o fortalecimento das empresas no ambiente de concorrência globalizada não encontra qualquer obstáculo de ordem moral, porque primeiro a globalização não é vista do seu lado perverso, e segundo, acredita-se que o custo do trabalho é elemento decisivo nessa concorrência e que se algo não for feito todo o país sentirá o efeito da perda da corrida econômica”.¹⁹

Em seu livro “O futuro do trabalho”, o sociólogo italiano *Domenico De Masi* analisa o desemprego:

“A verdadeira dificuldade para a nossa sociedade não é reduzir o tempo dedicado ao trabalho, mas não reduzi-lo: para isso, é preciso pagar (o menos possível) um exercito de desempregados; manter nas empresas uma relevante mão-de-obra excedente [...]; criar postos de trabalho, qualquer que seja a sua real utilidade; efetuar importantes pesquisas para tornar mais frágeis os bens de consumo, que, entretanto, não pedem mais do que durar muito; lançar dispendiosas campanhas publicitárias para convencer as pessoas a comprar coisas de que não têm nenhuma necessidade; fazer por

¹⁸ CARAM, Teresa. Novo ataque aos direitos trabalhistas: Proposta de flexibilização pode tornar o mercado de trabalho mais precário, sem atenuar o desemprego”. *Estado de Minas*. Belo Horizonte, 06 de fevereiro de 2000, Caderno Economia, p.5.

¹⁹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O Direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: Globo, 1999, p. 323.

onde manter o mais possível fora da vida profissional os jovens, as mulheres, os velhos e assim por diante. Pela indiferença que provoca nos cuidados com uma vida de trabalho cada vez mais precária e sem sentido, o desemprego transforma-se, por fim, uma fonte de risco para a ordem estabelecida. Vêem-se, então, os mantenedores dessa ordem (seja qual for a linha a que pertençam) reclamar em alta voz a criação de postos e trabalho como um fim em si, independentemente dos objetivos reais: tanto faz que sejam armas, equipamentos de alto luxo, pequenos objetos insignificantes ou aparelhos para tratamento de lixo radioativo, tudo está bem, contanto que para criar emprego. [...] Não se trata mais de trabalhar para produzir, mas de produzir para trabalhar. Todo um período histórico está, portanto, para ruir: aquele em que o trabalho humano constitui a fonte de toda riqueza. Em gestação há 25 anos, a terceira revolução industrial começou. [...] Ela rompe as ligações entre o aumento da produção e o aumento do emprego e deixa em má situação um dos dogmas keynesianos, segundo o qual a retomada dos investimentos reduz o desemprego. *Keynes* morreu e, com ele, as políticas do pleno emprego. A questão que se coloca atualmente é esta: a terceira revolução industrial conduzirá à sociedade do desemprego ou à do tempo livre? Libertara os homens do trabalho alienado ou nos alienará ainda mais com a atividade forçada? Levará a uma nova idade de ouro, em que se trabalhará cada vez menos, mas se disporá de uma massa crescente de riquezas, ou terminará por condenar alguns ao desemprego e outros à improdutividade?”²⁰

O que se observa é que sempre que se tenta discutir a flexibilização trabalhista, geram-se polêmicas muito mais ideológicas do que verdadeiras, gerando a possibilidade de a lei sair prejudicada, já que ela é muito mais verdade do que ideologia.

Construir um Direito do Trabalho que seja ao mesmo tempo flexível e adaptado às necessidades dos novos tempos e que também não prejudique o trabalhador se mostra não mais uma necessidade do futuro, mas algo presente nos

²⁰ DE MAIS, Domenico. *O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós industrial*. Trad. Yadyr A. Figueiredo. 3. ed., Rio de Janeiro: José Olympio; Brasília, DF: Ed. A UnB, 2000, pp. 286/290.

dias atuais.

Essa flexibilização, no entanto, não deve retirar do direito trabalhista o elemento protetor que lhe é inerente. O que deve haver é uma maior abertura à livre negociação entre prestadores e tomadores.

O elenco dos direitos trabalhistas no art. 7º da Constituição fixa um mínimo favorável, que só pode ser negociado se para ser aumentado.

O contrato de trabalho em que se fundamentam as atuais relações empregatícias no mundo ocidental, em maior ou menor extensão, tem alta dose de proteção, mas não há, decerto, jamais a exclusão da influência da vontade das partes contratantes.

É verdade que quanto menor o grau de preparo e educação do empregado, maior será a probabilidade de sua vontade restringir-se apenas a aderência às condições previamente estabelecidas. Mas, para os de maior qualificação, a sua vontade, em determinados casos, tem total predomínio.

A vontade heterônoma, através da convenção coletiva, também sempre existiu, embora em grau variável, de acordo com a capacidade negocial dos sindicatos.²¹

Não se tem notícia e nem seria concebível, a seu turno, um contrato de trabalho totalmente fechado, excluindo vontades autônoma e heterônoma, com regulamentação exclusivamente por leis, em qualquer ordenamento jurídico.

Assim, em excelente obra sobre o assunto, posiciona-se Antônio Álvares da Silva:

“A flexibilização como tendência atual jamais atingiu o extremo de excluir todas as normas protetoras. Basta que se consultem os repositórios legislativos dos países europeus da atualidade para se constatar que as leis não foram ab-rogadas, mas sim flexibilizadas, principalmente em certos pontos centrais do Direito do Trabalho, tais como proteção contra a dispensa, jornada de trabalho, novas normas de negociação coletiva, etc.

O esforço está concentrado mais na constituição de um trabalho flexível do que em uma flexibilização radical, excludente de direitos

²¹ SILVA, Antônio Álvares da. *Flexibilização das Relações de Trabalho*. São Paulo, LTr, 2002, p.57.

que, felizmente, ainda não foi introduzida”.²²

O grande problema encontrado não é a flexibilização dos direitos trabalhistas, posto que esta se mostra mais uma adaptação do mundo jurídico-normativo à realidade fática do que propriamente uma inovação ampla e desconstitutiva da norma protetiva inerente ao Direito, mas a atual crise econômica em que se encontram as empresas e as medidas que vem tomando ao usurpar essa flexibilização.

É claro que em meio a crises as empresas tendem a demitir alguns funcionários, reduzindo o número de trabalhadores para compensar a diminuição da busca por produtos, o que acaba gerando mais crise, visto que os trabalhadores desempregados na possuem poder de compra para aquecer a economia.

E é também nestes períodos de grandes demissões em massa que tendem a surgir em número muito mais expressivo os trabalhadores informais.

Assim, muito mais protetora é a norma que facilita uma contratação menos onerosa e mais flexível do que aquela que dificulta a ponto de tornar-se inviável em momentos de dificuldade financeira.

Mauricio Godinho Delgado, no entanto, esclarece que:

“as alterações normativas trabalhistas implementadas nas últimas décadas em parte significativa de países capitalistas ocidentais aprofundaram a crise e desvalorização do emprego e do trabalho, ao invés de reafirmarem seu primado na sociedade capitalista contemporânea.”²³

Afirma o ilustre autor, que as medidas de diminuição na proteção ao trabalhador agravariam as diferenças sociais e os efeitos sofridos pelos trabalhadores, em face da conseqüente concentração de riqueza e diminuição do valor-trabalho a renda nacional correspondente.

Não está o presente trabalho, contudo, defendendo posição de desregulamentação dos direitos trabalhistas para deixar o contrato ao livre arbítrio das partes. Muito pelo contrário.

²² Idem.

²³ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego. Entre o paradigma da Destruição e os Caminhos de Reconstrução*. São Paulo, LTr, 2008. p.61.

Diferente do Estado mínimo defendido por alguns estudiosos e doutrinadores, acreditamos que a melhor solução seria uma legislação mais abrangente, atual e de acordo com a realidade.

Não é rara a celebração de acordos entre empregadores e empregados no sentido de fraudar o fisco, declarando remunerações menores do que as realmente pagas a fim de diminuir a incidência de descontos e impostos a ambas as partes.

Ocorre que tais combinações dificultam (e muito) ao trabalhador a cobrança dos seus direitos na hora de buscar o que lhe caberia e não foi devidamente pago. Ou mesmo na hora de receber encargos por resolução do contrato, por exemplo.

Quando defendo a flexibilização, defendo a feita através de normas que visem justamente à proteção daquele trabalhador que acabaria não sendo protegido pelo ordenamento jurídico, por se manter na informalidade, nunca a que se está observando, fortalecendo-se no sentido de diminuir a proteção aos trabalhadores, agravando a sua hipossuficiência.

3.3.1 A Teoria da Flexibilização Diferenciada e as Pequenas Empresas

Orlando Teixeira da Costa foi o primeiro a utilizar a expressão flexibilização diferenciada em relação à pequena empresa.

Conjetura tal teoria a necessidade de que a legislação fiscal, além da trabalhista, seja diferenciada no que se refere à regular à pequena empresa, para que se alcance o objetivo da busca e preservação da empregabilidade (incluindo-se na garantia ao pleno emprego a diminuição do trabalho informal).

Esse favorecimento significa que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem empregar às pequenas empresas tratamento jurídico individualizado, tendo em vista estimulá-las à ampliação pela facilitação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias (art. 179), a que se acrescentam as trabalhistas.

Neste sentido, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), por meio da Recomendação nº 189, de 1998, preceitua que, ao lado de políticas fiscais e

monetárias em favor do crescimento das pequenas e médias empresas, os Estados-membros devem prever formas contratuais e modelos de legislação sociais e trabalhistas adequados, visando à criação de empregos.

Na mesma linha da Constituição de 1998, o Código Civil de 2003 adota, no livro II, sobre o Direito de Empresa, em seu artigo 970, tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário quanto à inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis e aos efeitos daí decorrentes.

Tal teoria, já há muito adotada pelos países membros da União Européia, se baseia no fato de que, nas pequenas empresas, a diferença entre trabalhador e empregador não é do mesmo tamanho da que se encontra nas grandes corporações. Não há aqui uma realidade tão diferenciada entre as partes, o que justifica que também o pequeno empresário mereça proteção. Afinal, é melhor para a toda sociedade que se conceda tais benefícios, para que o objetivo da preservação do emprego seja atingido, pois a heteronímia das normas trabalhista resultante de leis protecionistas ou cláusulas trabalhistas *in melius*, sem considerar a realidade da empresa, sobre tudo da pequena empresa, é a causa maior da informalidade.

3.4 Flexibilização e desregulamentação no Brasil

O processo brasileiro de flexibilização do Direito do Trabalho vem se mostrando, formalmente, pouco ou não negociada. Quanto à finalidade mostrando-se de adaptação, e especialmente de desregulamentação e destituição de direitos.

Quanto ao objeto, manifesta-se, internamente, pelas medidas legislativas que incentivam a flexibilidade da jornada de trabalho e da remuneração do trabalhador. Externamente, explicita-se pela deliberação das lógicas privatistas na oferta e na demanda de trabalho com o desmantelamento de mecanismos de proteção à despedida (tem como marca atual de desregulamentação a renúncia à Convenção 158 da OIT²⁴, mas já observável desde o fim da estabilidade decenal),

²⁴ Adotada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho reunida em Genebra em 2 de junho de 1982, aprovada inicialmente pelo Brasil através do Decreto Legislativo

bem como pela multiplicação de possibilidades de emprego precário e temporário (tendo como marco a Lei n. 9.601/98).

3.4.1 Instituição do FGTS e o fim da estabilidade decenal

Há regulamentação do trabalho há muito vem sendo marcada pela flexibilidade. A Lei n. 5.105 de 13 de setembro de 1966, que instituiu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) ²⁵, acabou com a restrição que havia ao poder dos empregadores de desconstituir as relações de trabalho sem justo motivo. Mais tarde, o ingresso no mercado de trabalho foi novamente flexibilizado por intermédio da Lei n. 6.019 de 3 de janeiro de 1974, que regulou o trabalho temporário. Ainda, as políticas salariais precárias que marcam o caso brasileiro sempre estimularam as empresas a valerem-se da solicitação de horas extraordinárias para complementar a defasagem de pessoal. *Viana* lembra ainda os longos anos de inflação que serviram para reduzir os salários dos trabalhadores, a ameaça de desemprego para conter as greves e a indiferença dos governos no que se refere à fiscalização do trabalho.²⁶

3.4.2 A CF/88, a negociação coletiva e a Convenção 158 da OIT

A Constituição Federal de 1988 não alterou profundamente nenhum elemento estrutural do nosso sistema de relações de trabalho; na verdade, fomentou a prática da flexibilização de direitos trabalhistas, embora condicionando à forma negociada (sem alterar, contudo, substancialmente, a estrutura sindical). E,

n. 68 de 17 de setembro de 1992, sendo seu instrumento de ratificação promulgado pelo Decreto presidencial n. 1.855 de 10 de abril de 1996.

²⁵ Lei alterada pelo Decreto-Lei n. 20 de 14 de setembro de 1966 (regulamentado pelo Decreto n. 59.820 de 20 de dezembro de 1966), que por sua vez foi também alterado pelo Decreto n. 61.405 de 28 de setembro de 1967. Posteriormente a Lei n. 7.839 de 12 de outubro de 1989 revogou a Lei 5.107/66. Atualmente, o FGTS é regulado pela Lei n. 8.036 de 11 de maio de 1990.

²⁶ VIANA, M.T. *“Desregulamentar ... regulamentando”*. In *Revista LTr*. São Paulo, v. 59, n. 07, jul.1995, p.888.

considerando a já tradicional ausência de rigidez que há muito marca o nosso mercado de trabalho, as idéias flexibilizadoras impositivas ganham cada vez mais força. Prova disso é a denúncia a Convenção n. 158 da OIT, a Lei n. 9.601/98 que estabelece o contrato de trabalho temporário e a alteração do art. 59 da CLT, que flexibiliza a jornada de trabalho.

A Convenção 158 trata de limitar o poder discricionário do empregador de destituir sem qualquer motivo a relação de trabalho. Pelo que se infere do seu teor, a despedida individual ou coletiva fica subordinada a alguns requisitos procedimentais, como o direito de defesa, tentativa de reversão das dispensas coletivas, e envolvimento das autoridades locais na tentativa de revisão total ou parcial das despedidas. Dessa forma, passa a despedida imotivada a ser passível de reparação por via de reintegração no emprego (art. 10 da Convenção 158 da OIT).

A adoção dessa convenção suscitou algumas polêmicas acerca de sua constitucionalidade formal, pois a CF/88 estabelece, em seu art. 7º, I, que o mecanismo de proteção da relação de emprego à despedida arbitrária deve ser instituído via Lei Complementar. A Convenção 158 foi aprovada pelo texto do Decreto Legislativo n. 68, de 16 e setembro de 1992 e promulgada pelo Decreto n. 1.855, de 10 de abril de 1996, ou seja, por instrumento legislativo diferente, com *quorum* de aprovação menos dificultado (o que torna o vício de processo legislativo insanável). Posta a controvérsia, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) e a Confederação Nacional do Transporte (CNT) interpuseram Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (STF), que concedeu liminar suspendendo a eficácia do Decreto n. 1.855/96. Em 2001, o STF julgou pela inconstitucionalidade da Convenção em análise.

Ocorre que solução muito mais simples seria a incorporação do teor da convenção a uma lei Complementar, já que materialmente não havia qualquer incompatibilidade. Ao optar pela denúncia da convenção, o governo brasileiro manifestou clara opção política mais condizente com a lógica da acumulação flexível.

3.4.3 Lei 9.601/98

A Lei 9.601 de 21 de janeiro de 1998²⁷ também surge para tornar o mercado de trabalho mais flexível. A primeira grande modificação que traz diz respeito ao contrato de trabalho por prazo determinado, instituindo uma nova modalidade que foge da condição de excepcionalidade com que tais espécies contratuais são tratadas na CLT.

Há, portanto, um claro processo de duplo deslocamento no modo de inserção do trabalhador no mercado de trabalho. Primeiro, porque institui uma forma contratual que antes era tida como excepcional em função da desvantagem causada ao trabalhador. Segundo, porque desloca essa espécie contratual do plano consagrado da lógica da preservação (individual) para o plano consagrado da autonomia da vontade (coletivo). Em última análise, essa nova espécie tem o propósito de adaptar o marco regulatório preservacionista às exigências de flexibilidade que marcam os novos paradigmas de organização produtiva.

Ressalte-se que o deslocamento do modo de inserção do trabalhador do plano individual para o coletivo, por si só, não significa necessariamente o afastamento da lógica preservacionista. A consagração do princípio da autodeterminação das vontades coletivas pode ser um eficiente modo de efetivação da lógica da preservação, desde que observados os requisitos de valorização do movimento sindical. É onde reside o grande problema do modelo de flexibilização no Brasil.

3.4.3.1 Problemas do sindicalismo brasileiro

Embora a CF/88 enuncie, em seu art. 8º o princípio da liberdade de associação sindical ou profissional, manteve a necessidade do reconhecimento do sindicato pelo Estado, o princípio da unicidade sindical, a divisão do movimento sindical por categoria profissional ou econômica e a obrigatoriedade das

²⁷ Regulamentada pelo Decreto n. 2.490 de 05 de fevereiro de 1998.

contribuições sindicais²⁸. Não se diferencia a rigor, da estrutura corporativista em vigor desde a década de 30. Segundo *Benites Filho*:

“(...) o novo texto constitucional criou um modelo jurídico-formal ‘híbrido’ posto que se afasta do tradicional corporativismo ao desvincular o sindicato do controle estatal, mas não chega a alcançar os princípios fixados pela Convenção n.87 da OIT. Isto se evidencia pela manutenção do sistema jurisdicional de solução dos conflitos coletivos (arbitragem estatal compulsória), pela unicidade sindical, pela contribuição sindical, pelo voto obrigatório dos aposentados nas eleições sindicais (...). A organização vertical foi reforçada pela norma constitucional quando já vinha dando mostras de sua superação de fato pela nova estrutura emergente – as centrais sindicais intercategoriais. (...) é imperioso reconhecermos a preponderância dessas organizações no direcionamento dos rumos adotados pelos sindicatos de base. Todavia, as chamadas centrais – que de certo modo crescente vêm assumindo perfil sindical propriamente dito, foram, por sua vez, ignoradas pelo texto constitucional, encontrando-se indisfarçadamente mal acomodadas no ordenamento jurídico sindical”.²⁹

Ainda, as atuais condições da representação sindical brasileira dificultam em muito a possibilidade de efetivação da lógica preservacionista via negociação coletiva. Conforme explica *Viana*, o Brasil possui mais de 20 mil sindicatos, sendo que a grande maioria não tem grande representatividade. Mesmo as centrais sindicais não abarcam mais de 30% desse número, concentrando, portanto, suas lutas em torno de poucas categorias mais organizadas, como metalúrgicos, bancários, servidores públicos e da área e transportes.³⁰ Faltam, portanto, os requisitos básicos para que o princípio da autodeterminação das vontades coletivas se configure como instrumento de efetivação da lógica preservacionista própria do Direito do Trabalho.

²⁸ Art. 8º, incisos I, II e IV da Constituição Federal de 1988.

²⁹ BENITES FILHO, F. A. *Sistema de relações industriais no Brasil: a transição do cooperativismo à liberdade sindical*. In ARRUDA JUNIOR, E.L. (org) *Lições de direito alternativo do trabalho*. São Paulo, Acadêmica, 1993, p. 56.

³⁰ VIANA, M. T. *Op. Cit.*, p. 886.

Sobre o tema, Fernando Basto Ferraz, de maneira clara e objetiva assim se manifesta:

“Não há liberdade sindical no Brasil, uma vez que ainda persiste em nosso ordenamento jurídico, conforme preconiza o art. 8ª, inciso II, da Constituição Federal, a unicidade sindical. O trabalhador brasileiro continua sem ter liberdade de escolher em que sindicato deve se filiar. Mesmo sem estar filiado ao sindicato único de sua categoria, o que este convencionar com o sindicato patronal correspondente, através de convenção coletiva, as cláusulas nesta pactuadas o alcançarão. Nossos constituintes, embora tenham avançado substancialmente ao desatrear do Estado a criação de sindicatos em nosso país, aparentemente não resistiram às pressões dos lobistas encastelados no poder dos sindicatos que não desejam mudanças em seu *status quo*.”³¹

3.4.3.2 Contrato de trabalho por prazo determinado

O contrato de trabalho por prazo determinado é conceituado pelo § 1º do art. 443 da CLT, *in verbis*:

§ 1º. 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.

Já o seu §2º determina os requisitos de validade desse contrato, vejamos:

§ 2º. O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

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

Embora *Valetin Carrion* defenda a possibilidade de prorrogação do contrato por prazo determinado de 2 (dois) anos por igual período, é claro o art. 445

³¹ FERRAZ, Fernando Basto. *Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho*. São Paulo, LTr, 2006, p. 70.

da CLT ao afirmar que o contrato de trabalho por prazo determinado não poderá ser estipulado por mais de 2 (dois) anos, recomendando seja observada a regra do art. 451 da CLT, que estabelece que quando este tipo de contrato for prorrogado, tácita ou expressamente, mais de uma vez, passará a vigorar sem determinação de prazo.³²

Pela lei n. 9.601/98, as empresas com parcela inferior a 50 trabalhadores poderão admitir 50% de seu quadro de pessoal em regime de contrato temporário; as empresas com parcela entre 50 e 199 trabalhadores poderão admitir 35%; e as empresas com mais de 200 trabalhadores, 20%³³. Sua adoção é restrita a novos contratos de trabalho, devendo ser observada a média aritmética dos empregados contratados por contrato a prazo indeterminado na empresa no período de 1º de julho a 31 de dezembro de 1997³⁴, não permitindo a alteração dos contratos vigentes.

Lei n. 9601/98 prevê, inda, a redução de encargos sociais e direitos trabalhistas, como:

- a) o não pagamento da multa prevista no art. 479 da CLT, no caso da rescisão antecipada – embora estabeleça como cláusula necessária da prévia negociação coletiva obrigatória a estipulação de indenização compensatória para os casos e rescisão antecipada do contrato a prazo³⁵;
- b) a redução, por um prazo de trinta e seis meses a contar da publicação da Lei, de 50% do valor habitual das alíquotas de seguro acidente de trabalho, do salário educação, do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) e do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE), bem como das contribuições para o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI), para o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC), para o Serviço Nacional de Aprendizagem de Transporte (SENAT), para o Serviço Social da Indústria (SESI), para o Serviço Social do Comércio (SESC) e para o Serviço Social do Transporte (SEST)³⁶;

³² FERRAZ, Fernando Basto. *Op. cit.*, p. 158-159.

³³ Art. 3º, incisos I, II e III, respectivamente, da Lei 9.601/98.

³⁴ Parágrafo único do art. 3º da Lei n. 9.601/98, bem como o art. 6º do Decreto n. 2.490/98.

³⁵ Art. 1º, §1º, inciso I da Lei 9.601/98.

³⁶ Art. 2º, inciso I da Lei 9.601/98, com redação dada pela Medida Provisória 1952-18 de 9 de dezembro de 1999.

c) e a redução do valor recolhido para o FGTS, de 8% para 2% - aqui também a lei estipula a necessidade de cláusula obrigatória em negociação coletiva, estabelecendo algum depósito mensal compensatório a favor do empregado³⁷.

A inefetividade de formas contratuais com determinação de prazo como meio de combate ao desemprego pôde ser comprovada nas experiências internacionais. Na Espanha, em 19 de dezembro de 1994, foi editado o Decreto Real n. 2.546, demarcando uma série de hipóteses de contratação por prazo determinado³⁸. Essas alterações, no entanto, não tiveram o condão de alterar os altos índices de desemprego, que aumentaram de 22,1% para 22,8% entre 1994 1996³⁹. Assim, em 9 de maio de 1996, as entidades sindicais e patronais espanholas propuseram ao Governo a revisão das medidas⁴⁰, que culminou no “*Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad Del Empleo*”. Em 17 de maio de 1997 foram editados os Decretos Reais números 8 e 9, que estabelecem incentivos para a “*contratación indefinida*”. Assim, reconheceu-se a ineficácia da flexibilização normativa relativa ao contrato estável como instrumento de combate ao desemprego⁴¹.

Na Argentina, a situação não foi diferente. No período compreendido entre 1990 e 1995, várias medidas “flexibilizantes” do Direito do Trabalho foram tomadas, sob o pretexto de combate ao desemprego. Dentre essas, destaca-se a “*Ley Nacional de Empleo – LNE*”, de 26 de dezembro de 1991, que estabeleceu, entre outras medidas, o contrato por prazo determinado. No entanto, tais medidas não impediram que a taxa de desemprego, no referido período, aumentasse

³⁷ Art. 2º, inciso II e parágrafo único da Lei n. 9.601/98.

³⁸ As hipóteses consistiam nas seguintes: contrato de obra ou serviço determinado; contrato eventual por circunstâncias da produção; contrato e interinidade. In RAMOS, A. *Acumulação flexível e contrato temporário de trabalho*, 1998. 160 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Curso de Pós – Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p.90-93.

³⁹ SILVA, R P. “ O neoliberalismo e o discurso da flexibilidade dos direitos sociais relativos ao trabalho”. In ARRUDA JUNIOR, E. L. e RAMOS, A. (orgs.). *Op. cit.*, p. 73.

⁴⁰ “A eliminação da contratação temporária na Espanha, por mais paradoxal que pareça, se deve a pedido das centrais sindicais de trabalhadores e empresários, pelas seguintes razões: a) grande percentagem de empregados foi substituída por contratos provisórios, acelerando a rotatividade de mão-de-obra; b) o comércio passou a negar crédito para vendas a prazo, com o que reduziram o consumo e a produção de bens para o mercado interno; e c) as empresas deixaram de investir na reciclagem profissional porque a maioria dos empregados era transitória”. SILVA, R. P. *Ibidem*, p.73.

⁴¹ RAMOS, A. *Op. cit.* p. 90-93.

significativamente⁴².

3.4.3.3 Banco de horas

A Lei n. 9.601/98 também introduziu no ordenamento juslaborista pátrio o chamado “banco de horas”, modificando o §2º do art. 59 da CLT e acrescentando-lhe um §3º⁴³. Em sua redação original, o §2º do art. 59 estabelecia que o empregador ficaria dispensado do pagamento de horas extras se o excesso de jornada trabalhado em um dia fosse compensado em outro, de modo a não exceder a jornada semanal, hipótese condicionada a acordo ou contrato coletivo⁴⁴. Pelo art. 6º da Lei n. 9.601/98, o prazo semanal foi dilatado, de modo que o empregado não receberia adicional de horas extras se o excedente de jornada trabalhado fosse compensado em um período posterior máximo de cento e vinte dias, hipótese condicionada a acordo ou convenção coletiva⁴⁵. Atualmente, esse prazo para compensação está dilatado, via Medida Provisória, para um ano.

A limitação do tempo de trabalho representa um dos princípios clássicos de Direito do Trabalho que se universalizou, visando à proteção do trabalho e à dignidade do trabalhador, garantindo-lhe tempo para o seu descanso físico e mental, bem como para a convivência com sua família, ou ainda, para o exercício de outras atividades de lazer que o competem. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 garante aos trabalhadores limitação diária (oito horas) e semanal (quarenta e quatro

⁴² RAMOS, A. *Ibidem*, p. 93-95.

⁴³ Pela Lei n. 9.601/98, acrescentou-se o §3º o art. 59 da CLT, com a seguinte redação: “Na hipótese de rescisão do contrato de trabalho sem que tenha havido a compensação integral da jornada extraordinária, na forma do parágrafo anterior, fará o trabalhador jus ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão”.

⁴⁴ §2º do art. 59 da CLT, em sua redação original: “Poderá ser dispensado do acréscimo de salário se, por força de acordo ou contrato coletivo, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda o horário normal da semana nem seja ultrapassado o limite máximo de 10 (dez) horas diárias”.

⁴⁵ Nova redação do §2º do art. 59 da CLT, de acordo com o art. 6º da lei n. 9.601/98: “Poderá ser dispensado do 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 cento e vinte dias, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem ultrapassando o limite máximo de dez horas diárias”.

horas) de prestação laboral, facultada a compensação de horário e a redução de jornada mediante negociação coletiva⁴⁶. Garante, igualmente, remuneração do sério extraordinário pelo menos 50% superior ao salário⁴⁷.

Com a nova sistemática e compensação de jornada, introduziu-se no ordenamento juslaborista pátrio a *base anual como limite temporal de jornada de trabalho*. Essa medida propicia uma maior exploração do trabalhador, deslocando o sentido da regulação da limitação da jornada de trabalho – da preservação da integridade humana para a preservação da capacidade de produção. Amplia, portanto, de forma desfavorável ao trabalhador, a duração da jornada. Longe de representar uma medida efetiva de combate ao desemprego, constitui-se em um artifício para se possibilitar o incremento da produtividade empresarial com menores custos, de acordo com os novos paradigmas de organização produtiva flexíveis, dispensando o pagamento das horas extras.

⁴⁶ Art. 7º, inciso XIII da CF/88.

⁴⁷ Art. 7º, inciso XVI da CF/88.

4 PEJUTIZAÇÃO

Como visto, a partir da década de 90, fortificou-se no Brasil a tendência à flexibilização das normas trabalhistas. É justamente em decorrência desse contexto de “afrouxamento” das regras impostas às relações trabalhistas que surge o fenômeno da Pejutização, ou ainda Pejotização, como a mídia e os movimentos sindicais o tem chamado.

A Pejutização é nada mais que, a contratação de trabalhadores para a prestação de serviços intelectuais através de pessoa jurídica.

Ao viabilizar esta prática, o que ocorreu pelo artigo 129 da lei nº 11.196/2005⁴⁸, buscava-se por um lado simplificar a legislação do trabalho, para diminuir o número de trabalhadores na informalidade; e por outro flexibilizar para que os empregadores possuíssem a liberdade de contratar sob outras formas que não as regidas por normas trabalhistas.

É, em verdade, uma espécie de flexibilização da relação de emprego.

Aqui, como costume no Direito Trabalhista, os fatos anteciparam-se a norma. Esta apenas buscou regularizar uma prática que já vinha se firmando no mercado de trabalho.

Ocorre que a prática ao se tornar normatizada torna-se, também, muito mais poderosa. Assim, os limites à sua aplicabilidade devem ser sempre muito bem estabelecidos, o que nem sempre pode ser observado.

Entre as conseqüências de se admitir a contratação de mão-de-obra mediante pessoa jurídica estão: a permissão para a formalização das prestações de serviço de natureza intelectual – científico, artístico e cultural – anteriormente encontrados na informalidade; conversão de muitas relações de emprego para a nova modalidade; e o estabelecimento de novas contratações sob essa modalidade.

Se bem utilizada, é uma ótima ferramenta tranquilizadora do meio

⁴⁸ Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no [art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002](#) - Código Civil.

econômico, pois enquadra essas relações de trabalho, antes praticadas sob o risco do tomador de serviço, na forma legal. O que se tem observado, no entanto, é o aproveitamento dessa possibilidade por empregadores de má fé, que se utilizam do mecanismo para fugir dos encargos gerados pela relação de emprego, obrigando verdadeiros **empregados** a criarem pessoas jurídicas e estabelecerem contratos de prestação de serviços.

Diante desta situação, surgiram duas correntes acerca da viabilidade e legalidade da “Pejutização”.

A primeira sustenta principalmente que a proteção trabalhista parte do pressuposto da hipossuficiência do trabalhador, não importando suas condições econômicas ou prestígio frente ao poderio econômico do empregador.

Além disso, defende que a legislação trabalhista é de natureza cogente e que o parágrafo único do artigo 3º da CLT garante a inexistência de distinções entre o trabalho intelectual, técnico ou manual⁴⁹.

Por outro lado, a corrente contrária sustenta especialmente que o serviço intelectual elimina a hipossuficiência do trabalhador, cabendo-lhe a escolha da lei de regência relativa ao trabalho prestado, defendendo, ainda, que os incentivos fiscais e previdenciários compensariam os benefícios trabalhistas⁵⁰.

O questionamento desses intérpretes quanto a essa norma, destarte, diz respeito à possibilidade de o destinatário da norma trabalhista poder se privar da proteção que lhe é inerente, especialmente no que diz respeito aos direitos de indisponibilidade absoluta, uma vez que os direitos trabalhistas básicos têm fundamento constitucional.

4.1 Pressupostos para a aplicação do art. 129 da Lei 11.196/05

A Lei 11.196 possui natureza fiscal, possuindo o referido artigo 129 regra de exceção ao sistema trabalhista, devendo sua interpretação, por esta razão, ocorrer de forma restrita. Para que não se desvirtue a finalidade da norma, cuja

⁴⁹ BELMONTE, Alexandre Agra. *Pejutização, intermediação de venda de seguros, participação em blogs de consultas e opiniões e contratos de figuração avulsa – algumas reflexões*. In Suplemento Trabalhista nº 066/07. São Paulo: LTr, 2007.

⁵⁰ Idem

liberação do vínculo de emprego ocorre apenas para efeitos fiscais e previdenciários, impõe-se a delimitação dos conceitos jurídicos que envolvem a matéria. Assim, encontrando-se na relação os elementos caracterizadores da relação de emprego, deverá ser aplicado o princípio da primazia da realidade trabalhista, prevalecendo esta última relação e sendo desconsiderada a pessoa jurídica.

Além disso, essa modalidade contratual rege-se pela locação de serviços de que tratam os artigos. 593 a 609 do Código Civil.

Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante e Francisco Ferreira Jorge Neto⁵¹ citam ao menos quatro pressupostos para a aplicação do artigo estudado: a) existência de um contrato de prestação de serviço regulado pelo Código Civil; b) que os serviços possuam natureza intelectual, dentro da qual se incluem o trabalho científico, o artístico e o cultural; c) a constituição de uma pessoa jurídica pelos prestadores de serviço; d) a prestação dos serviços intelectuais poder ser feita pessoalmente pelo sócio da Pessoa Jurídica ou por terceiros por ele designados, inclusive na qualidade de empregado da PJ. Francisco Meton Marques de Lima⁵² acrescenta como quinto pressuposto a não caracterização do contrato de emprego e observa que a natureza da PJ deve ser, de preferência, simples.

Passemos a analisar cada um desses pressupostos.

4.1.1 Contrato de Prestação de Serviços no Código Civil

Constitui prestação de serviço “toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, (...) contratada mediante retribuição” (CC, art. 594)⁵³. Desse modo, seja qual for a sua natureza, qualquer serviço, desde que lícito, pode ser objeto do aludido contrato.

⁵¹ “Aspectos do art. 129 da Lei 11.196, da Terceirização e do Direito do Trabalho”. In Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC, ano XIII, n. 149, julho/2006, pp. 582.

⁵² “A ‘Pejutização’ do Contrato de Trabalho – Retorno ao Principio da Autonomia da Vontade – Lei N. 11.196/05”. In Revista LTr. 71-06/689 Vol. 71, nº 06, junho de 2007.

⁵³ Segundo Sílvio Venosa, prestação de serviço pode ser conceituada como “o contrato sinalagmático pelo qual uma das partes, denominada prestador, obriga-se a prestar serviços a outra, denominada dono do serviço, mediante remuneração” (Direito Civil, v.III, p. 187).

Trata-se de contrato bilateral e sinalagmático, porque gera obrigações para ambos os contratantes. Ao passo o prestador assume uma obrigação de fazer perante o dono do serviço, este, por seu turno, obriga-se a remunerá-lo (normalmente contraprestação pecuniária) pela atividade realizada.

É também contrato oneroso, pois traz benefícios e vantagens a ambos os contratantes. Embora não adstrita ao salário mínimo estabelecido por lei, sendo regida pelo princípio da autonomia da vontade, não pode afastar-se das cláusulas gerais que consagram a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva (CC, arts. 421 e 422). É, ainda, contrato consensual, já que se aperfeiçoa mediante simples acordo de vontades. É, também, contrato não solene, podendo ser celebrado verbalmente ou por escrito.

O Código Civil, no entanto, trata apenas de forma residual acerca dos contratos de prestação de serviços. Assim, estes contratos por ele regulados são àqueles sobre os quais não dispõem às leis trabalhistas ou a lei especial (art. 593 do CC/2002), como os regulados pelo código de defesa do consumidor, que obedecem às suas respectivas normas próprias, sem distinguir a espécie de atividade prestada pelo locador ou prestador de serviços, que pode ser profissional liberal ou trabalhador braçal. Vale aqui lembrar que, para ser albergado pela exceção do art. 129 da Lei 11.196/05 o trabalho terá que ser o intelectual.

Estabelece o art. 598, *in verbis*:

Art. 598. A prestação de serviço não se poderá convencionar por mais de quatro anos, embora o contrato tenha por causa o pagamento de dívida de quem o presta, ou se destine à execução de certa e determinada obra. Neste caso, decorridos quatro anos, dar-se-á por findo o contrato, ainda que não concluída a obra.

Tal dispositivo possui o intuito de evitar trabalhos em regimes demasiadamente longos, a ponto de tornar-se um “regime de escravidão”.

Nada obsta, entretanto, que, findo o quadriênio, novo contrato seja ajustado entre as partes pelo mesmo prazo, pois, o que “a lei tem em mira, ao fixar tal limite, foi permitir que, de quatro em quatro anos, no máximo, readquirira o prestador plena liberdade de movimentos, podendo livremente permanecer ou sair”

Estabelece o art. 599 e parágrafo único que, quando o contrato for estipulado sem prazo determinado e nem se podendo inferir da sua natureza, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode resolver o contrato. O aviso será dado: *I - com antecedência de oito dias, se o salário se houver fixado por tempo de um mês, ou mais; II - com antecipação de quatro dias, se o salário se tiver ajustado por semana, ou quinzena; III - de véspera, quando se tenha contratado por menos de sete dias.* A inobservância do aviso poderá gerar direito às perdas e danos à parte prejudicada. Havendo justa causa, porém, para a resolução do contrato, desnecessário se torna o aviso prévio.⁵⁵

Destaque-se que não se conta no prazo do contrato o tempo em que o prestador de serviço, por culpa sua, deixou de servir.

A contratação dos serviços deve ser feita preferencialmente mediante contrato escrito. Na hipótese de qualquer das partes não souber ler, nem escrever, o instrumento poderá ser assinado a rogo, ou seja, assinado por outra pessoa e subscrito por duas testemunhas. A falta de contrato não é fundamento suficiente para que uma pessoa que realmente se utilizou dos serviços de outrem se negue a efetuar a retribuição pecuniária. Entende-se que o consentimento pode ser implícito, inferido do próprio fato da prestação de do serviço.⁵⁶

Quanto ao valor a ser cobrado na prestação dos serviços, este deverá ser previamente estabelecido. Entretanto, não tendo sido estipulado, nem chegado a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade. Quanto ao momento do pagamento da remuneração, estabelece o artigo 597 do código civil que deverá ser feito depois de prestado o serviço, se, por convenção, ou costumes, não houver de ser adiantada, ou paga em prestações.

Quanto à abrangência do trabalho pactuado, não sendo o prestador de serviço contratado para certo e determinado trabalho, entender-se-á que se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com as suas forças e condições, e mais, o prestador de serviço contratado por tempo certo, ou por obra determinada, não se pode ausentar, ou despedir, sem justa causa, antes de preenchido o tempo, ou

⁵⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, v.5, p. 218.

⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v.III. p. 338.

⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. III, p. 390.

concluída a obra.

Por outro lado, se ele se despedir sem justa causa, terá direito à retribuição vencida, mas responderá por perdas e danos. O mesmo dar-se-á, se despedido por justa causa. Havendo despedida sem justa causa por iniciativa do tomador dos serviços, este será obrigado a pagar ao prestador por inteiro a retribuição vencida, e por metade a que lhe tocava de então ao termo legal do contrato.

Há uma particularidade a ser observada quanto à prestação dos serviços exigirem habilitação legal, a exemplo de engenheiro, contador e outras profissões legalmente regulamentadas. Determina o artigo 606 do código que:

“(...) se o serviço for prestado por quem não possua título de habilitação, ou não satisfaça requisitos outros estabelecidos em lei, não poderá quem os prestou cobrar a retribuição normalmente correspondente ao trabalho executado. Mas se deste resultar benefício para a outra parte, o juiz atribuirá a quem o prestou uma compensação razoável, desde que tenha agido com boa-fé.”

Observe-se que pelo parágrafo único do referido artigo não se aplica a segunda parte deste artigo, quando a proibição da prestação de serviço resultar de lei de ordem pública.

Quanto à extinção da avença, contrato de prestação de serviço acaba com a morte de qualquer das partes. Termina, ainda, pelo escoamento do prazo, pela conclusão da obra, pela rescisão do contrato mediante aviso prévio, por inadimplemento de qualquer das partes ou pela impossibilidade da continuação do contrato, motivada por força maior.

Findo o contrato, o prestador de serviço tem direito a exigir da outra parte a declaração de que o contrato está findo. Igual direito lhe cabe, se for despedido sem justa causa, ou se tiver havido motivo justo para deixar o serviço (CC, art. 604).

4.1.2 Serviços de Natureza Intelectual

Incluem-se na categoria de trabalho intelectual, três especialidades: o de natureza científica, artística e cultural.

O trabalho intelectual é o que envolve a manifestação do intelecto, em todos ou qualquer dos seus sentidos: *intuitivo*, *operativo* ou *compreendente*, ou seja, a ação criativa ou recriativa, de ordem física e/ou mental, concebida a partir da compreensão abstrata do objeto.⁵⁷

Segundo Nicola Abbagnano, o termo tem sido usado pelos filósofos em duplice significado: a) um genérico como faculdade de pensar em geral; b) um significado específico como uma particular atividade ou técnica de pensar.

No sentido genérico, como faculdade geral do pensar, encontram-se nomes como Platão, Aristóteles, Leibniz e Kant. Para Platão, intelectual é a atividade que pensa e que, portanto, dá limites, ordem e medida às coisas. Aristóteles, dando eco a Parmênides de Eléia, entende por I. “aquilo pelo qual a alma raciocina e compreende”. Leibniz, a seu turno, percebia por I. “a percepção distinta unida à faculdade de refletir, que não existe na alma dos animais”. Na mesma linha de pensamento, Kant diz que “I. é a faculdade de pensar o objeto de intuição sensível, ou o poder de conhecer em geral”.⁵⁸

No sentido específico, do intelecto como particular atividade ou técnica de pensar, distinguem-se três interpretações fundamentais: a) o intelecto intuitivo; b) o intelecto operativo; c) o intelecto compreendente ou inteligência. Vejamos:

a) Aristóteles percebeu que o *intelecto intuitivo* é, além da faculdade pela qual a alma raciocina e compreende, é também uma virtude dianoética, isto é, um hábito racional específico, ou seja, a faculdade de intuir os princípios das demonstrações, os quais não podem ser apreendidos nem pela ciência, que é somente um hábito

⁵⁷ Lima, Francisco Meton Marques de. “A ‘Pejutização’ do Contrato de Trabalho – Retorno ao Princípio da Autonomia da Vontade – Lei N. 11.196/05”. In: Revista LTr. 71-06/689 Vol. 71, nº 06, junho de 2007.

⁵⁸ Idem.

demonstrativo, nem pela arte e pela sabedoria as quais dizem respeito às coisas que podem ser de outra forma, isto é, que carecem de necessidade. Neste sentido, o I. tem também a faculdade de intuir os “termos últimos”, os fins aos quais deve ser subordinada a ação;

b) também no sentido específico, inclui-se o sentido *operativo* de intelecto. Coube a Bergson defini-lo como “a faculdade de fabricar objetos artificiais, particularmente utensílios, e de variar indefinidamente sua fabricação”. “Devido à sua função operativa, a inteligência tende a captar não as coisas, mas a relação entre as coisas, por isso não a matéria delas, mas a sua forma”;

c) ainda no sentido geral, vem a concepção de *intelecto compreendente* ou inteligência, articulada em dois sentidos: 1) como *inteligência* – a capacidade de apreender o significado de um símbolo, a força de um argumento, o valor de uma ação etc., ou seja, “a capacidade de efetuar corretamente uma operação determinada”; 2) como *compreensão* – “de um certo tipo de objetos, por ex., de um homem ou de uma situação histórica”.⁵⁹

Científico é o trabalho intelectual francamente orientado à pesquisa, à investigação metódica e coordenada a partir de evidências e experiências. É tudo o que faz ciência. E a ciência, sob a especulação filosófica, inclui pelo menos três tipos de questões: a) relativas ao método de cada ciência; b) relativas ao tipo de conhecimento alcançado; c) relativas à filosofia da natureza possível.⁶⁰ Logo, não terá natureza científica o trabalho que não envolva essas características e, por conseguinte, não estará inserido na exceção ao vínculo de emprego abarcada pela norma estudada.

M. Antunes, após desvanecer da indefinibilidade da arte, tamanha é sua abrangência, diz que o fenômeno artístico, como parte do fenômeno cultural geral, só se torna inteligível na intersecção de três leis: *lei do reflexo*; *lei do gênio*; *lei do gênero*.

⁵⁹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução coordenada e revista por Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Editora Jou, 1970. Do original *Dizionario di Filosofia*.

⁶⁰ RODRIGUES, J. Resina. Verbete CIÊNCIA (Filosofia da). *LOGOS Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia*. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 2ª reimpressão, 1997.

Em seguida, sugere pelo menos uma dúzia de formas como aparece a arte: imitação; criação ou fabricação “a partir do próprio artista ou de elementos primordiais”; expressão, “em formas espaciais e/ou duracionais, do mundo próprio do homem, do seu aprender, do seu imaginar, do seu desejar, do seu querer, do seu representar, do seu futurar”; comunicação, “por meio de certos processos seletivos, ou por meio de certos sinais especialmente significantes ou significativos de determinadas mensagens ou da simples vontade de comunicar”; jogo, “mais ou menos gratuito ou mais ou menos interessado, em que certos homens revelariam uma das características fundamentais do homem, que é a de ser *homo ludens*, induzindo outros a participarem dessa capacidade”; exteriorização, “no e pelo sensível, do espírito absoluto”; produção, “a nível superestrutural e ideológico de conteúdos, infra-estrutura de ordem social e econômica”; intuição; manifestação de beleza, “que, através do som, da matéria plástica e/ou da palavra, em formas adequadamente rítmicas e proporcionadas causa deleite, prazer ou agrado”; padrão informado pela sensibilidade; sublimação da libido instintual de forma aproximadamente idêntica à que se dá noutras formas da cultura; manifestação concreta e simbólica de arquétipos do inconsciente coletivo.⁶¹

“Desse ligeiro apanhado, conquanto vastíssimo o sentido de arte, fica claro seu sentido. Ademais, nos conceitos vagos ou indeterminados, toma-se o sentido que o senso comum lhe empresta. E não se queira incluir na categoria de trabalho artístico aquele que não envolva um dos sentidos supra.”⁶²

Do Dicionário Aurélio, extrai-se que cultural é:

“relativo à, ou próprio da cultura”. E Cultura, para os efeitos ora estudados, significa “o complexo dos padrões de comportamento, das crenças, das instituições e doutros valores espirituais e materiais transmitidos coletivamente e característicos de uma sociedade”.⁶³

⁶¹ ANTUNES, M. Verbetes ARTE (Filosofia da). *LOGOS Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia*. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 2ª reimpressão, 1997.

⁶² LIMA, Francisco Meton Marques de. *Op. cit.*

⁶³ Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, s.d.

O grande problema em conceituar-se o termo cultural é a enorme abrangência de cultura.

ABBAGNANO escreve que o termo tem dois significados básicos: a) o primeiro e mais antigo é aquele pelo qual significa a formação do homem, o seu melhorar-se e refinar-se; b) o segundo significado é aquele pelo qual indica o produto dessa formação, isto é, o conjunto dos modos de viver e de pensar cultivados, civilizados, que se costumam também indicar pelo nome de civilização. Do seu dilatado escrito, é válida a transcrição dos excertos abaixo:

“No primeiro significado, referente à pessoa humana individualizada na sua formação, a palavra corresponde ainda hoje ao que os Gregos chamavam Paidéia e que os latinos, no tempo de Cícero e de Varrão, indicavam pela palavra humanitas: a educação do homem como tal, isto é, a educação devida àquelas ‘boas artes’, próprias só do homem e que o diferenciam de todos os outros animais. (...) As boas artes eram a poesia, a eloquência, a filosofia etc., às quais se reconheciam um valor essencial por aquilo que o homem é e deve ser, portanto a capacidade de formar o homem verdadeiro, o homem na forma genuína e perfeita. (...)”

No segundo significado a palavra é hoje especialmente usada pelos sociólogos e antropólogos para indicar o conjunto dos modos de vida criados, apreendidos e transmitidos de uma geração para outra, entre os membros de uma determinada sociedade.”⁶⁴

Como se observa, são conceitos extremamente vagos e por demais abrangentes, o que acaba por facilitar o abuso no uso da norma em vigor, que deveria ser aplicada apenas em exceções.

4.1.3 Constituição de uma Pessoa Jurídica

A pessoa jurídica consiste num conjunto de pessoas ou bens, providos de

⁶⁴ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução coordenada e revista por Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Editora Jou, 1970. Do original *Dizionario di Filosofia*.

personalidade jurídica própria e fundado na forma da lei, para a consecução de fins comuns.

É, assim, um sujeito de direito personalizado, tal como as pessoas físicas, em contraposição aos sujeitos de direito despersonalizados, como o nascituro, a massa falida, o condomínio horizontal, etc. De tal maneira, a pessoa jurídica tem a autorização genérica para a prática de atos jurídicos bem como de qualquer ato, exceto o expressamente proibido.

Conforme o artigo 40 do Código Civil brasileiro de 2002, as pessoas jurídicas admitidas pelo Direito brasileiro são de direito público, interno ou externo, e de direito privado. Encontram-se aquelas no âmbito de disciplina do direito público, e as últimas, no do direito privado.

4.1.3.1 Requisitos para a constituição da pessoa jurídica

São requisitos para a existência da pessoa jurídica a organização de pessoas ou bens, a licitude de propósitos e capacidade reconhecida por norma.

Como elementos materiais, temos que são necessárias à formação da pessoa jurídica uma pluralidade de pessoas ou de bens e uma finalidade específica. Já de ordem formal, necessário um ato constitutivo e o seu respectivo registro no órgão competente.

Infere-se, portanto, que são quatro os requisitos para a constituição da pessoa jurídica: a) vontade; b) elaboração o ato constitutivo; c) registro do ato constitutivo no órgão competente; d) liceidade de seu objetivo.

A vontade é materializada no ato de constituição. Mostram-se necessárias duas ou mais pessoas com vontades convergentes e unidas por um interesse comum.

Como dito anteriormente, o ato constitutivo é requisito formal, legalmente exigido. Denomina-se estatuto, quando se trata de associações sem fins lucrativos; contrato social, no caso de sociedades, simples ou empresárias; e escritura pública ou testamento, se fundações.

Este ato, para que se dê início a existência legal da pessoa jurídica de direito privado deverá ser levado a registro. Anteriormente à esse registro, será mera

“sociedade de fato” ou “sociedade não personificada”.

Além de lícito, o seu objetivo deve ser determinado e possível. Nas sociedades em geral, o objetivo é o lucro. Nas associações, de fins não econômicos (CC, art.53), os objetivos são de natureza cultural, educacional, esportiva, religiosa, filantrópica, recreativa, moral, etc. Já nas fundações, os fins só podem ser religiosos, morais, culturais ou de assistência (CC, art. 62, parágrafo único).

A existência das pessoas jurídicas de direito público decorre, todavia, de outros fatores, como a lei e o ato e o ato administrativo, bem como de fatos históricos, de previsão constitucional e de tratados internacionais, sendo regidas pelo direito público e não pelo Código Civil⁶⁵.

4.1.3.2 O tipo de Pessoa Jurídica do art. 129 da Lei 11.196/05

É a sociedade simples, caracterizada pelo exercício de atividade tipicamente não empresarial, que possui como elemento central a prestação de serviço em caráter pessoal pelos seus sócios, embora a lei admita que o serviço possa ser executado por terceiro ou mesmo por empregado da sociedade, o que não será regra, a Pessoa Jurídica de que trata o dispositivo em estudo, aqui incluída a cooperativa de mão-de-obra.

Se a sociedade prestadora de serviço intelectual possuir caráter empresarial o serviço irá enquadrar-se nas regras da terceirização, sujeitando-se inclusive ao disposto na Súmula n. 331⁶⁶ do Tribunal Superior do Trabalho.

⁶⁵ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*, v.I, p. 287; DINIZ, Maira Helena. *Curso de Direito Civil*, v. 1, p. 229.

⁶⁶ **Súmula 331 – TST - Contrato de prestação de serviços. Legalidade** (Revisão da Súmula nº 256 - Res. 23/1993, DJ 21.12.1993. Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)

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.

Mas é importante lembrar que se eventualmente venha a sociedade simples praticar atos próprios de empresários, tal fato não irá alterar a sua situação, já que o que se considera é a atividade principal por elas exercido.

É enorme, no entanto, a dificuldade de separação do que vem a ser sociedade simples e sociedade empresarial, mesmo enigma que, se encontra para distinguir até onde vai o trabalho associado e o trabalho sob a forma de emprego, dados os pontos convergentes de ambos.

Ricardo Fiuza, em doutrina anterior a Lei do Bem, demonstra tal dificuldade, vejamos:

“A sociedade simples, por sua vez, é aquela que tem por objeto o exercício de atividade relacionada à profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística (art. 966, parágrafo único) desde que o exercício da profissão, em si, não esteja a constituir elemento de empresa ou de outras atividades tipicamente não empresariais, tal como ocorre, por exemplo, no âmbito das sociedades cooperativas. A sociedade de advogados é um típico exemplo de sociedade simples, inclusive porque a lei de regulação da atividade advocatícia assim expressamente prevê (Lei n. 8.908/94, art. 15). Entretanto, se a atividade de advogados passa a exercer atividade economicamente organizada para a circulação de bens ou de serviços, passando, por exemplo, a vender serviços de terceiros, pode vir a ser considerada uma sociedade empresária. Veja-se o caso de um grande escritório, com centenas de advogados, onde o cliente não procura o advogado “A” ou “B”, mas o escritório “X”. Este escritório estará atuando como verdadeira empresa, onde o exercício da advocacia constitui um de seus elementos. A questão, porém, é das mais polêmicas e só será definitivamente esclarecida pela jurisprudência.

A sociedade simples é aquela constituída para o exercício de atividades que não

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

sejam estritamente empresariais, como ocorre no caso de atividades rurais, educacionais, médicas ou hospitalares, de exercício de profissões liberais nas áreas de engenharia, arquitetura, ciências contábeis, consultoria, auditoria, pesquisa científica, artes, esportes e serviço social.⁶⁷

Assim, é sempre imperiosa a análise do caso concreto, já que, como visto, situações extremamente semelhantes poderão gerar tanto o vínculo de emprego, como a prestação de serviços e ainda o trabalho terceirizado.

4.1.4 Prestação dos Serviços Intelectuais Pessoalmente Pelo Sócio da Pessoa Jurídica ou Por Terceiros Por Ele Designados

O quarto pressuposto para a aplicação do art. 129 da Lei do Bem é que a prestação dos serviços intelectuais possa ser feita pessoalmente pelo sócio da Pessoa Jurídica ou por terceiros por ele designados, inclusive na qualidade de empregado da PJ.

O artigo em estudo (art. 129 da Lei 11.196/05) estabelece ainda a possibilidade de prestação personalíssima. O personalíssimo, conquanto o conceito albergue o sentido de inerente a determinada pessoa, coincide, para efeitos trabalhistas, com a *pessoalidade* do contrato de emprego, delineado no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

4.1.5 Caracterização do Contrato de Emprego

Francisco Meton Marques de Lima acrescenta como quinto pressuposto para a aplicação do dispositivo em comento que não esteja caracterizada a relação empregatícia. Com o devido respeito ao renomado jurista, considero desnecessária tal inclusão, uma vez que estando em acordo com os quatro pressupostos supra, tal relação estará naturalmente descaracterizada.

É importante, no entanto, o estudo de cada um dos elementos caracterizadores do contrato de emprego, especialmente para que sejam amainadas

⁶⁷ FIUZA, Ricardo (Coordenador). *Novo Código Civil Comentado*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p 905.

as fraudes envolvendo tais relações, já que não é incomum que o tomador de serviços exija do prestador a criação de pessoa jurídica para descaracterização ficta daquele contrato, por ser-lhe a manutenção de um empregado muito mais onerosa.

Assim, estabelece o art. 3º, caput da CLT, que será empregado *toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário*, da onde se extraem os cinco requisitos da relação de emprego: pessoa física ou natural; pessoalidade; não-eventualidade (ou habitualidade); onerosidade; e subordinação.

Para que haja emprego é necessário que todos os requisitos estejam caracterizados simultaneamente.

4.1.5.1 Pessoa Física ou Natural

Em Direito, pessoa natural, ou pessoa física, é o ser humano, tal como percebido por meio dos sentidos e sujeito às leis físicas. É “o ser humano considerado como sujeito de direitos e obrigações”⁶⁸. Distingue-se da pessoa jurídica, sujeito da relação do art. 128 da Lei 11.196/05, que é um ente que a lei trata, para alguns propósitos, como sujeito de direito distinto das pessoas naturais que o compõem.

4.1.5.2 Pessoalidade

Significa a prestação de serviços pelo próprio trabalhador, sem que seja substituído constantemente por terceiros. Ao contrata-lo, o empregador considerou as suas características particulares, por isso tão importante que ele próprio realize suas obrigações.

O contrato de trabalho é, portanto, para o empregado, *intuito personae*.

Não descaracterizará a relação de emprego a substituição do empregado,

⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, v.1, p. 137

em uma ou outra ocasião, com anuência do empregador.

4.1.5.3 Não-eventualidade

O trabalho deverá ser contínuo, habitual. O empregado é inserido nos fins normais da empresa, ou seja, significa a prestação de serviços ligados às atividades normais do empregador.

Pode também significar a fixação do empregado em certa fonte de trabalho, que toma os seus serviços.

4.1.5.4 Subordinação

A palavra subordinação exprime a “ordem estabelecida entre as pessoas e segundo a qual umas dependem das outras, das quais recebem ordens ou incubências; dependência de uma(s) pessoa(s) em relação a outra(s)”. Segundo a etimologia, a palavra tem origem no médio latim: *subordinatio, onis*, com o significado de sujeição, submissão.⁶⁹

É considerado o requisito de maior importância na caracterização do vínculo de emprego. Significa que a prestação de serviços é feita de fora dirigida pelo empregador, que exerce poder de direção.

O empregado deve sempre seguir as determinações e orientações, estabelecidas dentro do limite legal, do empregador.

Decorre deste outro princípio, o chamado Princípio da Alteridade, segundo o qual os riscos da atividade correm sempre por conta do empregador.

A subordinação aqui tratada é a jurídica, decorrente do contrato de trabalho e diz respeito ao modo de o empregado prestar serviços ao empregador.

O critério da *subordinação jurídica* considera o poder de comando e de direção do empregador: a subordinação seria o aspecto passivo

⁶⁹ Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro; Objetiva, 2001, p.26.

desse poder. A atividade do empregado consistiria em se deixar guiar e dirigir segundo segundo os fins desejados pelo empregador. O poder de comando seria o aspecto ativo, e o dever de obediência o passivo da subordinação jurídica. Como decorrência dessa relação, o empregador ainda poderia se valer do poder de controle para fiscalizar a atividade do empregado e do poder disciplinar para puni-lo (nos casos de inobservância de um dever de obediência, de diligência ou de fidelidade).⁷⁰

Para Amauri Mascaro Nascimento, a subordinação jurídica é uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia da sua vontade, com a finalidade de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará.⁷¹

4.1.5.5 Onerosidade

A onerosidade significa que os serviços prestados têm como contraprestação o recebimento de remuneração, não se tratando, assim, de trabalho gratuito. O empregado trabalha com o fim de receber salário, sendo este seu objetivo ao firmar o pacto laboral. Significa a existência do *animos contrahendi*.

Remuneração não quitada não significa ausência de onerosidade, mas inadimplência do tomador de serviços.

4.2 Realidade brasileira

⁷⁰ SILVA, Olavo Pinto e. *Subordinação, Autonomia e Parasubordinação nas Relações de Trabalho*. São Paulo. LTr, 2004. p.14.

⁷¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. P. 164.

A intenção do legislador ao criar a norma do art. 129 da lei nº 11.196/2005 era provavelmente a de diminuir os encargos sobre o trabalho, aumentando o valor deste, e diminuindo a quantidade de trabalhadores que exercem os seus ofícios na total informalidade.

Com alguns anos de sua vigência, o que se vem observando, no entanto, é a sua ampla utilização pelas empresas (vale lembrar que deveria ser aplicada apenas em algumas exceções), e o alargamento dos seus conceitos, na grande maioria dos casos em clara fraude à legislação trabalhista.

O que se verifica é que, na grande maioria dos casos, a contratação através deste sistema ocasiona somente a inaplicabilidade dos direitos e proteções trabalhistas, sendo cultivados os valores do salário base como valor pago pela prestação de serviços à pessoa jurídica.

É importante lembrar que os trabalhadores contratados sob a forma de pessoa jurídica não estão resguardados por normas sobre limitação da jornada de trabalho, salário mínimo, períodos de férias e repouso, garantias contra dispensas imotivadas, segurança e medicina do trabalho, dentre outras. Estão, portanto, expostos ao arbítrio da vontade do tomador do serviço, já que este normalmente tem mais poder sobre àquele.

Mauricio Godinho Delgado, ao falar sobre os direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta, relata:

“Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho (arts. 1º, III, e 170, caput, CF/88).”⁷²

Não é que a norma seja maléfica ou inaplicável, mas só se pode admitir uma regra dessa amplitude em um sistema que esteja preparado para recebê-la. O que deveria beneficiar os trabalhadores intelectuais, que em sua grande maioria

⁷² DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 6ª ed. São Paulo : Ltr, 2007. p. 117

preferem não vincular-se a um regime rígido como o da relação de emprego, acaba por ser um risco a toda a classe de empregados.

Como se não fosse suficientemente difícil a verificação de fraudes na aplicação desse instituto, com pouco tempo de sua vigência foi aprovada no congresso a Emenda nº 3, que buscava impedir auditores fiscais do Trabalho e da Receita Federal de apontarem vínculos empregatícios entre patrões e empregados contratados como Pessoas Jurídicas, através das chamadas "empresas de uma pessoa só". Segundo a emenda, somente a Justiça estaria autorizada a reconhecer o vínculo.

Tal projeto causou enorme mobilidade entre os vários setores de trabalhadores do país e seus sindicatos, pois, na prática, legalizaria esse tipo de contratação, comprometendo os direitos trabalhistas.

Além disso, à medida que vinculava, previamente, a atividade de fiscalização do Poder Executivo ao Poder Judiciário, a emenda feria um dos preceitos sagrados da República - a separação dos Três Poderes.

O veto presidencial, provavelmente bastante influenciado pela pressão dos movimentos sindicais e da mídia, tranqüilizou um pouco a classe trabalhista.

O Congresso estuda hoje alterações nesse projeto, de uma forma que possam dar garantia a prestação de serviços mediante contratação de pessoa jurídica. Esta segurança é extremamente importante. Não se está neste trabalho afirmando que todos os casos desta relação de prestação de serviços se tratam de relações fraudulentas. O que não se pode nunca é deixar de proteger o trabalhador hipossuficiente que é obrigado pelo tomador a criar uma pessoa jurídica apenas para que aquele possa beneficiar-se com a diminuição dos seus encargos.

Se até os sindicatos acabam por ceder em diversos pontos à pressão das categorias econômicas com o fim de preservar os empregos, especialmente em épocas de crise, individualmente, situação em que possui maior dificuldade para exercer seu direito de resistência, não tememos em afirmar, o obreiro aceitará condições ainda piores.

Vale lembrar que prevalecerá sempre o Princípio da Primazia da Realidade sobre a Forma. Recente acórdão (ED-AIRR - 1313/2001-051-01-4 / PUBLICAÇÃO: DEJT - 20/02/2009) do Tribunal Superior do Trabalho analisa em minúcias a prática da fraude da Pejutização. Trata-se de uma jornalista contratada como pessoa jurídica para prestar serviços à TV Globo. A Sexta Turma do Tribunal

Superior do Trabalho rejeitou agravo de instrumento da emissora, entendendo haver evidências de fraude à legislação trabalhista nos contratos de locação de serviços. O ministro Horácio Senna Pires, relator do agravo, concluiu que o esquema “se tratava de típica fraude ao contrato de trabalho, caracterizada pela imposição feita pela Globo para que a jornalista constituísse pessoa jurídica com o objetivo de burlar a relação de emprego”.

Não poderia ser outro o entendimento, ou se estaria premiando a má fé desses empregadores e as suas fraudes à legislação trabalhista.

Concluo, portanto, que não é a norma que está errada, como vem afirmando os órgãos representativos dos trabalhadores, mas deve-se desenvolver uma maneira mais eficaz de se verificar as fraudes a ela e cercar de maiores cuidados a sua aplicabilidade, pois é norma de exceção e como tal deve ser utilizada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico analisou a atual tendência flexibilizadora do direito juslaborista, bem como, sendo uma de suas derivações, o fenômeno da Pejutização; para analisar a compatibilidade de tais medidas com o caráter protetivo da norma trabalhista e a viabilidade ante os preceitos e garantias constitucionais dos trabalhadores. Procedendo à análise minudenciada de muitos, mas não de todos, os aspectos reveladores da referida viabilidade, a Monografia logrou por chegar às seguintes conclusões:

- 1) O direito do trabalho é legítima expressão do humanismo jurídico e instrumento de renovação social. Constitui atitude de ingerência jurídica em busca de um melhor relacionamento entre o homem que trabalha e aqueles para os quais o trabalho se reserva. Visa também estabelecer uma plataforma de direitos básicos. Portanto, a definição de Direito do Trabalho é o conjunto de normas e princípios que regulamentam o relacionamento entre empregados e empregadores.
- 2) O governo busca, desde a década de 90, consenso no meio sindical para alterar o *caput* do art. 7º da CF/88, pois considera o custo do trabalho no Brasil como causador do desemprego, que gera a percepção de que é necessário flexibilizar ainda mais as relações trabalhistas neste país.
- 3) Construir um Direito do Trabalho que seja ao mesmo tempo flexível e adaptado às necessidades dos novos tempos e que também não prejudique o trabalhador se mostra não mais uma necessidade do futuro, mas algo presente nos dias atuais. Essa flexibilização, no entanto, não deve retirar do direito trabalhista o elemento protetor que lhe é inerente. O que deve haver é uma maior abertura à livre negociação entre prestadores e tomadores.
- 4) A inefetividade de formas contratuais com determinação de prazo como meio de combate ao desemprego pôde ser comprovada nas experiências internacionais. Na Espanha, em 19 de dezembro de 1994, foi editado o Decreto Real n. 2.546, demarcando uma série de hipóteses de contratação

por prazo determinado⁷³. Essas alterações, no entanto, não tiveram o condão de alterar os altos índices de desemprego, que aumentaram de 22,1% para 22,8% entre 1994 e 1996⁷⁴. Assim, em 9 de maio de 1996, as entidades sindicais e patronais espanholas propuseram ao Governo a revisão das medidas⁷⁵, que culminou no “*Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad Del Empleo*”. Em 17 de maio de 1997 foram editados os Decretos Reais números 8 e 9, que estabelecem incentivos para a “*contratación indefinida*”. Assim, reconheceu-se a ineficácia da flexibilização normativa relativa ao contrato estável como instrumento de combate ao desemprego.

Na Argentina, a situação não foi diferente. No período compreendido entre 1990 e 1995, várias medidas “flexibilizantes” do Direito do Trabalho foram tomadas, sob o pretexto de combate ao desemprego. Dentre essas, destaca-se a “*Ley Nacional de Empleo – LNE*”, de 26 de dezembro de 1991, que estabeleceu, entre outras medidas, o contrato por prazo determinado. No entanto, tais medidas não impediram que a taxa de desemprego, no referido período, aumentasse significativamente.

- 5) Diferente do Estado mínimo defendido por alguns estudiosos e doutrinadores, acredito que a melhor solução seria uma legislação mais abrangente, atual e de acordo com a realidade. Normas que visem justamente à proteção daquele trabalhador que acabaria não sendo protegido pelo ordenamento jurídico e por manter-se na informalidade, nunca a que se está observando, fortalecendo-se no sentido de diminuir a

⁷³ As hipóteses consistiam nas seguintes: contrato de obra ou serviço determinado; contrato eventual por circunstâncias da produção; contrato e interinidade. In RAMOS, A. *Acumulação flexível e contrato temporário de trabalho*, 1998. 160 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Curso de Pós – Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p.90-93.

⁷⁴ SILVA, R P. “ O neoliberalismo e o discurso da flexibilidade dos direitos sociais relativos ao trabalho”. In ARRUDA JUNIOR, E. L. e RAMOS, A. (orgs.). *Op. cit.*, p. 73.

⁷⁵ “A eliminação da contratação temporária na Espanha, por mais paradoxal que pareça, se deve a pedido das centrais sindicais de trabalhadores e empresários, pelas seguintes razões: a) grande percentagem de empregados foi substituída por contratos provisórios, acelerando a rotatividade de mão-de-obra; b) o comércio passou a negar crédito para vendas a prazo, com o que reduziram o consumo e a produção de bens para o mercado interno; e c) as empresas deixaram de investir na reciclagem profissional porque a maioria dos empregados era transitória”. SILVA, R. P. *Ibidem*, p.73.

proteção aos trabalhadores, agravando a sua hipossuficiência.

- 6) Quanto à Pejutização, entre as conseqüências de se admitir a contratação de mão-de-obra mediante pessoa jurídica estão: a permissão para a formalização das prestações de serviço de natureza intelectual – científico, artístico e cultural – anteriormente encontrados na informalidade; conversão de muitas relações de emprego para a nova modalidade; e o estabelecimento de novas contratações sob essa modalidade. Se bem utilizada, é uma ótima ferramenta tranquilizadora do meio econômico, pois enquadra essas relações de trabalho, antes praticadas sob o risco do tomador de serviço, na forma legal. O que se tem observado, no entanto, é o aproveitamento dessa possibilidade por empregadores de má fé, que se utilizam do mecanismo para fugir dos encargos gerados pela relação de emprego, obrigando verdadeiros empregados a criarem pessoas jurídicas e estabelecerem contratos de prestação de serviços.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução coordenada e revista por Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Editora Jou, 1970. Do original *Dizionario di Filosofia*.

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de Andrade. *Direito do Trabalho e Pós-Modernidade. Fundamentos para uma teoria geral*. São Paulo, LTr, 2005

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. 2. ed., São Paulo: Perdizes, 2000

ARRUDA JUNIOR. E.L. (org) *Lições de direito alternativo do trabalho*. São Paulo, Acadêmica, 1993

BELMONTE, Alexandre Agra. *Pejotização, intermediação de venda de seguros, participação em blogs de consultas e opiniões e contratos de figuração avulsa – algumas reflexões*. In Suplemento Trabalhista nº 066/07. São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego. Entre o paradigma da Destruição e os Caminhos de Reconstrução*. São Paulo, LTr, 2008

_____. *Curso do Direito do Trabalho*, 8ª Edição. São Paulo, LTr, 2009

DE MASI, Domenico. *Desenvolvimento sem trabalho*. Trad. Eugênia Deheinzelin. São Paulo, Editora Esfera, 1999

_____. *O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós industrial*. Trad. Yadyr A. Figueiredo. 3. ed., Rio de Janeiro: José Olympio; Brasília, DF: Ed. A UnB, 2000

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *A Transformação do Direito do Trabalho. Da Lógica da Preservação à Lógica da Flexibilidade*. São Paulo, LTr, 2002

FERRAZ, Fernando Basto. *Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho*. São Paulo, LTr, 2006

FIUZA, Ricardo (Coordenador). *Novo Código Civil Comentado*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004

FRANCO FILHO, Georgeonor de Sousa . *Globalização do Trabalho: rua sem saída*. Ltr, São Paulo, 2001

GARCIA, José Ribamar. *Crise da Justiça e do Direito do Trabalho. Ensaio Crítico*. São Paulo, LTr, 2001

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v.III, 3ª Edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2007.

JUCÁ, Francisco Pedro. *Renovação do Direito do Trabalho. Abordagem alternativa à flexibilização*. São Paulo, LTr, 2000

LIMA, Francisco Meton Marques de. "A 'Pejutização' do Contrato de Trabalho – Retorno ao Princípio da Autonomia da Vontade – Lei N. 11.196/05". In: Revista LTr. 71-06/689 Vol. 71, nº 06, junho de 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, v.5

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. *Flexibilização do Horário de Trabalho*. São Paulo, LTr, 2002

NASSIF, Elaine Noronha. *Fundamentos da flexibilização*. São Paulo, 2001

NORONHA, Eduardo Garuti. *Entre a Lei e a Arbitrariedade. Mercados e Relações de Trabalho no Brasil*. São Paulo, LTr, 2000

PASTORE, José. *A Evolução do Trabalho Humano*. São Paulo, LTr, 2001

_____. *Flexibilização dos Mercados e Trabalho e Contratação Coletiva*. São Paulo, LTr, 1995

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. III

PIMENTA, José Roberto Freire *et al.* (Coords.). *Direito do Trabalho: Evolução, Crise, Perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004

PINTO, Bernadete Edith de Rosa. *A Flexibilidade das Relações de Trabalho. A precariedade do contrato a prazo determinado da Lei n. 9.601, de 1998*. São Paulo, LTr, 2001

RODRIGUES, J. Resina. Verbetes CIÊNCIA (Filosofia da). *LOGOS Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia*. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 2ª reimpressão, 1997.

SAEGUSA, Cláudia Zaneti. *A flexibilização e os princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. São Paulo, LTr, 2008

SILVA, Antônio Álvares da. *Flexibilização das Relações de Trabalho*. São Paulo, LTr, 2002

SILVA, Olavo Pinto e. *Subordinação, Autonomia e Parasubordinação nas Relações de Trabalho*. São Paulo. LTr, 2004

SILVA, Reinaldo Pereira e. *O Mercado de Trabalho Humano. a globalização econômica, as políticas neoliberais e a flexibilidade dos direitos sociais no Brasil*. São Paulo, LTr, 1998

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O Direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: Globo, 1999

TEODORO, Maria Cecília Máximo, “O Princípio da Adequação Setorial Negociada no Direito do Trabalho”. São Paulo: LTr, 2007

VIANA, M.T. “Desregulamentar ... regulamentando”. In *Revista LTr*. São Paulo, v. 59, n. 07, jul.1995