



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE
BARBACENA - FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

NICOLE DE ALMEIDA CAMPOS

**FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS:
MODERNIZAÇÃO COM AUMENTO DE EMPREGOS OU FORMA DE
PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO?**

BARBACENA
2017

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS: MODERNIZAÇÃO COM AUMENTO DE EMPREGOS OU FORMA DE PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO?

Nicole de Almeida Campos¹
Nelton José Araújo Ferreira²

RESUMO

Este estudo tem o objetivo de demonstrar o que é a flexibilização dos direitos trabalhistas e analisar se esta seria uma solução efetiva para combater o desemprego, em especial, em épocas de crise econômica. Para tanto, será dado o conceito de flexibilização, bem como seu surgimento; apontará os aspectos constitucionais, mostrará sua previsão na legislação brasileira, exporá os posicionamentos contra e a favor, serão demonstrados os dados sobre o desemprego no país e, ao final, será feita uma breve análise sobre a lei da reforma trabalhista, mais precisamente o artigo 611-A, que foi acrescentado na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), referente à questão do negociado prevalecer sobre o legislado. Para maior enriquecimento e compreensão do presente estudo, utilizou-se de consultas em artigos, bem como referencial bibliográfico e sites eletrônicos relevantes, o que serviu como instrumento de análise e desenvolvimento do senso crítico e dos conceitos científicos.

Palavras-chave: Flexibilização. Crise Econômica. Desemprego. Negociado sobre o Legislado. Reforma Trabalhista.

1 INTRODUÇÃO

Embora as relações de trabalho não tenham um marco histórico específico que indique o momento exato de seu surgimento, sabe-se que o homem sempre necessitou empreender suas forças humanas para garantir sua subsistência e que o Direito do Trabalho teve origem na luta organizada dos trabalhadores, com a Revolução Industrial, a partir dos séculos XVIII e XIX, quando os meios de produção passaram a se concentrar nas unidades fabris e o trabalho se desenvolveu de forma plena.

Todo o caráter protetor que é próprio ao Direito do Trabalho advém da natural desigualdade entre empregados e empregadores, razão pela qual se faz necessária uma intervenção estatal regulatória, pois, sem ela, há a possibilidade do empregador fixar livremente as condições contratuais, notadamente, em prejuízo do empregado.

¹ Acadêmica do 10º período do curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC Barbacena/MG – E-mail: nicolecampos23@hotmail.com.

² Professor orientador. Professor Especialista e Docente da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC/Barbacena MG – E-mail: neltonjaraujo@gmail.com.

O Direito do Trabalho é um ramo muito dinâmico da ciência do Direito que vem sendo modificado constantemente, principalmente para resolver o problema do capital e do trabalho. Para adaptar esse dinamismo à realidade laboral, surgiu uma teoria chamada de Flexibilização dos Direitos Trabalhistas, a partir das crises econômicas existentes na Europa, por volta de 1973, em decorrência do choque dos preços do petróleo. (MARTINS, 2017, p.49).

Sabe-se que a inserção do elemento flexível nas diversas relações sociais apresenta-se como uma das características da chamada pós-modernidade. Essa tendência decorre do surgimento das novas tecnologias, que marcam a passagem da era industrial para a pós-industrial, revelando uma expansão do setor terciário da economia. É nesse momento que começam a surgir contratos distintos de relação de emprego, como contratos de trabalho em tempo parcial, de temporada, de estágio, etc. (MARTINS, 2017, p. 50).

Nascimento (2011, p. 70) diz que a flexibilização do direito do trabalho é o afastamento da rigidez de algumas leis para permitir, diante de situações que o exijam, maior dispositividade das partes para alterar ou reduzir as condições de trabalho.

O argumento utilizado para os defensores da flexibilização das normas trabalhistas se pauta no abrandamento da legislação considerada demasiado rígida e nos altos encargos sociais pagos aos trabalhadores, como forma de pôr um fim ao desemprego. Já os que vão contra esse pensamento dizem que essa flexibilização se trata de uma precarização dos direitos trabalhistas que foram conquistados duramente pelos trabalhadores.

Assim, percebe-se que a flexibilização dos direitos trabalhistas se mostra como importante tema do direito do trabalho e, portanto, merece uma abordagem mais detalhada.

2 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

A proteção ao trabalho trata-se de uma construção histórica, seja no contexto mundial ou no Brasil. As primeiras regras em matéria trabalhista datam do século XIX, mas a primeira Constituição a inserir essa temática foi a do México, de 1917, que previu a limitação da jornada de trabalho a 8 horas diárias, proibiu o trabalho de menores de 12 anos, fixou a jornada de trabalho do menor de 16 anos a 6 horas diárias, limitou a jornada noturna a 7 horas, estabeleceu a concessão de descanso remunerado ao trabalhador e ainda previu algumas regras relacionadas a proteção à maternidade, ao salário mínimo, ao direito do trabalhador sindicalizar-se e fazer greves, à indenização no caso de dispensa, seguro social e proteção contra acidentes de trabalho.

No Brasil, a primeira Constituição que tratou especificamente do direito do trabalho foi a de 1934. Ela versou basicamente sobre a organização dos sindicatos, o caráter nacional do trabalho, a proteção ao trabalho das mulheres e dos menores, a isonomia salarial, o salário mínimo, a jornada de oito horas de trabalho, o repouso semanal, férias anuais remuneradas, sobre acidente de trabalho, sobre as convenções coletivas e a Justiça do Trabalho.

Fruto de um processo de redemocratização da nação brasileira, a Constituição Federal de 1988 alterou por completo o sistema de proteção do direito do trabalho em seu viés constitucional. Em seu artigo 6º, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 26/2000, ela previu os direitos sociais, dentre os quais, se insere o trabalho.

Sob a perspectiva de um Estado Social de Direito, os direitos sociais apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado e tendem a concretizar a concepção de uma isonomia substancial e social na busca de melhores condições de vida, estando, ainda, consagrados como fundamentos da República Federativa do Brasil no artigo 1º, inciso IV, da CF/88. (LENZA, 2010, p. 838)

O direito ao trabalho trata-se de importante instrumento para implementar e assegurar a todos uma existência digna, conforme estabelece o artigo 170, *caput*, da CF/88 e, para isso, o Estado deve fomentar uma política econômica não recessiva, tanto que, dentre os princípios da ordem econômica - que se funda na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa - destaca-se a busca do pleno emprego. (LENZA, 2010, p. 839).

O direito do trabalho está regrado a partir do artigo sétimo e se estende até o artigo onze da Constituição Federal de 1988.

Em seu artigo sétimo, a Constituição Federal de 1988 tratou de elencar o rol dos direitos trabalhistas garantidos ao trabalhador. O artigo oitavo cuidou de assegurar o direito de associação coletiva, bem como estabelecer algumas premissas para a instituição legítima dessas organizações.

No artigo nono está garantido o direito de greve, cabendo aos trabalhadores a responsabilidade de avaliarem a conveniência e oportunidade do seu exercício. O artigo décimo tem por objetivo assegurar o direito de representação em órgãos públicos colegiados, em que sejam discutidos assuntos de interesses profissionais ou previdenciários. O artigo onze garante aos trabalhadores que trabalham em empresas que comporta mais de 200 empregados, a eleição de um representante que tratará dos interesses dos empregados, de forma direta.

Denota-se que o reconhecimento dos direitos trabalhistas no corpo normativo da Constituição de 1988 visa à melhoria das condições sociais dos trabalhadores, importando em

obrigações estatais no sentido de proporcionar aos mesmos os direitos assegurados e programados, isto é, os direitos trabalhistas precisam ser observados em uma relação de trabalho, sob pena de ferir o ordenamento jurídico vigente.

3 FLEXIBILIZAÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Não há dúvidas que se faz necessário que as leis e o Direito acompanhem as mudanças advindas com o avanço da sociedade para que as normas positivadas no mundo jurídico se adequem às novas realidades e tendências desse avanço. Todos os ramos do direito necessitam caminhar nesse sentido e o Direito do Trabalho, por se tratar de um ramo muito dinâmico, assim o fez ao longo de sua evolução histórica.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), apesar de ser um decreto-lei, possui a mesma validade jurídica das leis ordinárias e é a principal legislação responsável pela regulação das normas de trabalho. Ela vem sendo modificada no decorrer dos anos e pode-se verificar, com isso, uma série de procedimentos de flexibilização em seu texto e nos demais diplomas que tocam ao Direito do Trabalho.

Como exemplo, temos o trabalho em domicílio (artigos 6º e 83 da CLT), o contrato de aprendizagem (artigo 428 da CLT), o contrato por prazo determinado (artigo 443, *caput* e parágrafo 2º da CLT), além da subempregada, da locação de mão de obra, que pode ser a prevista para a vigilância bancária (Lei 7102/83), o trabalho temporário (Lei 6019/74), o contrato de técnico estrangeiro (Decreto-Lei nº 691/69), o contrato de safra (artigo 14 e p. único da Lei 5889/73) e o contrato de estágio (Lei 11788/08). (MARTINS, 2017, p. 50).

A terceirização, regulamentada recentemente pela Lei 13429/17 (que deu nova redação e acrescentou novos dispositivos à Lei 6019/74) e pela Lei 13467/17 (Lei da Reforma Trabalhista), que alterou dispositivos da Lei 6019/74, também pode ser considerada uma forma de flexibilização.

As inovações trazidas permitiram que qualquer atividade, inclusive a atividade fim, seja terceirizada; assegurou aos empregados terceirizados alguns mesmos direitos e condições que os empregados da empresa tomadora de serviços; proibiu a contratação do empregado demitido como terceirizado antes de decorridos 18 (dezoito) meses, criando, com isso, dificuldades para que uma empresa não repasse sua equipe para uma prestadora de serviços e, conseqüentemente, se desobrigue das obrigações trabalhistas decorrentes de um contrato de trabalho, dentre outras.

No que tange ao diploma constitucional, o legislador constituinte acabou por incorporar a concepção pós-moderna ligada à flexibilidade das relações quando inseriu no texto constitucional (artigo 7º) dispositivos que permitem a flexibilização da legislação do trabalho no Brasil, a saber:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

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

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

Nota-se que a própria CF/88 prevê normas mais flexíveis quando diz que os salários poderão ser reduzidos por convenção ou acordo coletivo de trabalho, que a compensação ou a redução da jornada de trabalho só poderá ser feita mediante acordo ou convenção coletiva e que o aumento da jornada de trabalho nos turnos ininterruptos de revezamento para mais de seis horas poderá ser feito por intermédio de negociação coletiva.

Ainda como exemplo desta tendência flexibilizante temos a edição da Súmula 423 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que assim dispõe “Estabelecida jornada superior a seis horas e limitada a oito horas por meio de regular negociação coletiva, os empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento não têm direito ao pagamento da 7ª e 8ª horas como extras. ”

Assim, podemos ver que a autonomia da vontade das partes toma local de destaque no âmbito das relações trabalhistas, local este, antes ocupado pelo legislador de forma exclusiva.

Porém, observa-se a condição de desvantagem do trabalhador, que se vê obrigado a compactuar com cláusulas notadamente desvantajosas para que possa garantir sua subsistência. O que nos remete a indagar em que medida a condição mais maleável admitida pela legislação trabalhista, e pela própria Constituição, favorece a classe trabalhadora, já que ela surge com o intuito de afastar o rigor da lei, apontado como vilão do desemprego e da falta da oferta de novos postos de trabalho, mas que, paradoxalmente, acaba por afastar a aplicação de direitos inerentes à condição do trabalhador, anteriormente assegurados.

4 DESEMPREGO NO BRASIL

O desemprego, após a expansão do fenômeno chamado de globalização, passou a ser cenário dos mais diversos discursos e debates suscitados nos fóruns mundiais, pois se trata, atualmente, do tema mais dificultoso e complexo que um país tem de enfrentar.

Dentre as suas possíveis causas podemos citar o avanço tecnológico, que determinou o fim de diversas tarefas em setores específicos de trabalho; a baixa qualificação do trabalhador, que, muitas vezes, não possui formação adequada para exercer a função que procura; a substituição de mão de obra por máquinas na linha de produção das indústrias; a crise econômica, pois, quando um país passa por uma crise desta natureza, o consumo de bens e serviços tende a diminuir e as empresas optam por demitir funcionários como forma de diminuir seus custos.

Percebe-se, com isso, que o desemprego não pode ter um único fator determinante de sua causa, como prega os adeptos da flexibilização das normas trabalhistas.

4.1 Dados do Instituto Brasileiro De Geografia e Estatística – IBGE³

O desemprego no país foi de 12,6%, em média, no trimestre de junho a agosto de 2017, de acordo com dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) divulgados na data de 29/09/2017. A taxa caiu em relação ao trimestre anterior (13,3%), mas subiu na comparação com o mesmo trimestre do ano passado (11,8%).

Ainda segundo o IBGE, o número de desempregados no Brasil de junho a agosto foi de 13,1 milhões de pessoas. Isso representa uma melhora em relação ao trimestre anterior (13,8 milhões), com queda de 4,8%. Na comparação com o mesmo período de 2016, porém, são 1,1 milhão de pessoas a mais sem emprego, um aumento de 9,1%.

Os dados fazem parte da Pnad (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) Contínua, que não usa só os trimestres tradicionais, mas períodos móveis como fevereiro, março e abril; março, abril e maio, etc. Foram pesquisadas 211.344 (duzentas e onze mil, trezentas e quarenta e quatro) casas em cerca de 3.500 (três mil e quinhentos) municípios. O IBGE considera desempregado quem não tem trabalho e procurou algum nos 30 dias anteriores à semana em que os dados foram coletados.

4.2 Aumento da Informalidade

³ <http://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2017/09/29/desemprego-pnad-ibge-julho-a-agosto.htm>

Segundo o IBGE, a queda da taxa de desemprego no trimestre de junho a agosto se deu, mais uma vez, devido à geração de vagas de trabalho sem carteira assinada. O período registrou 33,4 milhões de pessoas com carteira assinada, praticamente o mesmo número do período anterior (33,3 milhões). Em relação ao mesmo trimestre de 2016, houve uma queda de 2,34%, com menos 800 mil postos de trabalho com carteira assinada.

Nesse trimestre de 2017, houve um aumento de 2,1% dos trabalhadores por conta própria, com mais 472 mil pessoas, totalizando 22,8 milhões de pessoas nessa categoria. E foi registrado crescimento de 286 mil pessoas sem carteira assinada, com um total de 10,8 milhões de ocupados sem carteira no país.

Para o coordenador de Trabalho e Rendimento do IBGE, Cimar Azevedo, o aumento da informalidade é o primeiro passo da recuperação do mercado de trabalho. "Quase 70% dos empregos gerados agora são na informalidade. Aconteceu isso em todas as crises", diz.

4.3 Indústria e Administração Pública

Entre os setores de trabalho, o aumento do emprego se deve principalmente à indústria (1,9% ou mais 227 mil pessoas), à construção (2,9% ou mais 191 mil pessoas), e à administração pública, seguidos da defesa, seguridade social, educação, saúde humana e serviços sociais (2,7% ou mais 414 mil pessoas).

"A geração de postos de trabalho vem sendo expressiva na indústria, mas em agosto chamou atenção a volta de geração de ocupações na construção civil e no grupo da administração pública, em razão da volta de contratações nas prefeituras", diz Azeredo.

4.4 População Ocupada

O número de pessoas com trabalho foi de 91,1 milhões entre junho e agosto, aumento de 1,5% em relação ao trimestre anterior, ou 1,4 milhão de pessoas a mais. Em um ano, o total de trabalhadores subiu 1,1%, o que equivale a cerca de 1 milhão de pessoas.

Dessas 1,4 milhão de pessoas ocupadas a mais no trimestre encerrado em agosto, vale destacar, mais da metade se deve ao crescimento do emprego em categorias da ocupação informal.

4.5 Rendimento de R\$2.105

O rendimento real (ajustado pela inflação) do trabalhador ficou, em média, em R\$2.105. O valor representa queda de 0,52% em relação ao período anterior (R\$ 2.116), mas

subiu 1,89% comparado com o mesmo período de 2016 (R\$ 2.066). O IBGE considera que houve estabilidade nas duas comparações.

4.6 Comparações

No trimestre de junho a agosto de 2017, a taxa de desemprego foi de 12,6%; no período de março a maio de 2017, havia sido de 13,3%; no trimestre de maio a julho de 2017, havia sido de 12,8%; no período de junho a agosto de 2016, havia sido de 11,8%.

O número de desempregados chegou a 13 milhões:

No período de março a maio de 2017, havia sido de 13,8 milhões; no trimestre de maio a julho de 2017, havia sido de 13,3 milhões; no período de junho a agosto de 2016, havia sido de 12 milhões.

O problema do capital e do trabalho faz com que o trabalhador venda a sua força de trabalho em troca de um salário para que ele possa se manter. Porém, existem mais pessoas que postos de trabalho e o grande número de procura leva o trabalhador a aceitar um valor estabelecido pelo tomador, sem ter o poder de discutir as políticas trabalhistas que lhe são afetas diretamente. Há algumas exceções e variáveis, como trabalhadores com grande especialização, mas que não representam a massa de trabalhadores.

Vê-se, assim, que o debate sobre o desemprego é muito amplo e complexo e deve trazer discussões sérias, pautadas num equilíbrio para ambas as partes envolvidas na relação de trabalho. Pois, além de ser analisado no contexto econômico deve ser visto sob a ótica social, por se tratar, também, de uma questão social.

5 A REFORMA TRABALHISTA - LEI 13467/2017

A reforma trabalhista foi aprovada pelo Senado Federal e após sanção do Presidente da República materializou-se na Lei 13467/17 no dia 13 de julho de 2017, trazendo alterações em cerca de cem dispositivos da CLT que modificaram diversos temas que envolvem a relação de trabalho, tais como, férias, jornada de trabalho, justa causa, horas *in itinere* e rescisão. Além de introduzir temas como o teletrabalho (ou *home office*) e o trabalho intermitente, além de criar a figura do autônomo exclusivo.

No tocante às questões processuais, temas como a justiça gratuita e os danos morais sofreram mudanças polêmicas e consideradas inconstitucionais.

Sob o argumento de que as relações de trabalho no Brasil eram regidas pela norma de 1943 (CLT), dita como ultrapassada, e pregada como forma de modernização das relações de trabalho, a reforma foi dada como urgente e provocou mudanças profundas na legislação trabalhista, com a promessa de que a mesma trará empregos.

Porém, ignorou-se o fato de que a CLT passou por diversas mudanças desde seu advento e que reformas desse gênero não tem a capacidade de gerar emprego suficiente, digno e envolvido no diálogo social, como estabelece a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

No dia 14 de novembro de 2017, três dias após a Reforma Trabalhista entrar em vigor, foi editada pelo Presidente da República a Medida Provisória (MP) nº 808 que alterou pontos importantes e polêmicos da nova legislação trabalhista como a forma de se estabelecer a jornada 12 por 36, o valor da indenização por danos morais, o trabalho da gestante em locais insalubres, o trabalho do autônomo – oportunidade em que pôs fim à cláusula de exclusividade, o contrato de trabalho intermitente, remuneração, representação de empregados, convenção coletiva e recolhimento das contribuições previdenciárias.

Tema de maior destaque advindo com a reforma trabalhista trata-se da questão da previsão de os acordos e convenções coletivas prevalecerem sobre a lei. Antes vistos como normas com valor de lei, agora valem mais que ela. O precedente aberto por essa mudança é polêmico e merece um estudo mais detalhado, vez que o dispositivo que o inseriu apenas exemplificou em seu rol algumas situações, acarretando a interpretação de que as partes poderão negociar tudo o que envolva a relação de trabalho entre elas.

5.1 O negociado sobre o legislado

A Lei 13467/17 autorizou que acordos coletivos e convenções coletivas de trabalho prevaleçam sobre a lei com a inserção do artigo 611-A na Consolidação das Leis do Trabalho.

O rol do artigo 611-A é meramente exemplificativo e o mesmo reitera em seu parágrafo 1º a aplicação do “princípio da autonomia da vontade”, enxertado ao art. 8º, da CLT.

Acontece que princípios são regras que nascem da observação do comportamento social ou da lógica dos institutos ou dos ramos jurídicos, não sendo comum um princípio que não foi detectado no âmbito social, ser criado à força por uma lei ordinária (SILVA, 2017, p.114). Ante tal constatação é imprevisível saber como irão reagir os tribunais diante da prevalência do “negociado sobre o legislado”.

Prevê o referido diploma, após a edição da Medida Provisória:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do caput do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais

II - banco de horas anual;

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI - troca do dia de feriado;

XII - enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;

XIII – Revogado

XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa

§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.

§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

§ 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito.

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho participarão, como litisconsortes necessários, em ação coletiva que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos, vedada a apreciação por ação individual.

O inciso I traz o tema da duração da jornada e o inciso II, do banco de horas anual, mas a própria CF/88 contempla a hipótese de acordo de compensação de horas via negociação coletiva, sendo diferenciado o período destinado a essa compensação, se semanal, mensal, semestral ou anual. Para fins de contratos individuais, o acordo de compensação deve ser mensal e o banco de horas, semestral; para negociações coletivas não há, em tese, limite

máximo, mas ela não poderá suprimir o descanso semanal remunerado, vez que o mesmo tem viés constitucional, ainda que seja deslocado do domingo.

O inciso III admite a negociação do intervalo intrajornada desde que respeitado o mínimo de meia hora para jornadas superiores a seis horas. Importante se faz a fixação desse piso no caso de haver negociações sem previsão de horário de almoço ou de apenas 10 minutos. Há chances de a jurisprudência trabalhista invalidar essa cláusula, pois o disposto no parágrafo único do artigo 611-B (CLT) diz que se não forem proporcionadas condições adequadas, pode haver colisão com o propósito de redução de acidentes de trabalho previsto no artigo 7º, inciso XXII, da CF/88 e reforçar-se-á esse argumento o fato de ter sido mantida intocada a exigência de autorização prévia da autoridade trabalhista para a redução do intervalo no artigo 71, parágrafo 3º, CLT.

O tema do inciso IV, sobre aderir ou não a planos de preservação de empregos ou aos programas de suspensão temporária para requalificação (artigo 476-A, CLT) já eram matérias próprias de negociação coletiva. Os incisos V e VI tratam, respectivamente, da possibilidade de as empresas realizarem seus planos de cargos e salários e seu regulamento interno sem passar pelo exame da norma coletiva, mas caso o façam, tendem a obter maior cobrança quanto ao questionamento de ser um documento unilateral, prejudicial ou desprovido de publicidade.

O inciso VII se refere à eleição e o modo de operação do representante dos empregados, oriunda do artigo 11, da CF/88. O tema foi tratado pelos artigos 510-A a 510-E, inseridos na CLT. Este último foi acrescido pela MP e diz que:

Art. 510-E. A comissão de representantes dos empregados não substituirá a função do sindicato de defender os direitos e os interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, hipótese em que será obrigatória a participação dos sindicatos em negociações coletivas de trabalho, nos termos do incisos III e VI do caput do art. 8º da Constituição.

Esta inserção foi positiva, pois dificilmente haveria desenvolvimento teórico ou prático desse inciso, haja vista que a representação seria essencialmente não sindical e até mesmo poderia haver conflito entre ela e os sindicatos.

O inciso VIII trata do teletrabalho (artigo 62, III e artigo 75-A e seguintes), do trabalho intermitente (artigo 452-A a 452-H) e do regime de sobreaviso. Os dois primeiros foram inseridos na CLT com a reforma e dispõem de diversas diretrizes especiais. O trabalho intermitente, por exemplo, ganhou alguns contornos adicionais com a MP através dos artigos 452-B a 452-H, que criou uma quarentena de 18 meses para contratar o ex-empregado como intermitente, que valerá até 2020; regras para a rescisão e para a contribuição previdenciária

deste tipo de contrato de trabalho; proibição de ingresso no seguro desemprego pelo empregado contratado como intermitente, dentre outras.

O regime de sobreaviso, entendido como o tempo em que o empregado fica no aguardo de um possível chamado do empregador em outro local, como sua casa ou em sua esfera de lazer, objetiva, evidentemente, tornar menos vulneráveis as regras do sobreaviso na empresa, mas para tanto deve haver clareza na referida norma e, principalmente, escala de plantão, tal como consta do artigo 244 da CLT, de forma que o empregado não seja obrigado a carregar o celular 30 dias no mês porque, do contrário, será apenas uma regra de precarização na relação de trabalho.

A reforma menciona no inciso IX a viabilidade de, em negociação coletiva, haver a implantação de sistemas de remuneração por produtividade, incluída a distribuição de gorjetas - o que está em sintonia com o artigo 457 da CLT com a redação dada pela Lei 13419/2017 e pela Medida Provisória 808/17 – e a remuneração por desempenho individual. O inciso XIV prevê a implementação, em negociação coletiva, dos prêmios de incentivo e no inciso XV a participação nos lucros e resultados da empresa.

O inciso X autoriza a negociação coletiva dispor sobre o regime de registro de jornada. Trata-se de tema que merece bastante cautela vez que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) invalidou cláusulas que previam o não registro da jornada ou a marcação apenas das horas extras (o que ficou conhecido como marcação por exceção). O registro da jornada se insere nas normas de direito tutelar, pois alcança outros objetivos além de simples pagamento de horas extras, como, por exemplo, a verificação de assiduidade, da pontualidade, da ligação entre a jornada e o acidente de trabalho. O TST mantém firme o entendimento da súmula 338 no sentido de que o ônus da prova da jornada é do empregador que possua os registros de ponto, sendo arriscado que este, em contestação, alegue que não juntará cartões de ponto por orientação de entidade sindical através de uma negociação coletiva. Portanto, esse inciso deve ser interpretado restritivamente, entendendo-se como modalidade de registro de jornada a escolha entre o meio físico, o mecânico ou o eletrônico e, não, dispensa do registro.

O inciso XI dispõe sobre a troca de feriado, dispositivo que pode resolver antiga pendência sobre como compensar a jornada na “ponte” do feriado ou como deslocá-lo para a semana anterior ou a seguinte e, assim, fazer “emendas” mais adequadas à produção. Tecnicamente o feriado não pode ser deslocado porque a Lei 605/49 determina que a compensação recaia sobre a mesma semana; logo, ao inserir a troca de feriado na negociação

coletiva, a empresa obtém uma espécie de banco de horas só de feriados, o que é lícito e adequado ao papel dessa modalidade estendida de compensação de jornada.

O inciso XII, com a redação dada pela MP, trata do enquadramento do grau de insalubridade e da prorrogação de jornada em ambientes insalubres sem licença prévia das autoridades competentes, desde que respeitadas as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras (NR's) do Ministério do Trabalho, em sua integralidade, e incluída a possibilidade de contratação de perícias.

A discussão em torno de tais assuntos se dá devido à superexposição do trabalhador a agentes físicos, químicos e biológicos acima dos limites e graus de tolerância, que são calculados mundialmente para jornadas de 8 horas, no máximo. Daí, seria inviável que o empregado ficasse exposto a tais agentes em períodos superiores ou em graus livremente deliberados pelo empregador sem o devido respeito às NR's se a MP não tivesse alterado a redação desse inciso.

O parágrafo 2º do artigo 611-A diz que a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico. Isso quer dizer que, na dúvida, o entendimento que a reforma trouxe foi de que as cláusulas não precisam carregar justificativas ou contrapartidas, qualquer que seja o seu teor. Há entendimentos doutrinários no sentido de que um desfalque trabalhista deve necessariamente ser acompanhado por uma contrapartida. Por exemplo, o aumento da jornada de 6h para 8h em situação de regime ininterrupto de revezamento deveria ser acompanhado pela concessão de algum benefício assistencial, garantia de emprego ou reajuste. No entanto, não é este o entendimento do TST e a reforma optou por adotar o posicionamento do Colendo Tribunal.

Muito embora o artigo 7º, VI da CF/88 contemple redução salarial via negociação coletiva de maneira aparentemente irrestrita, o desconforto dessa situação é tão grande que a reforma criou uma espécie de salvaguarda no parágrafo 3º do mencionado artigo, a saber, toda redução salarial deve ser acompanhada por garantia de emprego durante o prazo de vigência do instrumento coletivo. A inserção desse dispositivo foi positiva pois, quando o empregado se deparar com a notícia da redução de seu salário ou algum outro corte, ele tenha a salvaguarda de que não poderá ser dispensado enquanto durar a excepcionalidade. Porém, não houve previsão de teto para tal redução, nem para o prazo de duração da cláusula de crise, o que pode trazer certa insegurança ou brecha para certos abusos por parte do empregador.

Será difícil prever o desdobramento do parágrafo 4º do artigo 611-A, porque, apesar de ter sido dito no parágrafo 2º que uma cláusula não precisa ser justificada ou balanceada por outra, o referido parágrafo diz que, se houver contrapartida, esta deverá ser anulada em conjunto com a cláusula benéfica. Logo, se a cláusula da redução salarial decair, então a garantia de emprego deve ser invalidada. Mas nem sempre será fácil enxergar qual cláusula foi negociada em benefício da outra, exceto se os sindicatos passarem a indicá-las expressamente.

Por fim, no último parágrafo do artigo comentado, temos uma espécie de litisconsórcio necessário que obriga o sindicato a figurar no polo passivo da demanda trabalhista em que se postule a nulidade de cláusulas de instrumento coletivo. Acertada foi a alteração inserida pela MP, que veda a participação do sindicato em ação individual, vez que cláusulas de acordo coletivo ou de convenção coletiva só podem ser anuladas coletivamente em ação coletiva, inexistindo competência para os juízes, em as ações individuais, de declararem a nulidade de norma coletiva.

Enquanto o artigo 611-A enaltece o caráter meramente exemplificativo da lista das matérias liberadas para a negociação, o artigo 611-B afirma que o rol das matérias proibidas é taxativo, mas a redação do dispositivo parece ter sido feita às pressas, copiando o artigo 7º da Constituição Federal sem refletir a existência de outros fundamentos jurídicos e legais que inibem a negociação sindical.

O mencionado artigo conta com 29 incisos que o legislador elegeu como proibições prioritárias à negociação coletiva, como o seguro desemprego em caso de desemprego involuntário; o repouso semanal remunerado; a remuneração do trabalho noturno superior ao diurno; e a remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% à hora normal.

Mas há diversos assuntos que deviam ter sido mantidos fora da órbita dos acordos e convenções coletivos, como exemplo, os seguintes casos extraídos da jurisprudência do TST: a concessão de reajuste salarial contrário à leis de política salarial (súmula 375, TST); a fixação de taxas de homologação, contribuição sindical – novo regramento dos artigos 545 e seguintes - e contribuição confederativa (para não filiados); dispensa de aviso-prévio para o caso de ter havido admissão pela nova empresa prestadora de serviços em regime de terceirização; cláusulas com efeitos retroativos; descontos salariais superiores a 70% do salário, em contraponto ao artigo 82, parágrafo único da CLT; cláusulas discriminatórias entre sindicalizados e não sindicalizados; discriminação salarial entre adolescentes e adultos, em

detrimento do artigo 227, parágrafo 3º, II, da CF; restrições ou condicionantes a garantias de emprego da gestante e renúncia coletiva de direitos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A flexibilização das normas trabalhistas tem sido pregada como uma saída para o desemprego sob o argumento de que se o contrato de trabalho for flexibilizado e modernizado e o Estado deixar de intervir com normas muito rigorosas nas relações de trabalho, mais empregos serão criados.

Mas é evidente que a retórica da normatização pela via da negociação só interessa a um lado, provocando um desequilíbrio ainda maior nas relações trabalhistas. Pois, com o aumento do desemprego, as empresas têm mão-de-obra barata à sua disposição e quem sai perdendo é o trabalhador, que é a parte hipossuficiente da relação.

O constituinte originário, ao consagrar o rol de direitos sociais trabalhistas no artigo 7º da CF/88, diz que os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais visam à melhoria da sua condição social, nos levando a concluir que quaisquer modificações nesse rol devem consistir em melhoria da posição jurídica do trabalhador e, sob nenhum argumento, a flexibilização pode ser utilizada para subtrair os direitos trabalhistas.

Dentro dessa lógica, ainda que haja o permissivo constitucional apto a possibilitar a negociação de determinadas condições de trabalho, esta negociação não pode ficar a cargo única e exclusivamente das partes envolvidas nas relações de trabalho.

Nenhuma lei é capaz de garantir empregos. Uma lei que nasce eivada de contradições e inconstitucionalidades, muito menos. Assim, nota-se que a reforma trabalhista não possui essa prerrogativa como foi difundido por seus defensores.

O nível de insegurança que ela traz é preocupante, pois ela introduz mudanças profundas na legislação trabalhista, porém, com discussões superficiais, gerando dúvidas se o seu propósito é realmente melhorar as condições de trabalho ou apenas reduzir os custos operacionais. Fala-se em geração de empregos mas aumenta-se a jornada, o que, conseqüentemente, reduz postos de trabalho; ou diz-se que a dispensa coletiva é equiparada à dispensa individual (artigo 477-A, da CLT), em evidente afronta à Constituição e a vasto consenso internacional em sentido contrário.

O trabalhador é uma pessoa humana dotada de dignidade, que possui necessidades básicas que precisam ser satisfeitas através do ganho que obtém com o seu trabalho, cuja mão-de-obra não constitui apenas um fator ativo de produção.

ABSTRACT

This study has the objective to show the flexibilization of the labor laws and analyses if would be the effective solution to combat the unemployment, specially, in time economic crises. This way, will be concern the flexibilization, as well as your emergence; to point the constitutional aspects, will show your Brazilian legislation foresight, expose the placement against and favor, will be demonstrated the data about the unemployment in the country, finally, it will be done a soon analyze about the labor law reform, more precisely the article 611-A, what was added in the Consolidation of Labor Laws (CLT), referent the matter about negotiated prevail over legislated. For bigger enrichment and comprehension of the present study, was used consult in articles, monographs, as well as reference bibliography and relevant web sites, what serves like instrument of analyze and development of critic sense and of scientific concepts.

Keywords: Flexibilization. Economic Crises. Unemployment. Negotiated on the Legislated. Labor Reform.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 29 set. 2017.

_____. **Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949**.
Repouso semanal remunerado e o pagamento de salário nos dias feriados civis e religiosos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0605.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. **Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974**. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. **Lei nº 13.419 de 13 de março de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para disciplinar o rateio, entre empregados, da cobrança adicional sobre as despesas em bares, restaurantes, hotéis, motéis e estabelecimentos similares. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13419.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. **Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017**. Altera dispositivos da Lei no 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a

terceiros. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. **Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm#art1>. Acesso em 14 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Turno ininterrupto de revezamento. Fixação de jornada de trabalho mediante negociação coletiva. Validade. (Conversão da Orientação Jurisprudencial nº 169 da SBDI-1) Res. 139/2006. **DJ**, 10, 11 e 13 out. 2006. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-423>. Acesso em: 26 out. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. **Terceirização no direito do trabalho**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011.

SILVA, Cássia Cristina Moretto da. A proteção ao trabalho na Constituição Federal de 1988 e a adoção do permissivo flexibilizante da legislação trabalhista no Brasil. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2012, v. 4, n. 7, jul./dez. p. 274-301. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista8/protecaoCassia.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 112-122.

UOL ECONOMIA. **Desemprego é de 12,6% e atinge 13,1 milhões de trabalhadores, diz IBGE**. São Paulo, 29 set. 2017. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2017/09/29/desemprego-pnad-ibge-julho-a-agosto.htm>>. Acesso em: 29 set. 2017.