

Teoria da flexibilização do direito do trabalho: uma tentativa de contextualização histórica

*Dorothee Susanne Rüdiger**

RESUMO. O presente artigo trata da influência da teoria pós-moderna sobre o direito do trabalho contemporâneo. A abordagem do tema focaliza a teoria da flexibilização do direito do trabalho como base teórica para sua *desconstrução*. Para tanto, faz uma análise comparativa entre o direito do trabalho do século XX, apresentado como fenômeno jurídico típico da modernidade, e as recentes tendências teóricas jurídicas trabalhistas, que sustentam sua adaptação à conjuntura econômica do momento ou não.

Palavras-chave: *Desconstrução* do direito. *Flexibilização* do direito do trabalho. Teoria da proteção.

Introdução

Nesse início do século XXI somos testemunhas de mudanças fundamentais em nossa maneira de pensar e perceber. Essas mudanças, percebidas pelos artistas já a partir do final dos anos 60 do século passado, fazem hoje parte do nosso cotidiano. A *pós-modernidade*, como é chamada esse novo jeito de ser, tomou conta não somente de nossos gostos, mas também de nosso pensamento e de nossa maneira de agir. No domínio da arte, essa mudança se faz visível e perceptível em obras de cinema, nas quais

* Doutora pela Universidade de São Paulo. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP).

a fragmentação da sociedade e do sujeito, busca de um novo sentido para a existência, é uma constante. Ícone de nosso tempo tornou-se a obra *Matrix* por tematizar a questão da procura da verdade (e até da realidade) numa sociedade conectada em rede por um sistema explorador e altamente alienante. Simula, através de um programa de computador, a vida cotidiana a-histórica, ocidental, *congelada* no ano de 1999 como sendo a única forma de existência possível. O que chama atenção nessa obra de arte é a mescla de culturas que cita. Cristianismo e budismo, a teoria de *Jean Baudrillard* e *Alice no País das Maravilhas* convivem para formar um verdadeiro mosaico cultural (KENSIKI, 2003, p. 38-46).

Da arte para a política do século XXI é apenas um passo. Quem já foi testemunha ocular do Fórum Social Mundial pôde vivenciar a diversidade cultural que, com os avanços da tecnologia trazidos pela globalização, constitui a sociedade civil mundial. Se, de um lado, não dá para ignorar as transformações na arte e na política, de outro lado, o debate filosófico e jurídico da pós-modernidade levanta problemas fundamentais. A despedida do que Jean François Lyotard chama de “grandes narrativas”, traz para o campo jurídico, além do possível respeito pela *alteridade* no debate intercultural¹, o esfarelamento de um ordenamento jurídico assentado no paradigma da justiça.

O presente artigo tem o escopo de debater o pós-modernismo tal como se apresenta no direito do trabalho

¹ Importante contribuição é dada por: SANTOS, Boaventura de Souza As tenções da modernidade. Disponível em: <<http://www.forumsocialmundial.org.br/portugues/biblioteca>>. (22/jan./2001). *Idem*. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 6. ed. Porto: Afrontamento, 1997.

brasileiro. Esse debate não carece de atualidade, uma vez que a teoria já é tomada como fundo de argumentação política que leva a um projeto de reforma (por hora *engavetada*) do direito do trabalho prevendo, dentre outras medidas, a primazia dos resultados de negociação coletiva entre sindicatos, os contratos coletivos do trabalho, sobre a lei. A abordagem do direito do trabalho na pós-modernidade baseia-se num capítulo de obra coletiva recentemente publicada (ALVES, 2002) que, devido também à rapidez do desenvolvimento da teoria científica, submetida a uma revisão crítica.

1 - Teoria da flexibilização do direito do trabalho e pós-modernidade

As transformações contemporâneas do direito do trabalho no Brasil são aqui analisadas à luz de um debate de cunho teórico jurídico. Esse debate acerca do princípio protetor e da regra da norma mais favorável ao trabalhador teve início logo após a promulgação da Constituição de 1988. Hoje já pode se falar na existência de uma *teoria da flexibilização*. Curioso é que a discussão em torno de questões de fundo surge antes mesmo que se tomem, no Brasil, decisões políticas para a abertura do mercado à globalização - portanto, antes de qualquer discussão da flexibilização do mercado de trabalho e de suas regras. Assim, o debate da norma mais favorável ao trabalhador suscita, primeiro, questões axiológicas, que assumem uma forte coloração política, uma vez que, em última análise, discute-se a própria função do direito do trabalho.

Segundo a teoria da flexibilização, a mudança do ordenamento jurídico trabalhista brasileiro está desenhada na própria Constituição Federal de 1988, que, em seu

artigo 7º, prevê a possibilidade da modificação de salários e da jornada através da negociação coletiva. A teoria da flexibilização é defendida por Otávio Bueno Magano como contraponto à regra da norma mais favorável, derivada do princípio protetor teorizado por Américo Plá Rodriguez. Nesse debate, é posto em xeque o próprio paradigma do direito do trabalho até então geralmente aceito. Existe uma linha direta entre o debate jurídico acerca dos fundamentos do direito do trabalho, de sua interpretação e de sua fonte privilegiada e a política da desregulamentação do mercado. Trata-se, em última análise, de *reprivatizar* o mercado *reprivatizando* o direito. A flexibilização do direito do trabalho com foco na negociação coletiva passa ser “[...] o instrumento de política social caracterizado pela adaptação constante das normas jurídicas à realidade econômica, social e institucional, mediante intensa participação de trabalhadores e empresários, para eficaz regulação do mercado de trabalho”, como reza a obra mais representativa da teoria da flexibilização no Brasil, a de Luiz Carlos Amorim Robortella (1994, p. 97), que, de maneira bastante eloqüente, intitula-se *O Moderno Direito do Trabalho*.

O que chama a atenção na teoria da flexibilização do direito do trabalho – que está cada vez mais evoluindo para uma teoria da privatização do direito do trabalho e para uma teoria do direito do trabalho mínimo – é o discurso metodológico que a fundamenta e que constitui, para falar com as palavras de Pierre Bourdieu, um verdadeiro discurso de legitimação.

Está em pauta a flexibilização do direito do trabalho em decorrência das mudanças econômicas, tecnológicas e culturais que colocam em xeque a própria concepção do

papel do direito do trabalho: de um lado, como conjunto de normas e princípios limitadores do poder do capital; de outro lado, inserindo-se num mercado que exige a liberdade do capital e um mínimo de intervenção estatal. O intuito da teoria da flexibilização é superar a crise percebida como sendo econômica adaptando as normas pela negociação coletiva, se for necessário, *in peius* às exigências do mercado. No contexto de uma economia global, novo paradigma aceito por boa parte da doutrina juslaboralista brasileira (ROBORTELLA, 1994, p. 98; PASTORE, 1994, p. 403; ROMITA, 2002, p. 394), a flexibilização garante a “[...] produtividade da mão-de-obra, competitividade, modernização, mercado, lucro e desenvolvimento econômico” (ROBORTELLA, 1994, p. 94). Essa mesma função é exercida pela criação de relações de trabalho atípicas, pois elas constituem “[...] formas de adaptação impostas pelas transformações econômicas e pela interferência do Estado para impedir que a geração de empregos seja um fim em si mesmo” (MANNRICH, 1998, p. 16). Aqui aparece um outro aspecto colocado em pauta na defesa da flexibilização do direito do trabalho: o desemprego. O fantasma do desemprego, gerado justamente pela abertura econômica, pela reestruturação da empresa, enfim, pelo mercado globalizado, é usado como justificativa da flexibilização do direito do trabalho, como expressa muito bem José Pastore: “Ficou claro que o excesso de rigidez destrói empregos, levando os capitais a criar oportunidades de trabalho em outros países” (PASTORE, 1994, p. 403; ROBORTELLA, 1994, p. 98).

Escopo do debate é a sobrevivência do capital dentro da economia global, para a qual o direito do trabalho sempre foi e continua sendo uma verdadeira

camisa-de-força (FREITAS JÚNIOR, 1988, p. 806), da qual vislumbra, finalmente, a possibilidade de se livrar, invertendo o ônus do risco da atividade econômica e deixando boa parte dele na mão dos próprios trabalhadores.

Chama a atenção o discurso metodológico empregado pelos defensores da flexibilização do direito do trabalho – e, com isso, de sua verdadeira transmutação. Pretendem imprimir ao debate do direito do trabalho um cunho *científico*, (ROBORTELLA, 1994, p. 38) capaz de *desideologizar* (Idem, p. 94) o discurso para atingir a meta da competitividade. Com isso, o direito do trabalho contribui para a funcionalidade e a produtividade do sistema, adaptando-se à realidade econômica. A pluralização da tutela, essência da teoria da flexibilização, tem um fim: a sobrevivência da empresa, o desenvolvimento da economia, a regulação do mercado de trabalho, em suma, a *maior eficácia* (ROBORTELLA, 1994, p. 95) do mercado.

Ultimamente, a teoria da flexibilização do direito do trabalho está se aproximando da filosofia pós-moderna². Denominador comum entre os juristas adeptos a essa linha de pensamento é o discurso prescritivo que descarta o pensamento moderno e advoga, literalmente, a flexibilidade pós-moderna. Assim, por exemplo, o alvo de Arion Sayão Romita (1997, p. 24) é claro: “Nossa maneira de pensar atual *não pode* [grifo nosso] orientar-se em função das utopias do século XVIII. A filosofia pós-

² Citamos no início deste artigo dois exemplos de doutrina que se baseiam em idéias pós-modernas: ROMITA, Arion Sayão. *Globalização da economia e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 24 e seg; e, ultimamente, ALMEIDA, Renato Rúa de. A pequena empresa e os novos paradigmas do direito do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 64, n. 10, p. 1.249-1.254, 2000.

moderna abandona os tópicos do Iluminismo para aderir às realidades contemporâneas”. Trata-se de dissolver a verdade absoluta e substituí-la por diversas verdades. Os grupos sociais fazem-se ouvir, deixando para trás a metafísica, assim como as grandes causas. O direito, com o fim da metafísica, assume regras pragmáticas, *aptas a assegurar a convivência pacífica das diferenças sociais*. O Estado é encaminhado “para uma nova condição mínima” (ROMITA, 1997, p. 25), em prol da solidariedade comunitária. Mas essa tolerância não existe sem escopo. O autor é claro quando denuncia, no contexto da globalização e de seus desafios de competitividade, o princípio protetor como um *mito* e conclui:

Pois bem, a *exigência* de competitividade põe em cheque esse princípio. As *exigências* da economia preconizam o triunfo do mercado e *impõem* a flexibilização das condições de trabalho como condição para a redução de custos da empresa (ROMITA, 1997, p. 41. – Grifo nosso).

O campo teórico oposto à teoria da flexibilização, curiosamente, coloca-se na mesma plataforma teórica para debater seus vícios neoliberais. Pressuposto é a globalização que se tornou também no debate jurídico, um verdadeiro “paradigma das ciências sociais” (IANNI, 1994, p. 147-161). A flexibilização aparece como sendo uma imposição política e econômica da globalização que ameaça agravar os problemas sociais já existentes, no Brasil. Independentemente do método de análise

empregado, o princípio protetor é defendido e reafirmado como sendo o alicerce do direito do trabalho³.

2 - O direito do trabalho: filho da modernidade

Jürgen Habermas (1998, p. 9), filósofo moderno contemporâneo, introduz o debate da modernidade com um resgate histórico da consciência histórica da modernidade e de sua necessidade de auto-afirmação. Apoiando-se em Weber e, principalmente, em Hegel, descreve a modernidade como um *processo de desencanto* baseado na decadência da religião, que trouxe consigo uma cultura profana. No contexto histórico da modernidade, as belas artes, a filosofia e o direito tornam-se autônomos e “[...] possibilitam processos de aprendizagem que seguem as normas internas de problemas teóricos, estéticos ou morais e práticos”. (HABERMAS, 1998, p. 9). Para a compreensão moderna do mundo que vê nascerem o capitalismo industrial e a organização do Estado nacional e burocrático, é

³ COSTA, Orlando Teixeira da. Rigidez e flexibilidade do direito do trabalho no Brasil. *Revista LTr*, São Paulo, v. 54, n. 9, 1990. p. 1045; MARTINS, Nei Frederico Cano. O Projeto de Reconstrução Nacional e a flexibilização do direito do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 55, n. 11, 1990. p. 1332-3; ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Crises dos modelos capitalistas e do mercado laboral. *Revista LTr*, São Paulo, v. 58, n. 7, 1994. p. 783-787; SILVA, Reinaldo Pereira e. Os modelos de flexibilidade do direito do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 63, n. 2, 1999. p. 185; SÜSSEKIND, Arnaldo. A negociação trabalhista e a lei. *Revista LTr*, São Paulo, v. 66, 8, 2002. p. 934; GIGLIO, Wagner. A prevalência do ajustado sobre a legislação. *Revista LTr*, São Paulo, v. 66, n. 4, 2002. p. 402; MAIOR, Jorge Luiz Souto. O direito do trabalho como instrumento de justiça social. São Paulo: LTR, 2002. p. 244 e seg.

imprescindível que a fé seja substituída pela certeza dos axiomas matemáticos.

O conceito daquilo que é *moderno* nasce, portanto, no contexto do *antigo*. Tempos modernos são tempos novos para Hegel, que formulou o conceito para a filosofia alemã. A modernidade é entendida como época histórica que tem seu início no Renascimento, e, para o alemão Hegel, na Reforma Protestante. A partir de uma percepção da história como processo, como *pressão do tempo* (*Zeitdruck*), desenvolveu o entendimento de que moderno é o contemporâneo, caracterizado como tempo do nascimento de algo novo, de uma nova era. Assim, o mundo moderno é um mundo capaz de parir a cada instante o presente como algo novo. Rompe-se com o passado para se enfrentar uma renovação contínua no presente. Revolução, progresso, emancipação, crise, espírito do tempo são as palavras-chave da filosofia que representam esse *rompimento radical com a tradição*.

O rompimento permanente com a tradição é, portanto, a tônica da modernidade tomado também em seu sentido estético. Em meados do século XIX, Baudelaire – cujas reflexões sobre a modernidade são tomadas por David Harvey como ponto de partida para a conceituação da modernidade – refere-se à arte de sua época como *moderna*, já que modernidade reúne em si o eterno e imutável e, ao mesmo tempo, o transitório e fugidio. Assim, característica da modernidade é a já referida contestação da tradição, dos valores tradicionais, num processo chamado *destruição criativa* (HARVEY, 1998, p. 21), descrito no *Manifesto Comunista*, de Karl Marx e Friedrich Engels. A paisagem antiga cede ao mundo novo, historicamente transformado pelo capitalismo industrial.

Este tem, como personagem central, o empreendedor incansável em busca do novo.

Se, de um lado, na sociedade moderna, há um processo de rompimento contínuo com as tradições, de outro lado, essa mesma sociedade reflete-se no projeto filosófico e político iluminista. Nos planos político e jurídico, buscam-se a emancipação política e a organização racional da sociedade através do Estado e do direito. Além disso, a modernidade propõe o domínio científico da natureza. Daí ela construir um discurso que se legitima pela busca do justo, do verdadeiro e do belo, que ganham, no pensamento moderno, universalidade.

A racionalidade, a universalidade e a emancipação, paradigmas para o pensamento moderno, são postas em xeque já no final do século XIX, quando se *descobre*, a partir do pensamento de Nietzsche e de Freud, a existência de forças irracionais que agem sobre o pensamento humano. Mais tarde, no século XX, Weber denuncia a racionalidade burocrática como autoritária, e a racionalidade científica é debatida pela Escola de Frankfurt como sendo destrutiva e, portanto, irracional. Mesmo assim, a busca da realização do projeto iluminista - o progresso e a emancipação humana - vai percorrer o século XX até encontrar sua contestação, a partir dos anos 60, no pós-modernismo.

Ainda no período do segundo pós-guerra, a partir das experiências de Auschwitz e de Hiroshima, a legitimação dos discursos científicos, políticos e estéticos modernos é colocada em outros termos. Tendo vivido a experiência do nazismo e da Segunda Guerra Mundial, a Escola de Frankfurt denuncia que o Iluminismo - pensamento moderno que contribuiu para o "desencanto do mundo" (ADORNO, 1985, p. 19)- transformou-se em seu contrário, isto é, num instrumento de dominação e

repressão. Assim, Max Horkheimer e Theodor W. Adorno (1985, p. 11) escrevem, em 1947: “O que nos propuséramos era, de fato, nada menos do que descobrir por que a humanidade, em vez de entrar em um estado verdadeiramente humano, está afundando em uma nova espécie de barbárie”. A razão iluminista, que, ao desencantar o mundo, tinha como objetivo contribuir para que o homem fosse capaz de fazer sua própria história, emancipando-se da dominação e tornando-se autônomo, transformou-se numa razão instrumental, numa “cega objetividade” (FREITAG, 1990, 35). Essa razão instrumental é denunciada como alienada que, agora autônoma, volta-se contra as tendências emancipatórias do Iluminismo. Por isso, o debate na ciência e na filosofia não deveria somente abranger fatos e valores, mas buscar juízos existenciais, um comprometimento com a liberdade e a autonomia, compreendendo a dimensão histórica dos fenômenos, dos indivíduos e da sociedade. Para tanto, a teoria crítica construída pela Escola de Frankfurt postula o uso da “razão como instrumento de libertação para realizar a autonomia, a autodeterminação do homem” (FREITAG, 1990, 41).

Para Lyotard, duas décadas mais tarde, não há mais essa perspectiva emancipatória. Pelo contrário, há um movimento de deslegitimação que implica o “[...] declínio do poder unificador e legitimador dos grandes *relatos* da especulação e da emancipação” (LYOTARD, 1998, p. 69). Para não correr o risco de cair no nível de pura e simples ideologia, a ciência necessita construir um outro discurso de legitimação, a partir da *perspectiva*⁴: “A hierarquia especulativa dos conhecimentos dá lugar a uma rede imanente e, por assim dizer, *rasa*, de investigações cujas

⁴ Conceito que Lyotard encontra em Nietzsche (LYOTARD, 1998, p. 71).

respectivas fronteiras não cessam de se deslocar” (LYOTARD, 1998, p. 71). Em termos políticos e jurídicos, essa rede significa a “[...] erosão do dispositivo da emancipação” (LYOTARD, 1998, p. 72) como projeto da sociedade. Na visão pós-moderna, a sociedade, com suas divisões sociais e incertezas, se desmancha enquanto unidade. Esse desmanche das estruturas externas e internas da sociedade moderna são visíveis na arquitetura, caracterizada, hoje, por uma “colagem de espaços urbanos” (HARVEY, 1998, p. 45).

Na sociedade pós-moderna, segundo Lyotard, o vínculo social é construído (e permanentemente reconstruído) através de uma *tessitura* de um número indeterminado de jogos de linguagem que obedecem a regras diferentes. O saber científico torna-se pragmático mudando, a cada instante, suas regras. Essa *flexibilidade dos meios de saber* recorre ao consenso prévio entre os *experts* ao qual a argumentação científica é submetida. O saber “depende de contrato entre os participantes” (LYOTARD, 1998, p. 79). O consenso não está no fim do debate, mas no início do debate.

Ênfase é dada não ao consenso, mas ao dissenso: “O princípio de uma metalinguagem universal é substituído pelo da pluralidade de sistemas formais e axiomáticos, capazes de argumentar enunciados denotativos, sendo estes sistemas descritos numa metalinguagem universal, mas não consistente” (LYOTARD, 1998, p. 80). Os *pequenos relatos*, enfim, substituem as *grandes narrativas* (*Idem* p. 111).

Chama a atenção o fato de um dos elementos caracterizadores da modernidade, o rompimento constante com a tradição, ainda estar presente na pós-modernidade. Talvez seja em razão disso que a teoria pós-

moderna refere-se à modernidade no momento em que constrói seu discurso desconstruindo os paradigmas modernos. O rompimento com a universalidade dos valores e a busca do consenso momentâneo sobre o procedimento, e não o fim, do debate termina com a visão da história como procura do progresso e da emancipação, sendo síntese dialética das contradições encontradas na vida econômica, social e cultural. O que é, na modernidade, um elemento de ordem, de consenso da sociedade, o *princípio da esperança*, nas palavras de Ernst Bloch, cede lugar ao vazio. A *pressão do tempo* que, para Hegel, traria a revolução e, com ela, a emancipação, cede lugar ao *no future*, expressão de ordem anarquista pichada nos muros alemães no final da década de 70 do agonizante século XX. Nesse momento histórico, os anarquistas pós-modernos não estavam cientes de seu estreito parentesco com os liberais que, por sua vez, comemorariam, satisfeitos com a queda do Muro de Berlim e do “socialismo real”, no final dos anos 80, o fim da história. Uma vez morta a história, o único fator de *ordem* que resta na sociedade capitalista do século XXI é o próprio capital.

A mudança no discurso do saber está, também para Lyotard, intimamente ligada à função da ciência como força produtiva. Como a construção de saberes, sobretudo os da tecnologia, é cara, deve obedecer, no contexto da sociedade capitalista, ao princípio da otimização da *performance* (LYOTARD, 1998, p. 80). O alto custo, principalmente da ciência e tecnologia, é bancado hoje pelas empresas multinacionais, que exigem, em troca de seus investimentos, a maximização do desempenho. O saber torna-se pragmático, isto é, a questão do verdadeiro e do justo é uma questão de desempenho. Inverte-se o papel da ciência e da tecnologia e, acrescentamos, do

direito e do mercado. Daí não nos causar espanto a constatação e a crítica de Gunther Teubner (1997, 149) à mais recente teoria jurídica, que alega estar o direito submetido à “racionalidade econômica”, e não à busca de emancipação.

O direito do trabalho é filho da modernidade, pois veio dar forma à relação de emprego moderna que se desenvolve junto ao mercado. Mais do que isso, o direito do trabalho constitui um elemento estabilizador da sociedade capitalista, porque se, de um lado, o mercado implica a constante destruição do antigo, do tradicional e do permanente, de outro lado, também produz o novo, o estável, tanto no plano material quanto no plano das idéias. O caos do *laissez-faire*, da corrida pelo lucro, da competição deve apresentar a aparência de ordem. Assim, na modernidade, *numa unidade paradoxal* (HARVEY, 1998, p. 21), a sociedade encontra formas de organização que recorrem a discursos e metadiscursos para sua legitimação. O direito do trabalho deve ser visto no contexto dos elementos estabilizadores e norteadores do pensamento que é tido como universal, isto é, aceito por todos, inclusive pelos críticos da sociedade capitalista. Na modernidade, pelo menos a linguagem é universal.

Ao capitalismo cabe o mérito de ter destruído as relações feudais de produção e de poder. Ele forçou a libertação dos servos e criou novas relações de trabalho, a partir da transformação do trabalho artesanal em industrial. Organizou o mercado e deu um novo sentido ao Estado e ao direito. A modernidade inicia-se como um complexo processo revolucionário econômico, político e jurídico. Nesse contexto, insere-se a revolução industrial, que, antes de ser uma revolução tecnológica, foi uma revolução organizacional do trabalho – pois somente após

o disciplinamento dos trabalhadores pelo capital industrial faz-se possível o emprego maciço das máquinas.

O moderno direito do trabalho, como um direito que delimita a exploração dos trabalhadores pelo capital, nasce, de um lado, em razão da preocupação do próprio capital com a reprodução da força de trabalho e, de outro, no momento em que os trabalhadores se reconhecem como coletivo. Esse reconhecimento leva, no século XIX, a um debate sobre o papel político dos trabalhadores enquanto classe organizada. Surgem daí várias vertentes do movimento operário, que buscam a solução para os graves problemas sociais ora na revolução (socialistas e anarquistas), ora na reforma do Estado capitalista, portanto, na esfera política. Para sobreviver no dia-a-dia, os trabalhadores organizam-se em sindicatos para garantir, de forma coletiva, o valor de compra e venda do trabalho e a duração da jornada de trabalho como limites imediatos à exploração. Na falta de vontade do Estado liberal de agir em prol dos trabalhadores, eles organizam a força de seu coletivo para obter melhores condições de trabalho. Nesse sentido, os contratos coletivos não-recepcionados pelo ordenamento jurídico liberal, mas respeitados na prática social, porque garantidos pela força de organização dos trabalhadores, formam a verdadeira base do direito do trabalho moderno.

Seja por pressões revolucionárias ou reformistas dos trabalhadores, seja pela necessidade do próprio capital de reger as relações de trabalho, o Estado passa a legislar, a criar um direito estatal do trabalho. O que está em jogo é a própria sobrevivência do capitalismo, como ilustra muito bem o preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, criada pelo Tratado de Versalhes, em 1919, sob a impressão da

Revolução Russa. Sob pena do fim dos tempos capitalistas, o discurso jurídico deve mudar.

O fundamento teórico, político e jurídico do direito do trabalho continua seguindo o espírito da modernidade. Trata-se de garantir a *justiça social*, verdadeira razão de ser do direito do trabalho, uma vez que restabelece, pelo trato desigual das partes, a igualdade perdida na relação de trabalho. Trata-se de realizar, através do direito do trabalho, a solidariedade social (PLÁ RODRIGUEZ, 1978, p. 27), a *fraternité* relegada pelo direito liberal e conquistada pelos trabalhadores. A justiça social é garantida tanto pelo direito do trabalho estatal quanto pelo direito do trabalho coletivamente negociado. Ao mesmo tempo que se cria um direito estatal do trabalho, os sindicatos e as normas coletivamente negociadas são reconhecidos. Com isso, o direito do trabalho fecha um hiato entre o direito liberal, que, entendendo as relações jurídicas como entre indivíduos, enquanto a economia capitalista concentra o poder e a riqueza na mão de grandes conglomerados, tinha criado um verdadeiro “mundo paralelo jurídico” (GOUNOT, 1912, p. 12) distante daquele percebido no dia-a-dia da vida em sociedade.

Apesar da dialética de sua formação, o direito do trabalho moderno deve ser visto no contexto da sociedade organizada em torno do mercado. Nessa ótica, o direito do trabalho deve ser compreendido como uma das “medidas corretivas do mercado” (REICH, 1977, p. 196). Essa correção se dá em dois níveis. De um lado, pela redução do desequilíbrio entre as partes e pelo restabelecimento da autonomia da vontade e da igualdade entre as partes. Para tanto, o direito do trabalho, como vimos, está baseado no princípio protetor que vincula, principalmente, os agentes

do Estado chamados a reduzir a desigualdade substancial entre as partes. De outro lado, o direito do trabalho propicia aos grupos representativos dos interesses dos trabalhadores um verdadeiro *contrapoder* (*Gegenmacht*).

A correlação entre o direito estatal e o direito coletivamente negociado depende muito do espaço deixado pelo ordenamento jurídico estatal para os sindicatos negociarem as normas jurídicas trabalhistas. Depende, em suma, da organização do próprio Estado. Superado o Estado liberal, que se caracteriza pela renúncia de intervir nos campos econômico e social e que relega a solução de seus conflitos internos à espontaneidade social, o Estado social tem como meta, justamente, resolver a *questão social*. Como em tempos de crise econômica e política a capacidade autoreguladora da sociedade civil é reduzida, o Estado regula as relações entre os indivíduos para garantir o crescimento econômico e a proteção social da pessoa. Assim explica-se, por exemplo, a organização do Estado corporativista nos anos 20 e 30 do século XX, que encontra no Estado Novo sua versão brasileira. No contexto do Estado corporativo, é elaborado, quase que exclusivamente pela esfera pública, um direito *tutelar* dos interesses dos trabalhadores. As ações sindicais são compreendidas como ações do Estado. A idéia que se tem sobre o trabalhador é a de um sujeito menor. O escopo político é, claramente, evitar a luta de classes.

Foi preciso, a partir da Segunda Guerra Mundial, um rompimento com o corporativismo para que a negociação coletiva voltasse a ser fonte autônoma do direito do trabalho. Rompendo com os regimes de inspiração fascista, o Estado moderno é construído sobre o pluralismo político e jurídico. São reconhecidos direitos de participação política e jurídica aos chamados *grupos*

intermediários que se colocam entre a esfera do poder público e a dos indivíduos. Sem tirar o papel do Estado de instrumento de transformação e regulação social, de vetor do progresso no contexto de um capitalismo organizado pelo próprio Estado, o pluralismo garante autotutela de interesses conflitantes e visa, reconhecendo o conflito de classes, a emancipação política e jurídica dos trabalhadores. A idéia do contrapoder cabe nesse contexto. Ao lado do Estado, existem centros de poder social que fazem com que ele deixe de ser único garante da estabilidade social.

Historicamente, como já foi visto, o pluralismo jurídico deve ser compreendido no contexto da fase de reconstrução econômica após 1945. A expansão do mercado nessa fase deu poder concreto aos sindicatos dos trabalhadores. Esse poder é reforçado pela necessidade de colaboração política da classe operária num cenário de guerra fria, de um lado, e pelo *fordismo*, como forma de organização da empresa que reúne grande número de trabalhadores num único local de trabalho, de outro. A necessidade de estabilidade política, social e econômica torna possível o pluralismo jurídico trabalhista.

Mas o poder dos sindicatos não é ilimitado. A autonomia coletiva privada, poder normativo dado aos grupos sociais de regrem seus interesses, é delimitada pelo ordenamento estatal e representa, tão somente, uma “reserva de competência” (MAZZONI, 1972, p. 63). Em nome de sua função como protetor da força de trabalho, o Estado intervém nas relações entre o capital e o trabalho no caso em que a negociação coletiva revela-se incapaz de proteger os interesses dos trabalhadores. Nas palavras de Enzo Roppo (1988, p. 326), a autonomia privada “[...] converte-se de instrumento de domínio e opressão social

em instrumento de emancipação e progresso dos trabalhadores”. Visando contribuir para a emancipação dos trabalhadores, o direito do trabalho do século XX é, em sua essência, moderno.

3 - O direito do trabalho na pós-modernidade: esfarelamento, diversificação, desregulação

Dentro do contexto da cultura pós-moderna, o direito muda, forçosamente, de discurso. Uma vez deslegitimado pelo fim da *grande narrativa*, a busca de justiça na emancipação da sociedade e do cidadão, o direito também é construído a partir de *pequenas narrativas*, da busca de consenso momentâneo sobre as regras de procedimento a serem estabelecidas para se solucionar um determinado conflito pragmático. Característica do direito pós-moderno não é o consenso, a busca de um valor em comum, mas sim o dissenso. Reconhecida a heterogeneidade dos jogos de linguagem jurídicos, o consenso entre os participantes é local, não um fim a ser atingido. Assim, o direito torna-se pragmático, buscando a solução de conflitos *caso a caso*. Essa solução, por sua vez, não depende de normas estabelecidas de forma apriorística, mas do consenso sobre elas no processo de sua solução. Fiel ao pragmatismo teórico das *pequenas narrativas*, o direito é um sistema aberto que estabelece, caso a caso, um novo jogo de linguagens. Não interessa o fim, mas sim a busca de soluções momentâneas para problemas momentâneos (LYOTARD, 1998, p. 119). Dessa maneira, o direito torna-se pragmático também num outro sentido: não está mais legitimado pela satisfação de necessidades, mas sim pela eficiência do sistema, de sua *performance* (LYOTARD, 1998, p. 119).

O *esfarelamento* do direito pela teoria pós-moderna está ligado à crise contemporânea da sociedade e do Estado. No contexto da globalização, da crescente importância das normas supra e infranacionais, o Estado Nacional perde o monopólio de promulgar regras, o que leva a uma crescente privatização da regulação jurídica presente num direito reflexivo, isto é, num direito primordialmente procedente de negociação. No contexto do direito reflexivo, o Estado exerce papel de *guia* (ROTH, 1998, p. 22), apenas, e não de planejador das relações sociais. Pois, dada a complexidade da sociedade contemporânea, nem o Estado nem o direito são capazes de se adaptar à sua evolução. Resta ao Estado, apenas, guiar a sociedade por um modelo de direito que se coloca entre a direção central da sociedade e sua auto-regulação pelo mercado. O Estado torna-se um ator como qualquer outro no discurso de interesses, representando os interesses generalizáveis, e controla a conformidade dos procedimentos de negociação.

Para Boaventura de Souza Santos, a negociação permanente no seio da sociedade representa uma chance para o direito: a de valorizar conhecimentos e práticas sociais não hegemônicas. O direito aparece no contexto de uma proposta de diálogo para a reinvenção de alternativas de prática social. A unidimensionalidade, a política vertical exercida pelo Estado moderno, mantenedor do monopólio de violência legítima e do direito e da organização burocrática nacional, que trata seus cidadãos como sendo formalmente iguais, é substituída pela multidimensionalidade da argumentação num diálogo intercultural. Esse diálogo é horizontal e serve para averiguar as necessidades humanas valendo-se de uma hermenêutica transvalorativa e multicultural que

tem como base a dignidade humana. A pós-modernidade cria, assim, uma cultura *babélica* (SANTOS, 1997, p. 290). Resta saber como a igualdade de condições nesse diálogo multicultural e *diatópico* (SANTOS, 2001) – uma vez que se restringe a solucionar problemas concretos e pontuais –, ou tópico, é garantida.

Numa análise crítica da teoria pós-moderna do direito, Gunther Teubner aponta para o problema do pragmatismo, que leva ao predomínio do discurso da competitividade econômica. O dilema do direito está nas condições dentro das quais os discursos jurídicos podem se desenvolver. Em outras palavras: é questionável se no direito, visto como palco de debates, existem discursos livres e iguais. Pois o direito não é neutro: valoriza um ou outro discurso predominante. O risco de “perder suas virtudes politeístas” (TEUBNER, 1997, p. 173) ocorre sobretudo quando as regras do direito nascem da prática social, como é o caso do contrato, dos estatutos e de outras normas oriundas da sociedade. Nesse sentido, o direito estatal ganha o novo escopo: o de contribuir para a igualdade de condições ao desenvolvimento da pluralidade de discursos. Ou seja, o direito deve garantir o *altera pars audiatur*.

Como foi visto, o surgimento do pensamento pós-moderno coincide com a reorganização do cenário mundial a partir do final dos anos 60, início dos anos 70 do século passado. Reorganiza-se o mercado, as relações sociais, o Estado, a empresa e, por conseqüência, o pensamento. Essa reorganização *tem a cara do mercado*, pois está baseada na flexibilidade em busca da competitividade. Visto sob esse ângulo, o pensamento pós-moderno tem um lado analítico quando descreve a crise das *grandes narrativas*. De fato, a sociedade

contemporânea sofre as mudanças acima descritas e propulsionadas pela globalização, a concentração dos capitais, a nova tecnologia, a universalização do mercado e as transformações no modo de gerenciar a empresa. A crise das *grandes narrativas*, isto é, da busca da emancipação, do justo, da verdade e do belo, está visível por toda parte, nesse mundo em transformação. O direito do trabalho não poderia permanecer ileso, pois é fruto dialético da correlação de forças econômicas, políticas e sociais. Como instrumento de análise dos fatos, a teoria pós-moderna não falha, uma vez que permite lançar luz sobre as mais recentes tendências também na esfera do direito do trabalho, aqui exemplificado pela experiência do direito do trabalho brasileiro.

Por outro lado, o debate em torno da pós-modernidade contém, igualmente, um discurso fortemente prescritivo. Usando a terminologia de Jean-François Lyotard, constata-se que não só as *grandes narrativas* estão em crise. Deslegitima-se qualquer discurso em sua defesa e impõem-se *pequenas narrativas*. O princípio da unidade cede ao princípio da pluralidade, como exigência.

Vale, portanto, fazer uma análise do esfarelamento do direito do trabalho, de seu desmanche em *pequenas narrativas*, a título de descrição dos fenômenos que ocorrem no direito do trabalho brasileiro em decorrência das mudanças na organização do mercado de trabalho. A descrição e interpretação desses dados é distinta do discurso prescritivo que está sendo defendido como teoria da flexibilização, cuja crítica também está aqui em tela.

Embora sendo qualificada como *moderna*, a flexibilização do direito do trabalho é um fenômeno da pós-modernidade, pois é pautada pelas seguintes

características: 1. insere-se no contexto da globalização e da descentralização produtiva; 2. contribui para a desintegração do corpo social; 3. decompõe seu fundamento axiológico, deslegitimando o princípio protetor; 4. sugere o consenso não como um fim, mas como um procedimento; e 5. age em nome da pragmática.

Assim:

1. O direito do trabalho contemporâneo insere-se no contexto da *globalização econômica*, como já foi visto. Foi explanado, ainda, que, com abertura de fronteiras para investimentos de empresas também globalizadas, o capital torna-se nômade. Por outro lado, globalização não significa o fim das diversas condições de trabalho nos mais diversos países. Muito pelo contrário. A diversidade dessas condições – e aí estão incluídas as condições jurídicas de trabalho contidas nas normas nacionais – é uma das vantagens para o capital globalizado. A dificuldade de aplicação das normas internacionais protetoras do exercício profissional no âmbito nacional faz parte da concorrência global no mercado de trabalho (DÄUBLER, 1997, p. 240). O aproveitamento da disparidade das condições de labor – devidas, em última análise, à pluralidade de ordenamentos jurídicos trabalhistas – insere-se como um dos aspectos da divisão do trabalho na economia global. Outro aspecto é o aproveitamento das mais diversas formas de trabalho no globo, perfeitamente possível numa sociedade organizada em rede. O *toyotismo*, organizado para o aproveitamento do trabalho *just in time*, dessa maneira se globaliza, uma vez que:

Em condições de acumulação flexível, parece que sistemas de trabalho alternativos podem existir lado a lado, no mesmo espaço, de uma maneira que permita que

os empreendedores capitalistas escolham à vontade entre eles. O mesmo molde de camisa pode ser produzido por fábricas de larga escala na Índia, pelo sistema cooperativo da *Terceira Itália*, por exploradores em Nova Iorque e Londres ou por sistemas de trabalho familiar em Hong Kong. O ecletismo nas práticas de trabalho parece quase tão marcado, em nosso tempo, quanto o ecletismo das filosofias e gostos pós-modernos (HARVEY, 1998, p. 17).

O emprego das mais diversas formas de organização do trabalho é complementado pela pluralidade das condições de trabalho estabelecidas pelas normas jurídicas trabalhistas regionais. Preferencialmente, o capital procura se instalar em regiões com uma normatização trabalhista pouco desenvolvida, o que traz uma redução de riscos e, conseqüentemente, um ganho do capital com a instabilidade das relações de emprego. Unidades flexíveis de produção são montadas e desmontadas em questão de pouco tempo para esse fim, isto é, para o aproveitamento da concorrência entre países e regiões para atrair o capital nômade, principalmente com uma legislação trabalhista e fiscal mais liberal. Nessa lógica, faz sentido a argumentação de que a flexibilização do direito do trabalho proporciona o crescimento econômico. Por outro lado, não entra no debate dos juristas o aspecto fungível dos investimentos que proporcionam uma prosperidade apenas momentânea, pois contribuem para um verdadeiro *dumping social*, ou seja, a venda da força de trabalho abaixo de seu custo.

2. A *desintegração do corpo social* faz-se sentir, no âmbito do trabalho, a partir da constituição de redes de empresas toyotistas, para usar um termo eufemístico para as redes de subcontratação conhecidas em países como o Brasil e que contam com um grande contingente de

trabalhadores cujos parcos direitos trabalhistas não são respeitados e que nem por isso deixam de constituir a base das redes de extração, produção e comercialização no país. Com as atividades econômicas organizadas de forma descentralizada, a questão fundamental que aflige os trabalhadores é descobrir *quem é o empregador*. O trabalho para uma pluralidade de empresas, a mobilidade da mão-de-obra, a contínua necessidade de adaptação profissional, a polivalência no trabalho, a incessante ameaça do desemprego e da conseqüente exclusão social, a falsa liberdade dos trabalhadores contratados como autônomos e o discurso da concorrência, que deixa o emprego tornar-se uma espécie de *propriedade*, mina a unidade do sujeito. Este, até pouco tempo, era socializado pela idéia da relação de emprego vitalício na empresa fordista. Não é mera coincidência que o cinema vem reeditando, ultimamente, um tema constante: o da esquizofrenia⁵.

Existem exemplos dessa divisão do corpo social no dia-a-dia dos trabalhadores brasileiros. Trabalhadores terceirizados são obrigados a identificar-se com um crachá que revela sua condição de *parias* na empresa. Muitos não têm os mesmos benefícios como *tickets* de alimentação, auxílio creche e plano médico (CARELLI, 2003, p. 174). A distinção entre efetivos e terceirizados leva a um verdadeiro *apartheid* social que recria a hierarquia fordista, um *status* diferenciado em dimensões bem mais graves, uma vez que atinge a própria convivência dos trabalhadores até nos lugares destinados às refeições e ao lazer (CARELLI, 2003, p. 209). Essa desintegração do corpo social leva, *last not least*, à fragmentação dos

⁵ Exemplos eloqüentes são *Matrix*, *Beleza Americana*, *Quero ser John Malkovitch*, *Clube da Luta*, *Corra Lola*, *Corra* e tantos outros.

sindicatos, estilhaçados, no mesmo ambiente de trabalho, em inúmeras categorias (CARELLI, 2003, p. 177; ANTUNES, 1995, p. 62).

A desintegração do corpo social faz-se presente também na Lei 9601 de 1998 que introduz a possibilidade de contratação de pessoal adicional por tempo determinado, com direitos reduzidos. Realiza, assim, o que foi preconizado a partir de 1988, pela teoria da flexibilização, cujo argumento também remete para a cisão no corpo social dos trabalhadores. A elite “hiperprotegida” deveria ceder a seus privilégios dados por uma legislação protecionista para baixar o custo do trabalho e, desta forma, permitir a inclusão de trabalhadores informais ao mercado de trabalho formal (PRADO, 1988, p. 781-5; MAGANO, 1989, p. 531-7; ROMITA, 1992, p. 273-9). O que ocorreu, no entanto, foi o aprofundamento da desorganização dos trabalhadores, enquanto o capital está se organizando em redes mundiais (CORIAT, 1994, p. 115; CASTELLS, 1999, 173; ALVES, 2000, p. 200).

3. Observamos o fenômeno da *deslegitimação*, do fim das *grandes narrativas* na decomposição do fundamento axiológico do direito do trabalho. Ousa-se pôr em xeque o princípio protetor, base do direito do trabalho moderno afirmando que a proteção do trabalhador significa sua “menoridade social” (ROMITA, 2002, p. 397) que, agora, deveria ser superada.

O princípio protetor está sendo pervertido, no sentido literal da palavra. Em nome da competitividade, a regra da norma mais favorável ao trabalhador é abandonada com o discurso de que a produtividade e o lucro interessam também ao trabalhador, ameaçado constantemente pelo desemprego. Através de uma argumentação sofista, tenta-se convencer os próprios

trabalhadores de que seus direitos são um risco para sua própria existência. A teoria da flexibilização promete a solução do desemprego, em última análise, pela redução de direitos que, agora, são percebidos não mais como conquistas ou fatores de organização da sociedade baseada no mercado, mas sim como um verdadeiro *tiro que sai pela culatra*. Não entra no debate jurídico estudos que revelam o contrário: os lucros obtidos pela flexibilização são investidos em máquinas, que contribuem ainda mais para o *downsizing* das empresas. Em última análise, assistimos ao fim do princípio protetor, ao fim de uma *grande narrativa* legitimadora da existência do próprio direito do trabalho.

O mesmo destino sofre a possibilidade de emancipação dos trabalhadores através da negociação coletiva. O contrato coletivo, que no contexto da modernidade pode significar o autogoverno dos trabalhadores, é pervertido em instrumento de descomposição do direito do trabalho estatal. As conquistas históricas dos trabalhadores que já garantiram a estabilidade do sistema não são mais necessárias na conjuntura atual. A emancipação da classe que trabalha é deslegitimada pelo fim da história, da utopia e de qualquer sentido ético. Não há necessidade de dizer que, numa conjuntura de desemprego, quem manda é o capital, agora com a possibilidade legal de exercer o poder através da ditadura das cláusulas dos instrumentos contratuais coletivos. No Brasil, esse poder é potencializado pela estrutura de um sindicalismo corporativista baseado não na real representatividade dos trabalhadores, mas na distribuição, herdada do Estado Novo, de sindicatos únicos em categorias e territórios. Junta-se a isso a impossibilidade de atuação sindical na

empresa. As poucas formas legais existentes de representação dos trabalhadores no local de trabalho, como a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes e a Comissão de Conciliação Prévia, são paritárias e sofrem uma grande influência dos representantes do capital. A legislação brasileira impossibilita a organização sindical de encontrar formas de organização que possam enfrentar a descentralização da atividade empresarial em prol dos trabalhadores.

4. O *consenso como procedimento*, e não como fim, é outra característica da cultura pós-moderna que pode ser observada no contexto das mais recentes tendências no direito do trabalho. Como já foi debatido, a possibilidade da negociação coletiva é reconhecida como meio de progressão das condições de trabalho, da prosperidade dos trabalhadores e de sua emancipação. Durante séculos, o contrato coletivo teve o sentido de buscar novas conquistas ou, ao menos, de assegurar direitos já adquiridos. Com a negociação coletiva *in peius*, esse sentido não existe mais. A lei, máximo de consenso numa sociedade democrática, é substituída por um mínimo de consenso numa multiplicidade de discursos realizados nas negociações coletivas. Nesses, o “diálogo é substituído pelo monólogo” (NASCIMENTO, 1998, p. 79), que tem como centro os interesses do capital. A negociação permanente ao sabor das circunstâncias, a efemeridade das normas mutáveis a cada instante revelam a negociação como fim em si próprio, e não como meio de chegar a uma conclusão. Existe apenas o consenso sobre o procedimento: a negociação coletiva.

5. A teoria da flexibilização do direito do trabalho age em nome do *pragmatismo* quando lança, como finalidade última, o crescimento econômico e a

competitividade da empresa. Com isso, efetua uma inversão de valores. O direito do trabalho torna-se direito protetor do capital, e não do trabalho, pois serve, em última análise para a negociação das dificuldades enfrentadas pelas empresas na(s) crise(s) econômica(s) (ROBORTELLA, 1994, p. 118).

Embora a função do direito do trabalho nunca tenha sido apenas a de proteção do trabalhador, mas também, num sentido dialético, a de garantir a sobrevivência do capital enquanto relação social, a essência do direito do trabalho – proteger os trabalhadores contra os avanços do capital e promover melhores condições de trabalho – é descaracterizada. Melhor: há uma verdadeira transmutação do direito do trabalho, uma perversão (no sentido literal) de seus fins. Como diz Márcio Túlio Viana, “[...] o novo modelo não quer exatamente *o fim*, mas *o avesso* do direito do trabalho” (VIANA, 1999, p. 896).

Na ausência da busca do equilíbrio *de fato* entre as partes da relação de trabalho subordinado, na deslegitimação da justiça e da emancipação, resta como único valor o do *vil metal* – verdadeiro fetiche na sociedade capitalista, como já explica Karl Marx. A transferência da fonte do direito do trabalho para o contrato coletivo e, quiçá, individual, constitui uma volta ao passado, no qual o direito civil, com seu dogma da igualdade formal entre as partes e da autonomia da vontade, regula as relações de trabalho. É espantosa a proximidade do pensamento pós-moderno com o liberalismo, que considera o bem-estar e a felicidade como problemas de cada sujeito individual, que os busca, através do prazer imediato, no consumo. A solidariedade, incabível no mundo liberal, volta a ser uma palavra

estranha, pois não há saída além da obediência às leis do mercado.

Por fim, seja permitido um comentário sobre a denominação da teoria da flexibilização como *moderna*. Caracterizando-a como tipicamente *pós-moderna*, parece haver uma contradição entre sua denominação e seu conteúdo. Portanto, vale fazer uma reflexão sobre o que a teoria da flexibilização representa enquanto discurso prescritivo, discurso que estabelece regras.

Ao lançar a idéia da flexibilização como *moderna*, está se fazendo um contraponto ao *antigo*, a uma tradição que deve ser superada. Nesse sentido, no sentido hegeliano de rompimento com as tradições, a teoria da flexibilização do direito do trabalho é *moderna*. Ela também pode ser designada como *moderna* porque lança uma *moda*, segundo a qual qualquer argumento contra é *fora de moda*, ou seja, obsoleto. Deixando o terreno da descrição de fenômenos sociais, que têm suas conseqüências no direito do trabalho, para chegar a um discurso que defende o *dever ser*, o que *se usa*, a teoria constitui um discurso de legitimação que se resume à supremacia do mercado. Esse discurso não tem nada de moderno nem de pós-moderno, mas tudo de um conservadorismo disfarçado de progressista. Estamos diante de uma *revolução conservadorai* (BOURDIEU, 1998, 49) que, em nome do progresso, restabelece a velha ordem na qual a última palavra é a do patrão.

4 - Conclusões críticas

Encontramos idéias pós-modernas em autores que defendem a flexibilização do direito do trabalho para garantir a competitividade da empresa no contexto de um

mercado mundial pautado pela livre concorrência. Mas, o velho discurso com a roupagem pós-moderna não consegue esconder sua essência conservadora. Estamos diante de um verdadeiro retrocesso na teoria jurídica. A despeita de quase um século de desenvolvimento da teoria do contrato que levou à teoria do contrato de adesão, fundada em 1912 por Emanuel Gounot (1912), iguala-se, mais uma vez, na história do direito, o que é desigual, ou seja, a empresa e os seus trabalhadores subordinados. Nega-se, tanto no microcosmo da empresa quanto no macrocosmo da globalização, que há vencedores e vencidos. No presente contexto político e social, salta aos olhos que “determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo” (BOURDIEU, 1998, 49), impondo, para usarmos os conceitos do próprio Lyotard, seu *discurso legitimador* hegemônico.

Essa possibilidade da construção teórica de um discurso pós-moderno conservador está intimamente ligada às dificuldades inerentes à teoria pós-moderna que, ao menos no início de sua existência, a partir do final dos anos 60 do século XX, entendeu-se como crítica. Explorando suas possibilidades de diagnosticar as condições históricas de nossa sociedade ela é um valioso instrumento de análise. Nesse sentido, fizemo-nos valer da obra de David Harvey e de seu verdadeiro *tesouro* analítico das dimensões pós-modernas dos fenômenos sociais. De outro lado, existe uma corrente no pensamento pós-moderno cujo ceticismo impossibilita, em última consequência, a análise desses fenômenos, dentre os quais se encontra o direito. Denunciando como *grandes narrativas*, como variáveis, a solidariedade, as ações coletivas, a identidade social, a política libertadora e a

política anticapitalista, essa corrente, presente também na teoria geral do direito do trabalho brasileiro, negam até possíveis fundamentos para um debate com seus críticos, isto é, o fato que há condições sociais historicamente mutáveis. São “inconscientes de sua própria história” (WOOD, 1999, p. 14). Essa atitude representa uma capitulação diante das tendências universalizantes do capital. O pragmatismo parte do pressuposto que “se nenhuma forma de ação politicamente ambiciosa parece possível no momento, se a chamada micro-política parece ser a ordem do dia, é sempre tentador converter essa necessidade em virtude [...] É como se, tendo perdido a faca, declarássemos que o pão já foi cortado”. (EAGLETON, 1999, p. 26).

O direito do trabalho é um fenômeno jurídico inerente à *modernidade tardia* (HARVEY, 1998, p. 11). Principalmente no contexto da fase de reconstrução após a Segunda Guerra Mundial, o Estado capitalista assume um papel: o de realizar a justiça social através da proteção da mão-de-obra por uma legislação social extensa. Complementa o direito do trabalho e da previdência social o direito coletivamente negociado, que busca, além de melhorias principalmente nas condições de remuneração do trabalho, formas de exercício de um *contrapoder* pelas organizações dos trabalhadores.

A partir do final dos anos 60 do século XX, esse modelo de regulação social é posto em questão junto com a reorganização do mercado mundial e, em especial, a reordenação da empresa. Seguindo a lógica da adaptação de sua atividade às oscilações do mercado, ela também procura formas mais flexíveis de regulamentação das relações de trabalho, para garantir o funcionamento da produção *just in time*. Às formas diversas de contratação

de fornecimento de bens e serviços, junta-se a adaptação das normas para a mão-de-obra nuclear da empresa. As oscilações do mercado devem ser respondidas com uma renegociação constante das normas contratuais trabalhistas vigentes. Nesse contexto, entende-se um direito do trabalho que põe em xeque o direito estatal, sujeito a um lento processo legislativo, e preconiza a negociação coletiva como forma de adaptação às demandas do mercado.

Essa nova flexibilidade do direito do trabalho é característica de um direito do trabalho pós-moderno, baseado na idéia da negociação permanente para a busca de regras pragmáticas que não preenchem um sentido *a priori*, mas as necessidades colocadas num determinado momento. À primeira vista, esse direito do trabalho parece implicar, junto com a mudança do *fordismo* para o *toyotismo*, uma chance de emancipação. Pois despede-se da idéia da regulação *de cima para baixo*, própria da organização *fordista* e estatal, para introduzir a *polivalência* e, portanto, uma revalorização do saber operário, a flexibilidade que pode trazer uma certa autonomia para os trabalhadores e a idéia da emancipação, inerentes à negociação coletiva.

Por outro lado, a globalização carrega em si a possibilidade de uma cidadania do mundo, *pluricultural* e capaz de estabelecer um diálogo para a humanidade resolver os problemas globais. A questão que se coloca é se, na presente correlação de forças econômicas, políticas e sociais, o diálogo pós-moderno não se torna um monólogo. Para que não seja necessário que a sociedade recorra à utopia para conquistar a cidadania do mundo, cabe ao direito um papel fundamental: o de garantir que o diálogo não se perverta numa queda-de-braço da qual o

vencedor já está determinado. A promessa moderna de vida em sociedade sem dominação está para ser cumprida. A modernidade, nas conhecidas palavras de Habermas, continua sendo um projeto inacabado.

O problema é que essas mudanças historicamente concretas, e não utópicas, podem, no momento atual, ser vistas num contexto de uma sociedade movida a lucro, apropriado por grandes conglomerações de capital privado. Estas encontram na globalização um terreno fértil para ganhar cada vez mais dinheiro e, principalmente, poder. Ocorre que as possibilidades de organização da sociedade civil aumentam num espaço deixado pelo Estado-nação, mas diminuem diante do poderio exercido sem freios por essas empresas globalizadas. Postular com a teoria da flexibilização do direito do trabalho a livre negociação entre essas empresas, organizadas em redes que englobam outras empresas de menor porte, é decretar o fim não somente do princípio protetor como do próprio direito do trabalho. Sem o respaldo da lei, as chances de emancipação dos economicamente subordinados através do direito são diminutas.

As teorias novas, que surgem no direito do trabalho e que cada vez mais declaram-se pós-modernas, não analisam unicamente os fatos, isto é, a globalização, a crise do Estado e das *grandes narrativas*, a *toyotização* da administração empresarial e a flexibilidade do direito do trabalho exigida em seu contexto. O que assusta, em suma, é que o discurso não é descritivo, mas prescritivo. A flexibilização do direito do trabalho não é analisada em seu sentido econômico e político, mas é defendida *a priori* como inevitável, necessária e imperiosa de uma forma tal que qualquer defesa do princípio protetor e da emancipação dos trabalhadores é taxada de antiga e

obsoleta. E “de tanto repetido, o discurso está convencendo pela sua veracidade” (BOURDIEU, 1998, p. 42), exercendo, lentamente, seu poder simbólico. Se há evidências de uma reorganização do exercício desse poder intimamente ligado às mudanças reais na organização do capitalismo em escala mundial, o papel do cientista jurídico é de contribuir a desvendar as contradições inerentes a esses fenômenos, no âmbito do direito (BOURDIEU, 2000, p. 15, nota 8).

De outro lado, o postulado do principio protetor como *medida de todas as coisas* no direito do trabalho necessita de uma revisão crítica. Pois o direito do trabalho carrega em si a dialética das contradições existentes entre o capital e o trabalho. Não é *puro*, não é expressão simplesmente da humanização do mundo capitalista. Por mais que seja conquista da(s) luta(s) pelo(s) direito(s) dos trabalhadores (SOUTO MAIOR, 2002, p. 244), é também expressão do poder da classe dominante em todos os sentidos. O que está em jogo, como diria Jürgen Habermas, é uma *promessa não cumprida da modernidade*: a emancipação.

Theory of flexibilization of labor law: an attempt of historic contextualization.

ABSTRACT. The present article deals with the influence of post-modern theory about the contemporary labor law. The approach of the theme focuses on the theory of flexibilization of labor law as a theoretical base for its *disconstruction*. To achieve that, it makes a comparative analysis between labor law in the 20th Century, presented as a juridical phenomenon typical of modernity, and the recent labor juridical theoretical tendencies, which support its adaptation to the economic situation, be it today or not.

Keywords: *Disconstruction of law. Flexibilization of labor law. Theory of protection.*

5 - Referências

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Trad. Guido Antônio de Almeida. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

ALMEIDA, Renato Rua de. A pequena empresa e os novos paradigmas do direito do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 64, n. 10, p. 1.249-1.254, 2000.

ALVES, Giovanni. *O novo (e precário) mundo do trabalho: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo*. São Paulo: Boitempo, 2000.

ALVES, José Augusto Lindgren et alii. *Direito e cidadania na pós-modernidade*. Piracicaba: UNIMEP, 2002.

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Crises dos modelos capitalistas e do mercado laboral. *Revista LTr*, São Paulo, v. 59, n. 7, p. 783-788, 1994.

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?: Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Cortez; Campinas: Unicamp, 1995.

BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. *O Poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação da mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. Trad. Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

CORIAT, Benjamin. *Pensar pelo Avesso: o modelo japonês de trabalho e organização*. Trad. Emerson S. da Silva. Rio de Janeiro: Revan, UFRJ, 1994.

COSTA, Orlando Teixeira da. Rigidez e flexibilidade do direito do trabalho no Brasil. *Revista LTr*, São Paulo, v. 54, n. 9, p. 1045-1048, 1990.

DÄUBLER, Wolfgang. *Direito do Trabalho e Sociedade na Alemanha*. São Paulo: LTr, 1997.

EAGLETON, Terry. De onde vêm os pós-modernistas? In: WOOD, Ellen Meiksins et alii (Org.). *Em defesa da história: marxismo e pós-modernismo*. Trad Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 23-32.

FREITAG, Bárbara. *A teoria crítica: ontem e hoje*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues Os direitos sociais e a nova constituição brasileira: protecionismo jurídico e desregulação da relação de emprego. *Revista LTr*, São Paulo, v. 52, n. 7, p. 799-809, 1988.

GIGLIO, Wagner. A prevalência do ajustado sobre a legislação. *Revista LTr*, São Paulo, v. 66, n. 4, p. 402-5, 2002.

GOUNOT, Emanuel. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étude critique de l'individualisme*. 1912. Tese de doutorado. Faculté de Droit, Université de Dijon.

HABERMAS, Jürgen. *Der philosophische diskurs de moderne: zwölf Vorlesungen*. 6. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

HARVEY, David. *Condição Pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. Trad. Adail Ubirajara Sobral. 7. ed. São Paulo: Loyola, 1998.

IANNI, Otávio. Globalização, novo paradigma das ciências sociais. *Revista estudos avançados*, v. 8, n. 21, p. 147-161, 1994.

KENSIKI, Rafael. Bem-vindo à Matrix. *Revista super interessante*, São Paulo, n. 188, p. 38-46, 2003.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1998.

MAGANO, Octávio Bueno. A determinação da norma mais favorável. *Revista LTr*, São Paulo, v. 53, n. 5, p. 531-537, 1989.

MANNRICH, Nelson. *A modernização do contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. 237 p.

MARTINS, Nei Frederico Cano. O Projeto de Reconstrução Nacional e a flexibilização do direito do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 55, n. 11, p. 1.330-34, 1990.

MAZZONI, Giuliano. *Relações coletivas de trabalho*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972.

NASCIMENTO, Eliomar Pinheiro do. Globalização e exclusão social: fenômenos de uma nova crise da modernidade? In: DOWBOR, Ladislau. et alii. *Desafios da Globalização*. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 74-94.

PASTORE, José. Flexibilização dos mercados de trabalho: a resposta moderna para o aumento da competição. *Revista LTr*, São Paulo, v. 58, n. 4, p. 402-405, 1994.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. Trad Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978.

PRADO, Ney. Justiça do Trabalho e economia invisível. *Revista LTr*, São Paulo, v. 52, n. 7, p. 781-785, 1988.

REICH, Norbert. *Markt und Recht: Theorie und Praxis de Wirtschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*. Neuwied/Darmstadt: Luchterhand, 1977.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O Moderno direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.

ROMITA, Arion Sayão. *Globalização da economia e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

_____. A reforma (?) trabalhista. *Revista LTr*, São Paulo, v. 66, n. 4, p. 395-401, 2002.

_____. A terceirização e o direito do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 56, n. 3, p. 273-279, 1992.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra. Coimbra: Almedina, 1988.