

CONFERÊNCIA DE ABERTURA DO I CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO E PROCESSUAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO*

Marco Aurélio Mendes de Farias Mello**

Ilustres componentes da mesa, permitam-me fazer a saudação dirigindo-me ao Presidente Eurico Cruz Neto. Cumprimento-o pela iniciativa da realização deste Congresso, em uma quadra que apontaria, com desassombro, como verdadeiramente psicodélica.

Minhas senhoras, meus senhores, colegas do verdadeiro sacerdócio que o é a magistratura, operadores do Direito, membros do Ministério Público, senhores advogados e acadêmicos, é preciso, acima de tudo, relevar a origem do nosso Direito do Trabalho e então perquirir se houve uma modificação substancial a ditar o alijamento desse ramo do Direito tido como especializado. Lembremo-nos de que, até a edição da Consolidação das Leis do Trabalho, essa rica relação jurídica entre prestador de serviços e tomador de serviços estava sob os auspícios das idéias do Código Civil francês, que serviu de inspiração ao nosso legislador do Código Civil. A regência da relação jurídica fazia-se pelo Código Civil. Porém, diante das peculiaridades do mercado de trabalho, com oferta excessiva de mão-de-obra e escassez de empregos, deu-se a simples submissão do prestador de serviços aos ditames do tomador.

Na vida caminhamos sempre procedendo a opções e tendemos a eleger aquilo que se apresenta indispensável, colocando em plano secundário, portanto, o que não podemos, de alguma forma, alcançar. Essas peculiaridades do mercado de trabalho conduziram ao surgimento do nosso Direito do Trabalho. Ocorreu a intervenção do Estado para estabelecer o equilíbrio da equação, o equilíbrio no trato da prestação dos serviços, colocando à disposição do trabalhador a força da lei para a devida correção das desigualdades notadas.

O Direito do Trabalho surgiu com aspectos próprios, que o particularizam e o direcionam à conclusão sobre a existência de

*Congresso realizado no Teatro José de Castro Mendes, Rua Conselheiro Gomide, 62 – Vila Industrial, Campinas/SP, nos dias 17 e 18 de junho de 1999.

**Ministro Vice-Presidente eleito do Supremo Tribunal Federal.

princípios específicos. Esses princípios devem ser tomados numa tríplice repercussão: a primeira é a informadora, já que o legislador comum deve tê-los presentes observando, portanto, a manutenção do próprio sistema. Os princípios de Direito do Trabalho também têm uma função normativa, vez que, se procedermos à leitura do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, notaremos que tais princípios específicos são fonte do próprio Direito do Trabalho. Por último, temos a eficácia interpretativa. Servem eles de orientação aos operadores do Direito do Trabalho, aos magistrados, aos membros do Ministério Público e aos senhores advogados.

A aplicação desses princípios faz-se abrangente, porquanto devem ser respeitados quer se trate da incidência de uma norma de direito material ou instrumental, direito que dita a arte de proceder daqueles que lidam com essa ciência, possuidora de institutos, expressões e vocábulos com sentido específico que é o Direito do Trabalho. Alcançam os princípios tanto do Direito do Trabalho individual como o coletivo. Todavia, não estão esses princípios fora do arcabouço normativo constitucional. Nas palavras de Carnelutti, “os princípios gerais do Direito não são algo que exista fora, senão dentro do próprio direito escrito, já que derivam das normas estabelecidas. Encontram-se dentro do direito escrito como álcool no vinho; são, por isso mesmo, o espírito e a essência da própria lei.”

Que princípios são esses, tão caros, tão necessários a que se tenha o Direito do Trabalho como um ramo específico do Direito, a distinguir-se dos demais ?

Em primeiro lugar, surge o princípio da proteção, lastreado em três idéias: “*in dubio, pró operário*”; aplicação da norma mais favorável diante de um conflito de interesses, observância da condição mais benéfica. Segue-se aquele que valoriza a intervenção do Estado, que torna efetiva essa intervenção nas relações jurídicas, que é o princípio da irrenunciabilidade. Tem-se ainda o terceiro princípio, que é o da continuidade, presumindo-se a indeterminação do prazo da relação jurídica. O quarto princípio é o revelador da prevalência do dia-a-dia da relação jurídica sobre o aspecto formal, o princípio da realidade. E por último, o princípio que é comum à própria vida em sociedade, à própria vida gregária, que é o princípio da razoabilidade.

Vejamos agora alguns aspectos ligados a esses princípios.

Devem eles ser observados tendo-se em vista sempre o direito posto, o direito advindo do órgão competente, que é o órgão legislativo – e aqui refiro-me ao direito revelado por lei tomada esta no sentido formal e material. A interpretação de um princípio não pode, segundo as lições do próprio Carnelutti, mostrar-se em conflito com a norma, com o espírito da norma legal.

Esses princípios possuem aspectos que os revelam com uma eficácia toda particular. O princípio da proteção visa, acima de tudo, ao amparo do trabalhador, do hipossuficiente. Sabemos que a relação jurídica de trabalho quase sempre repousa em tríplice subordinação: a econômica, a técnica e aquela indispensável à configuração do vínculo empregatício, que é a subordinação jurídica. Logo, aplicando qualquer norma de Direito do Trabalho, tendo em conta o objetivo da norma - que é a proteção do hipossuficiente -, deve o intérprete procurar o alcance que mais benefícios acarrete àquele a quem a norma almeja proteger. Nem com isso é imaginável deixe o juiz a postura de absoluta equidistância. Costumava dizer, quando membro do Ministério Público - e também posteriormente, como Juiz do Trabalho inicialmente integrante do 1º Regional e a seguir do Tribunal Superior do Trabalho -, que protecionista é a lei, e não o juiz em si. Basta que o juiz observe o texto do preceito legal para implementar o que Miguel Realle apontou como inerente à nossa ciência, à nossa arte, ou seja, o trinômio Lei, Direito e Justiça.

Toda interpretação é um ato de vontade e costume ressaltar que se deve ter presente sempre que a lei é feita para o homem, e não o homem para a lei. Não podemos partir da dogmática para o caso concreto; devemos, sim, considerar os parâmetros do caso concreto e idealizar, de acordo com a nossa formação humanística e profissional, a solução mais justa para essa hipótese concreta e aí então - se encontrarmos o indispensável apoio no nosso Direito objetivo - partir para a solução idealizada.

Os juízes não são “batedores de carimbo”! O Direito e a Justiça, principalmente esta última, são obra do homem e como tal terá esse mesmo homem que levar em conta o que acontece no dia-a-dia da nossa sociedade.

A idéia “*in dubio, pró operário*” nos vêm, até certo ponto, do Direito Penal. Ao contrário do que afirmo no âmbito da jurisdição cível especializada, que é a do trabalho, quanto ao Direito Penal, digo-lhes que rigorosa é a lei, sendo que o juiz não precisa ser rigoroso na aplicação das normas reveladas, pouco importando a gradação, em si, da criminalidade.

As cláusulas contratuais, considerada a idéia “*in dubio, pró operário*” contida no princípio da proteção, devem, se ambíguas, ser interpretadas em favor daquele que não as redigiu e, portanto, de forma contrária ao autor da própria cláusula, porque sabemos que pouquíssimos são os contratos nos quais essas cláusulas são discutidas de igual para igual. Quase sempre o que se tem é a submissão daquele que necessita da fonte do próprio sustento e do sustento da respectiva família.

Quanto à idéia da aplicação da norma mais favorável, devemos colocar em plano secundário a pirâmide kelsiana. No ápice da pirâmide,

não está a Carta da República, que, não obstante ser a lei máxima do País, direciona ao estabelecimento de outros direitos previstos pelo legislador.

Ora, caso se tenha uma norma mais favorável ao prestador de serviços, a aplicabilidade desse princípio implica a revogação da regra pretérita? A resposta é negativa. Dado ao caso concreto, ocorre simples inoperância da norma preexistente para que se faça, com plena eficácia, a que se mostra mais favorável ao prestador de serviços.

Há de adotar-se, quanto à observância e aplicação da norma mais favorável, o critério da unidade. Não podemos partir de diplomas e dispositivos diversos regedores de um mesmo instituto para, mediante mesclagem, chegar, sob o ângulo da disciplina, a um terceiro gênero. Dá-se, portanto, a adoção do critério do conglobamento, do critério que Deveali apontou como o da unicidade. No tocante a condição mais benéfica, e aqui já partimos para outros instrumentos reveladores de direitos dos trabalhadores, a óptica não é diversa. Seja qual for, há de prevalecer o que se afigure mais favorável ao trabalhador.

Vejam agora o princípio da irrenunciabilidade. De que adiantaria a intervenção do Estado se, caso premido pelas circunstâncias reinantes, o trabalhador pudesse abrir mão das garantias estabelecidas? Sabemos que as normas jurídicas podem ser dispositivas e imperativas. As primeiras, em regra as do Código Civil, atuam justamente quando não há manifestação de vontade das partes. As segundas, as normas imperativas, cogentes, quase sempre de ordem pública, colocam em segundo plano essa mesma manifestação. O Estado interveio para se algo de observância obrigatória, eficaz, e não simplesmente o que pudesse, de alguma forma, ser relegado.

Se compulsarmos a Consolidação das Leis do Trabalho vamos ver que dois artigos comprovam, de forma clara e precisa, a adoção desse princípio. Aludo aos artigos 9º e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho. De acordo com o primeiro, são nulos de pleno direito os atos que visem a desvirtuar ou impedir a aplicação de preceitos contidos não apenas na CLT, mas também na legislação esparsa e que se mostrem protetores do trabalhador. Relativamente às cláusulas dos contratos firmados, a alteração pressupõe – como toda e qualquer modificação contratual – a dupla manifestação de vontade.

Mas não pára aí – mostrando que as normas trabalhistas são imperativas – a Consolidação das Leis do Trabalho porque, presume viciada a vontade do prestador de serviços toda vez que essa manifestação de vontade lhe acarrete prejuízos, seja imediato ou mediato.

Na Consolidação das Leis do Trabalho existe preceito que induz os menos avisados a tomarem os juízes trabalhistas como grandes conciliadores. É o relativo à quitação - § 2º do art. 477, consoante o qual a quitação trabalhista apenas abrange parcelas (o que é normal no cível) e valores constantes do recibo. O que ocorre, então? São ajuizadas reclamações sem que a respaldá-las se tenha verdadeiro conflito de interesses. O tomador dos serviços, diante da ruptura do contrato de trabalho, ao invés de contentar-se simplesmente com a quitação supervisionada pelo sindicato que congregue a categoria profissional do prestador, prefere instruir o próprio ex-empregado no sentido de ingressar com uma ação trabalhista para que, aí então, perante o juiz, em audiência, chegue-se à conciliação, tendo o termo homologatório respectivo força de sentença irrecorrível vindo a obstaculizar o ajuizamento de uma ação para alcançar possível diferença que decorra do que satisfeito e do que previsto pela Consolidação das Leis do Trabalho e pela legislação esparsa como devido.

O princípio da irrenunciabilidade pode e deve ser minimizado, toda vez que já não esteja em vigor um contrato de trabalho. Durante o contrato de trabalho há a suspeição quanto à autonomia da vontade do próprio prestador dos serviços. Uma vez cessado o contrato de trabalho tem-se a liberdade maior do empregado e, aí, especialmente diante da assistência sindical não se pode presumir vontade viciada. Observe-se, porém, que as normas trabalhistas são imperativas no tocante à proteção do hipossuficiente, do trabalhador. Não o são relativamente à proteção do tomador dos serviços. Este deve avançar no campo social outorgando direitos além dos direitos mínimos previstos na legislação do trabalho.

O princípio da continuidade é conducente à conclusão sobre a indeterminação do prazo do contrato, sobre a persistência do vínculo empregatício.

Sob o ângulo do princípio da realidade, atente-se para a adequação ao liame empregatício, em que pese a Consolidação das Leis do Trabalho exigir a assinatura da carteira de trabalho, devendo dela constar as condições básicas do liame empregatício. A formalidade não é essencial à configuração da relação jurídica. A obrigatoriedade de assinatura da carteira está em preceito que não pode ser interpretado de modo a prejudicar justamente aquele a quem ele visa proteger, que é o trabalhador. A relação jurídica é uma relação dinâmica, fértil e, portanto, as modificações surgidas no dia a dia da prestação de serviços devem ser agasalhadas e precisam ser respeitadas pelas partes, razão pela qual se sobrepõe ao formal a realidade, os acontecimentos, ainda que estes sejam estranhos às cláusulas expressas do contrato de trabalho, exceção aberta, logicamente, às mais vantajosas para o trabalhador.

A vida real é mais fecunda do que a imaginação de qualquer legislador. Este não pode prever, quando da elaboração de um diploma legal, quando da confecção de um projeto de lei, todas as hipóteses passíveis. Por isso mesmo é que os princípios de direito surgem com uma importância maior, valendo notar, que o juiz não pode se eximir de sentenciar diante de uma norma que se mostra pouco clara ou que não verse, expressamente, os parâmetros do caso concreto.

O princípio da razoabilidade nos conduz a quê? A presumir o excepcional, o extraordinário, o extravagante? Não! Ele nos conduz a presumir o que normalmente ocorre, o que é inerente ao procedimento e à postura do homem médio.

Celso Antonio Bandeira de Mello, em “Curso de Direito Administrativo”, com a maestria de sempre, ressalta que violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer: “A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos; é a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.

Pois bem; mesmo diante da persistência do quadro, notado quando da vinda a baila da Consolidação das Leis do Trabalho, fala-se em flexibilização do Direito do Trabalho. Esse pensamento, não tenho a menor dúvida, está calcado, acima de tudo, na busca de capitais estrangeiros. Olvidam-se os interesses do povo brasileiro e bem como fato de que vivemos em um Estado Democrático de Direito; esqueceu-se que há uma Constituição que já prevê em dispositivos – não apenas exemplificativos, mas dispositivos fechados, dispositivos exaustivos – a flexibilização do Direito do Trabalho.

Se formos ao art. 7º da Carta de 1988, vamos ver que a flexibilização só pode ocorrer em três hipóteses: a primeira hipótese diz respeito, em si, ao princípio da irredutibilidade salarial, que está ligado não apenas ao valor nominal, mas ao valor real dos salários, valor que há de representar sempre, que há de manter sempre o poder aquisitivo desses mesmos salários. O inciso VI, do art. 7º, é categórico ao revelar que quanto a esse princípio possível o afastamento, desde que se dê mediante negociação coletiva, desde que ele se dê mediante acordo ou convenção coletiva.

A segunda hipótese de flexibilização – e repito, fora dessas hipóteses não temos como agasalhar qualquer outra, muito menos advinda de lei ordinária – corre à conta da jornada de trabalho, de 8 horas,

e da carga semanal de trabalho, de 44 horas. Também aqui, relativamente à compensação e à redução em si, da jornada - quando poderíamos conjugar os dois dispositivos para pensar numa redução proporcional da jornada e de salário -, remete-se também ao instrumento coletivo.

Por último, temos outra ligada também ao balizamento temporal da prestação dos serviços e que diz respeito ao regime de revezamento, hipótese prevista no inciso XIV, do art. 7º da Constituição Federal.

Dir-se-á: mas há outro dispositivo nesse mesmo rol que determina a observância de convenções e acordos coletivos! Ora, esse preceito teria o alcance de viabilizar de forma linear a flexibilização do Direito do Trabalho? Teria o alcance de agasalhar outras hipóteses além das contempladas nos três outros incisos? Respondemos que não, sob pena de admitirmos que o teor do inciso VI, no tocante à irredutibilidade salarial, e dos incisos XIII e XIV, quanto à jornada, é algo totalmente inócuo! Não temos na Carta da República, no rol do art. 7º, qualquer preceito aberto; são preceitos fechados. A determinação no sentido de reconhecer-se o que fixado em acordo ou convenção coletiva não abre margem ao legislador ordinário de aditar a própria Carta, prevendo outras hipóteses, outras exceções reveladoras da flexibilização do Direito do Trabalho.

Por último, desejo lançar algumas idéias sobre o Judiciário, Judiciário este que, como tão bem ressaltou o nobre representante dos advogados que me antecedeu nesta tribuna, está na berlinda, e acrescentaria, imerecidamente.

Morosidade? Sim, ela ocorre e Justiça que tarda, segundo Rui Barbosa, não é justiça, mas injustiça. Porém, ninguém perquire as causas dessa morosidade? Ninguém percebe que vivemos os últimos 30 anos ao sabor de planos econômicos e, por curiosidade, levantei há pouco o número destes a partir da gestão do então Ministro da Fazenda Delfim Netto, constatando a existência de cerca de 14 planos econômicos. Indagarão os senhores: o que tem os planos econômicos com a Justiça do Trabalho, com a celeridade e Economia processuais, com o máximo de eficácia da lei a partir de um mínimo de atividade judicante, com a observância de um tempo razoável para o restabelecimento da paz social, momentaneamente abalada? Tem muito a ver!

Cada governo chegou ao Poder com um plano milagroso para corrigir as desigualdades e para combater, principalmente, o mal maior que se apresentava, que era a inflação. E uma política governamental quase sempre é implementada potencializando-se o fim em detrimento dos meios; colocando-se em segundo plano o arcabouço normativo constitucional, surgindo daí os conflitos de interesses. E o brasileiro só

acredita – mesmo se morosa a justiça – em uma solução: justamente a solução jurisdicional.

Além desses aspectos, notamos que quando se edita um plano há um enxugamento, no mercado, da moeda circulante, tudo desaguando no desatendimento das obrigações. Hoje já não convivemos com uma inflação a pleno galope, de dois dígitos; temos atualmente uma inflação realmente baixa. Espero que isso se prolongue, seja perpetuado, mas que se continue procurando – ainda no Governo do sociólogo, Fernando Henrique Cardoso – dar uma ênfase maior ao aspecto social, buscando-se corrigir desigualdades.

Não obstante, aí surge outro mal, outra discrepância, outra extravagância, que é relevada pela instabilidade normativa. Toda vez que se edita um diploma legal, seja ele qual for, passa-se a ter dúvidas quanto ao Direito posto, quanto às balizas desse Direito e aí surgem os conflitos. Sucedem-se as medidas provisórias.

Todo Governo tem uma política a ser implementada e por isso mesmo, não podendo ficar de braços cruzados, aciona – de forma distorcida, – o art. 62 da Constituição Federal. Hoje, a regência de toda e qualquer matéria, em que pesem os requisitos previstos na Carta da República, faz-se mediante medida provisória, instrumento que somente deveria ser utilizado ante quadro de absoluta excepcionalidade: Segundo a dicção do próprio art. 62, só deve ser acionado presentes a relevância e a urgência da matéria a ser versada. Para corrigir-se algo que foi muito criticado até 1988, para não se ter uma repetição como que do decreto-lei, previu-se no art. 62, a vigência da medida provisória por 30 dias. Previu-se mais: revelando a excepcionalidade desse meio de normatizar-se que, estando o Congresso em recesso, o mesmo deve ser convocado para manifestar-se em 5 dias, regramento que só encontra em outro instituto também cercado de excepcionalidade, a saber, o instituto do “estado de defesa”.

Pois bem, para que esse balizamento, para que a previsão de convocação urgente do Congresso Nacional, se é possível, no 29º dia, reeditar-se a medida provisória, tornando-a um instrumento, com força de lei, que foi previsto para vigor por prazo determinado, em instrumento para vigor por prazo indeterminado? Aí surge a acomodação do Legislativo, já que os temas tratados, em época de recrudescimento de rigorosa política econômica, quase sempre não são populares.

Há outro aspecto que não é considerado pelas pessoas, pelos “interessados” na boa reforma do Judiciário, que diz respeito à dissonância entre o número de órgãos investidos do ofício judicante e população; não podemos exigir daqueles que estão investidos do ofício judicante sacrifi-

cio maior do que hoje notado. É certo que alguns se valem do pretexto da grande carga de processos para não produzirem o que podem e o que devem produzir. Todavia, esses magistrados são exceção. Certo é que não se pode conviver com situações como a revelada pelo nobre representante dos advogados que me antecedeu, havida na Justiça Federal, ficando projetada no tempo, em demasia, a entrega da prestação jurisdicional. É inconcebível que, sob a direção de uma mesma pessoa encontrem-se 5, 6, 7, 8, 9, 12 mil processos, como acontece em algumas varas federais do interior do País!

Por último, enfoco uma situação que chega a estarrecer, considerada a falta total de razoabilidade. A quem interessa a extinção da Justiça do Trabalho? Aos empresários? A resposta é decididamente negativa! Os empresários têm na Justiça do Trabalho um fator de equilíbrio, um fator conducente à paz social, sem a qual não há produção!

Indaga-se mais: é possível cogitar-se da junção da Justiça do Trabalho à Justiça Federal? Para quê? Para desprezar-se uma estrutura já montada e que, com muito sacrifício, vem atendendo aos jurisdicionados? Ora! Para os cidadãos, a Justiça do Trabalho continua sendo a Justiça mais próxima, aquela que mais atende, portanto, aos anseios sociais. Não vejo como prosperar essa extravagante, essa esdrúxula, essa teratológica idéia da extinção da Justiça do Trabalho.

Para terminar, lembraria as palavras do romancista John Steinberg em “O Inverno da Nossa Desesperança”: “Quando uma luz se apaga é muito mais escuro do que se ela jamais houvesse brilhado!”

Reflitamos sobre o que se propõe em plena crise do próprio Estado, caminhando com segurança nas reformas pretendidas e mantendo cenário viabilizador da almejada segurança jurídica.