

DOCTRINA NACIONAL

PROTEÇÃO AO EMPREGO E FLEXIBILIZAÇÃO: ONDE TERMINA O DISCURSO E COMEÇA A REALIDADE(*)

MÁRCIO TÚLIO VIANA(**)

1. O DIREITO DO TRABALHO E AS SUAS INTERAÇÕES

Como todos nós sabemos, as normas de Direito se entrelaçam e se interagem — não só com outras normas, mas também com os fatos sobre as quais elas incidem. São como órgãos de um mesmo corpo ou raízes de uma árvore.

Com o Direito do Trabalho, naturalmente, não poderia ser de outro modo. Aliás, talvez se possa dizer que as interações são ainda maiores, na medida em suas normas tocam o que há de mais humano e de mais desumano na sociedade em que vivemos — o trabalho e o capital.

Assim é, por exemplo, que, quanto maior o salário, maior também será o valor das férias. Quanto menor a jornada, menor o risco de acidentes. Tanto menos qualificada a função, tanto mais intenso será, via de regra, o poder diretivo.

Essa interação também ocorre entre os dois planos do mesmo Direito — o individual e o coletivo. Se, por exemplo, o sindicato é forte, a norma de tutela também o será. Se a lei impede as greves, as condições de trabalho serão provavelmente piores.

E esse mesmo entrelaçamento existe, por fim, entre o direito material e o processo que o instrumentaliza. Basta notar que, quanto menos efetivo for aquele, mais este terá de ser utilizado, o que significa que maior será a demora e menor a sua própria efetividade.

(*) Esse trabalho, já publicado na Revista LTr, foi revisto e ampliado e teve o título ligeiramente modificado pelo autor.

(**) Professor nas Faculdades de Direito da UFMG e da PUC/BH (graduação e pós-graduação). Juiz do Trabalho aposentado. Bolsista-pesquisador do CNPq, instituição pública de incentivo à pesquisa.

Por tudo isso, os problemas que tocam cada um dos planos normativos acabam atingindo os outros planos, numa espécie de reação em cadeia. Cada qual recebe — digamos assim — o seu próprio vírus, e o remete, agravado, para o plano seguinte.

Desses problemas, o mais sério é o da instabilidade no emprego. Além de atingir múltiplas normas do Direito Individual do Trabalho, ele *salta* de uma esfera a outra, refletindo-se no Direito Coletivo e deixando profundas marcas no Processo.

Não se trata, é claro, de um simples problema *normativo*. O nível de garantia de emprego flutua ao sabor de vários fatores, sobretudo econômicos, que pressionam fortemente as opções do legislador.

Seja como for, porém, o fato é que a lei não é simples fotografia. Se o fosse, não estaria hoje sofrendo tão fortes tensões, exigindo sua *flexibilização*. Mesmo quando simples reflexo da realidade, a lei tem papel transformador, na medida em que a legitima e fortalece.

Mas vejamos como se interagem lei e realidade.

2. O DIREITO DO TRABALHO E O SEU VÍCIO DE ORIGEM

Para perceber melhor qual é o papel que a instabilidade representa, vamos ver o que acontece no reino da estabilidade — que é o Direito Civil.

Como sabemos, o Direito Civil e o Direito do Trabalho têm identidades e diferenças.

Assim é que, de um lado, nenhum dos dois pretende substituir o sistema onde opera. Ao contrário: ambos ajudam a mantê-lo, injetando-lhe combustível e lubrificando as suas engrenagens.

De outro lado, porém, partem de premissas inversas, e por isso geram efeitos opostos — pelo menos em termos imediatos.

O Direito Civil parte da suposição de que todos são iguais. Com isso, legitima e ajuda a reproduzir as desigualdades reais.⁽¹⁾

Já o Direito do Trabalho parte da constatação de que as desigualdades são reais — e assim, de certo modo, repensa e compensa o próprio Direito Civil.

Em outras palavras: embora ambos sirvam ao sistema, o Direito Civil *respeita*, enquanto o Direito do Trabalho *desafia* as suas principais distorções.

Mas não é só essa a diferença.

De certo modo, o Direito Civil é “aproveitado” de forma mais ou menos unívoca pela sociedade. Assim é que, diante de um esbulho, tanto o rico defenderá o seu latifúndio, como o pobre o seu casebre. Ambos dirão: “Isso é meu”.

(1) É claro que isso não se dá *sempre* (temos, por ex., Código do Consumidor), mas acontece em termos *gerais*.

É como a posição dos próprios atores pode variar, não há um grupo que se oponha a outro grupo. Hoje eu sou credor, amanhã posso ser devedor. Hoje sou herdeiro, amanhã o próprio de cujus. Até o sem-terra poderá se tornar com-terra, e certamente a defenderá contra os avanços de seu vizinho...

Em outras palavras: tal como a própria premissa sobre a qual se apóia, o Direito Civil aparenta igualitário, imparcial, democrático. Por isso, pode nascer — e geralmente nasce — de uma gravidez tranqüila, seguida de parto natural.

Essa suposta neutralidade também faz com que a sua existência, em contato com o mundo exterior, não sofra grandes traumas. O consenso que o fez nascer continua a existir. Não há choque de interesses, pelo menos em termos globais. Por isso, em regra, todos o cumprem espontaneamente. E reagem, também espontaneamente, contra a sua eventual desaplicação.

Se eu entro numa padaria, mando embrulhar alguns pães e saio sem pagá-los, provavelmente haverá um escândalo. Alguém sairá atrás de mim, talvez me acusem de "ladrão", é possível que chamem a polícia. As normas que protegem a propriedade reagirão fortemente, e até as pessoas à minha volta me olharão com outros olhos, adicionando à sanção do Estado a sua própria sanção.

Esse modo de ser do Direito Civil afeta positivamente a efetividade de suas normas, e — por consequência — transforma o processo em algo quase excepcional. De fato, embora pareça excessivo, o número de demandas que chega à Justiça Comum é infinitamente pequeno, se comparado à quantidade incalculável de relações jurídicas que a cada instante nos enleia.

Já o Direito do Trabalho não é "aproveitado" da mesma forma pelos atores sociais. As normas que protegem o salário, por exemplo, servem apenas ao trabalhador. O proveito que o empregador extrai do Direito do Trabalho só existe em termos indiretos e globais; em geral, nem ele próprio o percebe muito bem.

Além disso, no mundo do trabalho, as posições não se alternam, não variam. Salvo raras exceções, nem o empregado se torna patrão, nem o patrão se transforma em empregado. Quem é filho de operário, operário também será: é o que diz a lei do mercado, bem mais potente que a norma de Direito.

Na verdade, o Direito do Trabalho põe em choque interesses opostos de grupos mais ou menos estáveis e homogêneos. De um lado, a massa trabalhadora. De outro, o universo das empresas. Nesse sentido, é mesmo um "direito de classe", como ensinava *La Cueva*. Daí por que a sua principal fonte material são as pressões dessa mesma classe.

Isso faz com que a norma trabalhista, com frequência, nasça de gravidez difícil e parto doloroso. Às vezes, nem mesmo consegue nascer: aborta antes do tempo. Ou já nasce com problemas. E o que é pior: ao longo de sua existência, está fadada a traumas de toda a ordem, capazes de transformá-la numa espécie de morta-viva.

Além do mais, a aplicação — ou desaplicação — do Direito do Trabalho se dá sempre *intra muros*, no ambiente da empresa. Não sofre o controle da sociedade. Aliás, a própria sociedade não o sente como “seu”, mas como um problema alheio — que diz respeito a um grupo, a uma categoria, a uma classe: furtar um pão é visto como algo muito mais grave do que sonegar horas extras...

É interessante notar que, no mundo do trabalho, o poder está com o devedor, e não com o credor, como usualmente acontece. Ou seja: o detentor do poder não coincide com o detentor do direito. Quase sempre, o Direito estará atuando contra ele; ferindo os interesses dele.

Vista a questão sob o enfoque inverso, o possuidor do direito não tem o poder real de exigí-lo. E, como dizíamos, a sociedade não está por perto, reforçando a sanção legal com o seu olhar reprovador e os seus gritos de “*pega-ladrão!*”

Em conseqüência, aquilo que no Direito Civil é a regra, na órbita trabalhista é exceção. Em geral, a norma *não se cumpre* espontaneamente, pelo menos em termos integrais. Chega manca, distorcida ou faltando pedaços ao seu destinatário.

Pergunta-se: mas de onde viria, *exatamente*, esse poder do empregador?

Em última análise, o poder vem sobretudo do fato de que é ele quem controla a fonte de trabalho. E como a fonte de trabalho é também a fonte de sobrevivência, não será exagero dizer que o empregador comanda não apenas o corpo, nem apenas a mente, mas o próprio destino do trabalhador.

É verdade que não é só no mundo do trabalho que há desigualdade entre os contratantes. Mas as peculiaridades trabalhistas estão em que: a) é o principal violador do direito quem possui o poder de constrição; b) esse poder atua de forma tão intensa que não encontra resistência.

Naturalmente, o poder de despedir não é absoluto. Mas é como se o fosse, na medida em que: a) o trabalhador comum não tem estabilidade no emprego; b) os contratos a prazo se multiplicam; c) como as indenizações são indexadas aos salários, sofrem com eles o mesmo processo de corrosão, que adelgaça ainda mais os tênues obstáculos criados pelo legislador.

Assim, no dia-a-dia da fábrica, o Direito é “moldado” segundo as conveniências do empregador. Da mesma forma que exerce o poder diretivo, ditando o modo de ser da prestação de serviços, ele acaba decidindo *como, quanto e quando* aplicar as normas de tutela.

3. A PROTEÇÃO AO EMPREGO E AS NORMAS DE DIREITO INDIVIDUAL

Como nos ensina *Maurício Godinho Delgado*, a categoria básica do Direito do Trabalho é a relação empregatícia. Tudo gira em torno dela. É ela que dá autonomia a este ramo do Direito.⁽²⁾

(2) “Introdução ao Direito do Trabalho”, LTr, S. Paulo, 1999, págs. 33/34.

Sob o ponto de vista da efetividade, porém, o centro gravitacional das normas trabalhistas está nos mecanismos de proteção ao emprego. Quanto menos resistente for a relação, maior será o poder (real) do empregador para definir em concreto as suas próprias obrigações.

Um bom exemplo é o FGTS. Criado para acabar com a estabilidade, acabou afetando toda a CLT, de norte a sul, de leste a oeste. A partir de então, nas palavras do mestre *Ribeiro de Vilhena*, o empregador se tornou "o detentor do contrato".

Hoje, essa distorção se acentua. A cada norma precarizante, ou a cada interpretação que precariza, o Direito do Trabalho perde um pouco mais de efetividade. Nesse sentido, pode-se dizer que toda a CLT já mudou — e continua a mudar, a cada instante. Tratada à moda antiga, segundo o receituário liberal, pouco a pouco perde as forças com as sucessivas sangrias.

Assim, como se vê, as normas de proteção ao emprego não servem apenas para resguardar os postos de trabalho. Quando realmente operantes, fornecem *apoio logístico* às outras regras de tutela, abrindo possibilidades de resistência.

Inversamente, quando frágeis, as normas que garantem o emprego contaminam as outras com o mesmo vírus. E, então, todas elas se fragilizam, exceto as que servem de forma direta ao próprio empregador — basicamente, as que lhe garantem o poder diretivo.⁽³⁾

3.1. A instabilidade e a taxa salarial

Dizia Marx que a empresa capitalista conta sempre com um *exército de reserva*, que — mesmo sem lhe propiciar diretamente a mais-valia — é de grande utilidade.

Esse *exército* é formado pelos trabalhadores desocupados. E existe mesmo em épocas consideradas "de pleno emprego". Para mantê-lo, o sistema opera como o coração. Com seus movimentos de *sístole* e *diástole*, ora atrai, ora repele os trabalhadores, deixando sempre um certo número de *reserva*.

Mas a maior utilidade do *exército* não está no fato de que ele disponibiliza, constantemente, uma força de trabalho adicional para as empresas. Nem decorre do fato de que os seus *soldados* estão fortemente tensionados pelo *stress* do desemprego, e por isso dispostos a aceitar quaisquer condições de trabalho.

O *exército* é útil, sobretudo, porque ele desloca para os trabalhadores o jogo da concorrência, afetando não só os que estão desocupados, mas especialmente os que já estão trabalhando.

(3) Como se recorda, a grande esperança para solucionar o problema da instabilidade veio com a Convenção 158 da OIT, ratificada e em seguida denunciada (a nosso ver, irregularmente) pelo Brasil. A propósito, escrevemos pequeno artigo na obra coletiva "O que há de novo em Direito do Trabalho", publicada pela LTr.

De fato, quanto maior o número de desocupados, maior será a pressão sobre os que têm um emprego — e menor, por conseqüência, a taxa salarial. A concorrência serve também para dividir os trabalhadores e reduzir sua resistência à violação de direitos.

Hoje, o *exército de reserva* conta em suas fileiras — digamos assim — com *soldados profissionais*, que não podem *dar baixa*. São os trabalhadores condenados a viver por longo tempo (ou até por todo o tempo) fora do mercado de trabalho formal, vítimas do chamado “desemprego estrutural”.

Por isso, a concorrência entre os trabalhadores é cada vez maior. E a única forma de neutralizá-la é exatamente a proteção ao emprego. Daí as pressões em sentido contrário.

4. O REFLEXO DA INSTABILIDADE NO PROCESSO

A mesma razão que impede o empregado de enfrentar, no dia-a-dia da fábrica, a violação de seus direitos, inviabiliza para ele o acesso à Justiça. Como já notamos, e todos sabem, a Justiça do Trabalho serve apenas aos que já não têm o que perder.

Se não pode procurar a Justiça do Trabalho enquanto empregado, o trabalhador *tem* de procurá-la, quando já perdeu o emprego — pois de outro modo não poderá reparar seu prejuízo. Assim, a Justiça do Trabalho não é apenas o seu *último* — mas o seu *único* — recurso. Daí o grande número de ações, que supera em muito o da Justiça Comum, em termos proporcionais.

Mas se o trabalhador *tem* de procurar a Justiça, como seu único recurso, nem sempre *pode* procurá-la, mesmo desempregado. — já que as empresas costumam se unir para retaliar os que reclamam. Assim, até o grande número de demandas talvez seja bem *menor* do que deveria ser.

Naturalmente, essa falta de efetivo acesso à Justiça é um grave problema, que bate de frente com a Constituição Federal e com os mais elementares princípios de Direito. Pior do que isso, porém, é a impossibilidade real, por parte do empregado, de fazer valer seus direitos *sem ser preciso* ir à Justiça... E uma realidade se reflete na outra, como num *espelho*.

Essa distorção repercute até nos pedidos. Ninguém vai à Justiça, por exemplo, exigindo o cumprimento de normas de higiene e segurança do trabalho. Ou pedindo que o juiz fixe a data de suas férias não gozadas no prazo legal.

Do mesmo modo, nenhum empregado transferido ilicitamente requer a volta ao lugar de origem, como a lei garante, até em caráter liminar. Na prática, todo contrato pode ser alterado, mesmo de forma ilegal, sem que o patrão seja compelido a recolocá-lo nos eixos.

O que se pede, sempre, são reparações financeiras. E o que é pior: mesmo elas, em geral, não conseguem reparar tudo: sobre os direitos teó-

ricos desaba o peso da prescrição, que se faz acompanhar, não raras vezes, com a ineficácia da execução. E assim se completa o trabalho de desconstrução da norma — que se iniciara no chão da fábrica — pelas mãos do próprio empregador.

Mas ainda não é só. Como já não tem a sua fonte de subsistência, o empregado que vai à Justiça é sempre um demandante fragilizado. Repete-se, no plano do processo, a mesma *coação irresistível* que operava quando ele ainda tinha emprego e não queria perdê-lo. A relação de direito material contamina a relação processual: longe de desaparecer, a dependência se agrava. Daí os acordos baixos ... e as faces tantas vezes cabisbaixas.

4.1. O reflexo da instabilidade no Direito Coletivo

Pela ordem natural das coisas, quem deveria estar ao lado do trabalhador, ajudando-o a defender os seus direitos, seria a mesma fonte que os fez nascer — os movimentos de resistência coletiva. Suas armas de luta — especialmente a greve — atuariam como uma sanção a mais, devolvendo efetividade à norma.

Mas o problema é que o capitalismo aprendeu a produzir de forma fragmentada e automatizada, trocando as grandes fábricas por empresas em rede. Com isso, também o universo operário se divide, inviabilizando ou pelo menos dificultando as lutas coletivas.

Pressionado pela falta de opção, e ameaçado pelos próprios companheiros — já agora sem emprego —, o trabalhador reage como os escorpões. Já não se volta contra a empresa, que violou os seus direitos, mas contra o seu próprio sindicato — em última análise, *contra si mesmo*. Por consequência, o sindicato — já debilitado pela descentralização produtiva — se enfraquece ainda mais. E o processo retoma a sua marcha, num círculo vicioso sem-fim.

É certo que a lei dá estabilidade ao líder de classe. Mas não há liderança sem liderados, como não há ação coletiva sem uma coletividade que a apoie. Assim, a continuar essa tendência, a estabilidade do dirigente só a ele servirá.

Na verdade, a proteção ao emprego mais importante, para a sobrevivência do próprio sindicato, não é a do líder de classe: é a dos trabalhadores comuns, pois são eles os verdadeiros combatentes... Aliás, nesse sentido, não nos parece incorreto dizer que a tutela individual do emprego é também *sindical*.

5. A NOVA ONDA NA ITÁLIA

Como dizíamos, as normas de proteção ao emprego podem neutralizar ou ao menos reduzir o impacto do "exército de reserva", cujo contingente parece estar crescendo. Daí as pressões em sentido contrário, nos países onde aquelas garantias existem.

É o que acontece na Itália, onde o governo Berlusconi tenta flexibilizar o art. 18 do Estatuto dos Trabalhadores — que garante reintegração ao trabalhador despedido arbitrariamente, nas empresas com mais de 15 empregados⁽⁴⁾. Outros países sinalizam na mesma direção.

Naturalmente, nem todos os que defendem a instabilidade querem fragilizar a classe trabalhadora. Há os que pensam, sinceramente, em fortalecê-la, acreditando que os empresários se sentirão mais dispostos a admitir, sabendo que poderão despedir mais facilmente.

Mas não nos parece correta essa tese. A nova lógica capitalista não é a de transformar massas crescentes de trabalhadores em consumidores, integrando-os ao sistema, mas reduzir os custos de produção — dentre os quais se inclui a mão-de-obra.

Pela primeira vez, a economia cresce sem que aumentem os postos de trabalho. Ao contrário: a empresa procura sobreviver e se expandir graças à automação, às terceirizações, à precarização. Em última análise: às custas do próprio emprego.

6. CONCLUINDO

Tudo isso nos mostra que a garantia de emprego é algo muito mais importante do que aparenta. E que a lei — acusada, tantas vezes, de superprotetora — dá ao trabalhador muito menos do que promete.

Na verdade, proteger o emprego *não é só* proteger o emprego. É também proteger o sindicato e as condições de trabalho. É garantir o processo e viabilizar um verdadeiro acesso à Justiça.

Em última análise, proteger o emprego é proteger cada norma trabalhista. Portanto, é proteger o próprio Direito.

(4) Como se sabe, a maior central sindical italiana — CGIL — conseguiu levar à praça pública mais de 2 milhões de pessoas, no dia 23 de março de 2002, em protesto contra o projeto — embora esse objetivo tenha sido esvaziado pelo assassinio do jurista Marco Biaggi, ocorrido às vésperas, e que forçou aquela central a inserir na pauta a luta contra o terrorismo.