

O JUIZ DO TRABALHO E A FLEXIBILIZAÇÃO

Manoel Mendes de Freitas^(*)

I. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A evolução da condição do prestador de serviços, partindo da escravidão, foi lenta e agônica, passando pela servidão, pelas corporações de ofício até chegar ao século XVIII. A denominada "revolução industrial" deu início a uma nova era, caracterizada pela concentração de capital e o surgimento de grandes grupos de trabalhadores, ávidos por melhores condições de trabalho, que o Estado, no entanto, se recusava a patrocinar, envolvido que estava por um clima de liberalismo que o mantinha na fria posição de mero expectador das grandes lutas sociais.

Luiz Carlos Amorim Robertella, em interessante artigo sobre "Normas de Proteção ao Trabalho no Direito Comparado", observa com acuidade:

"As concepções liberais, com a exaltação do individualismo jurídico e da autonomia da vontade, predominaram a partir de fins do século XVIII, marcando acentuadamente as cartas políticas da época.

A liberdade individual, diz **Paulo Braga Galvão**, "era afirmada em contraposição ao seu maior inimigo, o Estado (monárquico-absolutista). Naquele momento, por conseguinte, o importante era estabelecer limitações ao poder estatal, para que a burguesia revolucionária pudesse destruir o mundo de privilégios da feudalidade decadente".

Esse culto ao liberalismo, com a abstenção estatal de imiscuir-se nas relações econômicas e sociais, é um dos fatores que ensejaram o triunfo do capitalismo, segundo sustentou **Georges Guy-Grant** no Congresso Internacional de Filosofia de Praga de 1934.

Nesse quadro liberal, a concentração de capitais e a invenção dos maquinismos acabaram gerando profunda desigualdade social. Oferecido pela maioria, o trabalho desvalorizou-se, gerando a exploração de homens, mulheres e crianças, que não tinham alternativa senão aceitar os baixos salários e as intermináveis jornadas que lhes eram impostos.

Tal sistema econômico só poderia gerar, como gerou, o aparecimento de novas classes sociais, com interesses rigorosamente divergentes, ou seja, a burguesia proprietária e o proletariado. Essa divisão entre os que possuíam o capital e a grande maioria, que só vivia do seu trabalho, fez aflorar a chamada questão social" (LTr 55-04/407).

(*) O autor é Ministro Togado do Tribunal Superior do Trabalho.

O Direito do Trabalho, enfrentando barreiras de toda ordem, aperfeiçoou-se no século XIX, galgou nível constitucional, consolidando sua posição com a Constituição mexicana de 1917 que, a seu turno, teve decisiva influência na parte dos Direitos Sociais do Tratado de Versalhes, que lançou as sementes de sua implantação internacional.

O término da Segunda Guerra Mundial abriu, para a Europa, em contraposição ao grande sofrimento que por ela lhe fora infligido, um período de reconstrução e de bonança, que durou até a década de setenta, quando nova crise econômica eclodiu, em decorrência da elevação do preço do petróleo e do surgimento da concorrência, no mercado internacional, das grandes potências orientais do sudeste da Ásia, com especial relevo para o Japão.

O chamado Terceiro Mundo pagou preço especialmente elevado em decorrência de sua menor experiência e de sua sempre débil economia.

O flagelo da inflação gerou a recessão e o aumento das taxas de desemprego.

O mundo ocidental debatia-se ante o novo quadro econômico adverso e preocupante.

II. A FLEXIBILIZAÇÃO

Não poderia, a esta altura, deixar de abeberar-me nas águas seguras do Ministro **Orlando Teixeira da Costa**, atual Presidente do Tribunal Superior do Trabalho e que, discorrendo sobre o tema "O Direito do Trabalho na Sociedade Moderna", lançou as interessantes observações que a seguir são transcritas:

– "Se, no seu primeiro momento, o direito do trabalho teve como preocupação fundamental a proteção jurídica do trabalhador, a partir dos meados dos anos setenta, alcançada razoavelmente a repartição da riqueza pela grande maioria da população em alguns dos países economicamente mais expressivos da Europa, como Alemanha, então apenas Ocidental, Inglaterra, França e Itália, os espíritos começaram a inquietar-se pela sobrevivência da empresa, como instituição garantidora de empregos para os trabalhadores.

Afastando a concepção heterotutelar pela concepção autotutelar, o direito do trabalho, influenciado pela corrente econômica do neoliberalismo, fortemente prestigiada pelos empresários, passou a se esforçar pela primazia da flexibilidade laboral, em substituição ao princípio basilar da proteção do trabalhador, que sempre foi a pedra angular deste ramo da ciência jurídica.

Em que pese a sábia advertência de alguns, como **Gérard Lyon-Caen**, com o seu artigo "La bataille truquée de la flexibilité" (A batalha enganosa da flexibilidade) ou como **Américo Plá Rodríguez**, mostrando que a flexibilidade deve ser limitada pelo princípio da razoabilidade (Um enfoque sobre "la flexibilización"), a verdade é que os procedimentos de flexibilização começaram a imperar no continente europeu.

Nesses países, vinculados ao sistema da *economia de mercado*, a flexibilização começou a ser disseminada através da negociação coletiva e sob tutela sindical. A proteção assegurada aos trabalhadores pelo Estado passou a ser substituída pela proteção sindical, possibilitando a derrogação consentida de normas legais outrora inderrogáveis.

A técnica da flexibilidade consensual negociada justapõe as condições pretendidas pelos obreiros às circunstâncias conjunturais vividas pelas empresas, de modo a possibilitar uma avaliação da situação e a obter como resultado concessões recíprocas. Com isto, afasta-se a intervenção do Estado nas relações laborais e estimula-se sobremaneira o fortalecimento dos sindicatos. O nível deste relacionamento é coletivo e não individual, pois, como já lembramos metaforicamente em outra oportunidade, servindo-nos da parábola das varas, se individual fosse, a fragilidade pessoal isolada do trabalhador não suportaria a pressão econômica do empregador e quebraria.

Este procedimento implica, no entanto, na pressuposição que segue. O princípio da inderrogabilidade das normas trabalhistas de ordem pública deve ser mitigado, a ponto de dar lugar a outras fontes de direito, que passam a ser consideradas mais importantes do que a lei. Legítima-se a convenção coletiva de trabalho a promover a derrogação das normas em princípio inderrogáveis da legislação protecionista do trabalho, que são de ordem pública, justificando-se essa postura em considerações de natureza econômico-conjuntural. A legislação delegante pode ser a própria Constituição, leis complementares ou até leis ordinárias, pois a fonte da inderrogabilidade de alguns direitos trabalhistas, nem sempre se encontra na Lei Maior” (Rev. do TRT-8ª Região, jul./dez./1991).

A Constituição da República de 1988, ninguém o ignora, lançou as sementes da modernidade no campo do Direito do Trabalho brasileiro, afastando a asfixiante tutela do Estado e abrindo largas margens ao entendimento direto entre empregados e empregadores, outrora confinados a estreitas ruelas, tal a rigidez e a amplitude de normas de ordem pública que delimitavam o seu ir e vir no campo negocial.

No art. 7º, com efeito, proclamou-se de forma clara, absolutamente indubitosa: a) a irredutibilidade do salário, ressalvado, porém, o que empregados e empregadores decidirem dispor em contrário, em convenção ou acordo coletivo (item VI); b) a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada, porém, a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho (XIII); c) o reconhecimento das convenções e acordos coletivos (XXVI).

Fazendo coro a todas as censuras que se faziam quanto à existência dos sindicatos e ao exercício de suas atribuições precípua, mantidas sob severa vigilância e ilimitado poder de intervenção do Estado no período anterior, a nova Carta Magna rompeu os grilhões do intervencionismo e trouxe essas entidades para um campo de razoáveis liberdade e autonomia. Desenvolvidas em oito itens, no art. 8º, estão as linhas mestras da nova ordem, que assegura ao sindicato a auto-

nomia e o respeito que merece, como elemento básico para que se cumpra aquilo que é desejo de todos e que está, como preâmbulo, no art .7º, com o selo da garantia constitucional, que é o da melhoria da condição social do trabalhador.

Importante corrente de doutrinadores, contudo, lamenta não se tenha chegado ao patamar mais expressivo da liberdade que deve imperar nesse campo, traduzido pelo pluralismo sindical e conseqüente extinção do denominado imposto sindical. É, por exemplo, a opinião de três renomados Mestres do Direito do Trabalho no Brasil: Arnaldo Lopes Sússekind, Mozart Victor Russomano e Arion Sanyão Romita.

Estão abertas, porém, sob proteção constitucional, as portas para o entendimento direto entre empregados e empregadores, com espaço suficiente para que possam adotar as normas de convivência que assegurem, com grande poder de adaptação às peculiaridades de cada época, o resultado que for considerado melhor para ambos, que atenda melhor aos seus interesses a cada conjuntura. Como no campo militar, o jogo dos interesses pode conduzir, num determinado momento, à adoção de concessões que, embora possam acarretar sacrifícios, poderão gerar, em futuro próximo, resultados mais favoráveis e duradouros. O equilíbrio social impõe às partes interessadas, no embate entre capital e trabalho, a resignação à máxima de que a nenhuma delas será dado lograr apenas vitórias ou padecer somente derrotas, como se envolvidas por inexorável sina social. De lembrar-se, a respeito, o admirável conselho de eqüidade que a CLT, no art. 766, endereçou ao julgador trabalhista, quando a ele for cometida a estipulação de salários. No cumprimento dessa delicada tarefa, deverá estabelecer condições que, assegurando justo salário aos trabalhadores, permitam também justa retribuição às empresas interessadas.

Só é possível, no entanto, admitir a flexibilização no Brasil se por ela o trabalhador não for levado a um sacrifício inútil, a uma concessão graciosa, destituída de comutatividade, contratualmente estéril, que não traga, ínsita, o desejo recíproco de extrair, da realidade de um período de crise, o que for melhor para esse parceiro que no passado teve de lutar muito para melhorar sua condição, embora sempre reconhecido como o elemento humano que põe suas preciosas forças a serviço do progresso e do bem-estar das Nações.

Deve ser abominada, pois, especialmente nos denominados "Países de Terceiro Mundo", a flexibilização que apareça sob a roupagem da concessão estéril, que, sob a máscara de adaptação a conjuntura adversa, nada mais traduza que mero retrocesso no campo das conquistas sociais.

No terreno da flexibilização, portanto, os personagens principais são os próprios interessados, empregados e empregadores, a que, como já visto, a Constituição de 1988 abriu espaços imensos para o entendimento direto.

Os ventos da flexibilização, contudo, não alcançam somente a eles. O Juiz do Trabalho não pode permanecer indiferente ao que ocorre nesse campo. Tem que manter-se sempre alerta e atualizado para que possa desempenhar suas funções de forma cada vez mais eficiente, o que jamais conseguirá se estiver alheio à realidade de cada época, de cada dia, de cada área de conflito, se fechar os olhos,

inocentemente, ao duelo de interesses que se trava, não só no cenário, mas, também, nos bastidores de cada ação que lhe couber julgar.

III. O JUIZ DO TRABALHO E A FLEXIBILIZAÇÃO

Ninguém ignora que o excesso de tutela, no campo do Direito do Trabalho, pode gerar efeitos contrários ao que foi desejado, acarretando ao beneficiário, com o correr dos tempos, mais danos que benefícios.

A legislação trabalhista brasileira, como não poderia deixar de ser, vem informada por salutares preocupações tutelares. Conseqüentemente, se na sua interpretação o Juiz houver-se com nova dose de tutela, o excesso de afagos a um dos integrantes da relação processual poderá romper a equação jurídica já preconcebida pelo legislador, quebrando o equilíbrio de chances que deve existir entre os sujeitos ativo e passivo dela.

O intérprete da legislação trabalhista não pode permanecer preso ao cenário das primeiras lutas caracterizadoras da denominada "questão social", embora fonte do desenvolvimento teórico indispensável para a formação da cultura jurídica que deve possuir para melhor desempenhar suas funções. Todavia, como Juiz do Século XXI, pois já estamos quase no limiar dele, tem que ter a mente aberta para a realidade atual, sabendo distinguir, com isenção e coragem, as características básicas da conjuntura brasileira à época em que se desenrolaram as relações jurídicas que culminaram com o ajuizamento da ação que lhe cabe decidir.

Se sua mentalidade como Julgador não se adaptar à conjuntura real de cada período de interesse, poderá, com sua postura retrógrada, deixar de contribuir para que se aperfeiçoe, cada vez mais, o clima de bem-estar, de paz social que lhe cabe preservar.

Assim, ao interpretar uma disposição do primitivo texto da CLT, não pode deixar de considerar que foi elaborado há 50 anos passados.

Um de seus mais renomados idealizadores, o Ministro **Arnaldo Lopes Susekind**, ainda vivo para alegria de todos nós, seus admiradores, hoje abomina a unicidade sindical e o denominado "Imposto Sindical", que considera inconciliáveis com a liberdade, a autonomia e em conseqüência, o desenvolvimento do sindicalismo moderno.

O Código Comercial Brasileiro ainda alude a "tropeiros", "barqueiros" (arts. 99 e 112) e "bestas" (art. 108).

Vê-se, pois, que a atualização das leis às vezes é excessivamente lenta, cabendo, então, ao intérprete e aplicador a difícil missão de adaptá-las a dias bem diferentes daqueles em que foram geradas, confrontando o que se quis então e o fim social a que lhe é dado visar hoje.

George Scelle, citado pelo não menos renomado **Mozart Victor Russomano**, lembra, em bela configuração, que no passado era a lei do empregador; ontem foi a lei do Estado; hoje é a lei das partes que rege o seu relacionamento (Conferência de encerramento do "Congresso do Cinquentenário da CLT", promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho, em Brasília, em outubro de 1993).

Nesse clima de modernização, de adaptação a cada nova conjuntura, fazem-se necessárias a compreensão e a capacidade de transigência das partes, para que juntas possam continuar a caminhada que lhes está reservada, como fator da grandeza e prosperidade das Nações.

Nesse embalo, cabe ao Juiz Trabalhista acertar seu passo para não destoar, não comprometer o avanço inexorável do tempo, dos costumes, dos métodos, enfim, de tudo que está ligado à vida social e econômica de um país. Cabe-lhe, por isso e também, tomar cuidados para que não fique à margem do pensamento dominante. Se o momento é de flexibilização, estará na contramão se permanecer preso a outras épocas. Os tempos mudaram, ele também tem que mudar e para melhor.

Com a cautela e o bom-senso que nenhum julgador pode deixar de ter, impõe-se ao Juiz do Trabalho participar da flexibilização, desde que, contudo, não se esqueça jamais de que o trabalhador do denominado Terceiro Mundo tem muito pouco a oferecer em termos de transação. Seu patrimônio contratual não lhe propiciou "poupança" de vantagens e garantias, longe estando de poder comparar-se aos seus colegas dos países mais desenvolvidos (refiro-me, evidentemente, à grande maioria dos empregados e, não, ao pequeno percentual dos afortunados).

Ao mesmo tempo, não pode deixar de preocupar-se com o empregador, também enfrentando dificuldades para a sobrevivência da empresa, numa economia imprevisível como a do Brasil, que torna difícil qualquer planejamento.

Pensando num e noutro e com os olhos voltados para a paz social, saberá, em clima de sábia e cautelosa conciliação, satisfazer os justos anseios da comunidade jurisdicionada.

A título de ilustração do pensamento que vem sendo desenvolvido, tenho por útil acrescentar-lhe algumas considerações de ordem prática. Ante a impossibilidade de estender-me muito, limitar-me-ei ao campo dos "dissídios coletivos", embora algumas das matérias possam, também, merecer exame no âmbito dos "dissídios individuais".

IV. DISSÍDIOS COLETIVOS

Se as partes decidirem adotar normas de convivência em clima de flexibilização e de forma direta, vale dizer, extrajudicialmente, no exercício da "autonomia privada coletiva", à Justiça do Trabalho, evidentemente, não cabe nenhuma ordem de preocupação.

Se, no entanto, as partes não se conciliam diretamente e, de acordo com o previsto no § 2º do art. 114 da Carta Magna, é ajuizado dissídio coletivo, o Tribunal do Trabalho competente terá que dirimir o conflito, no exercício do poder normativo que lhe é assegurado.

O aspecto que ora interessa, contudo, é outro. Embora tivessem autonomia para fazê-lo diretamente, em face do contido na Carta Magna (art. 7º, itens VI e XIII), as partes houveram por bem celebrar somente em Juízo o "acordo flexibilizante".

A matéria atrai considerações especiais.

Quanto ao poder de concessão do empregador na negociação, este é, sem dúvida, ilimitado. Já o do empregado está contido pelas normas de direito público que lhe delimitam a faculdade de transigência. Além desse marco de "segurança social", somente circunstâncias especialíssimas podem autorizar a concessão do trabalhador, ainda que venha ela sob assistência do sindicato e abonada pelos ventos da modernidade, em clima, pois, de "flexibilização". Essa posição de cautela deriva do conhecido princípio de interpretação de que "o normal se presume e, o excepcional, carece de justificativa", princípio que deriva de curial exercício de "bom-senso". Não se pode, com efeito, imaginar que alguém, notadamente em sendo trabalhador, renuncie gratuitamente a direito (ou parte dele) que lhe é assegurado por lei, sem nada receber em compensação. É necessário haja uma justificativa plausível para que possa, a concessão, ser tida por merecedora da aprovação do Poder Judiciário.

No tocante, por exemplo, ao regime de compensação de horário de "12x36" (12 horas de trabalho por 36 de descanso), sua aprovação pela Justiça do Trabalho justifica-se, pelo menos em se tratando de médicos e enfermeiros, porque tem merecido a preferência desses profissionais notoriamente dotados, especialmente os primeiros, de ótima capacidade de entendimento.

E eles, reiteradamente, têm demonstrado interesse na manutenção do referido sistema de compensação de horários. A anuência do sindicato é, nessa hipótese, suficiente para que se aplique à espécie, com tranqüilidade o disposto no art. 7º, XIII, da Carta Magna.

Se se tratasse, entretanto, de motorista de veículo de transporte coletivo, a aprovação da Justiça do Trabalho teria que ser precedida de cuidadoso exame de todas as circunstâncias alegadas. Considero, porém, difícil que se consiga apresentar uma justificativa plausível para a adoção de jornadas contínuas de trabalho para tais motoristas além do limite de 8 horas, se, como é notório, a jornada extensa porá em risco tanto a vida do motorista quanto a dos usuários do veículo por ele dirigido. Tem-se nessa hipótese, por conseguinte, um interesse coletivo palpável, a afetar o direito de renúncia do trabalhador motorista.

É possível admitir-se, também, a validade da redução salarial, desde que demonstrada a impossibilidade de encontrar-se outro meio para "salvar-se" a empresa como fonte de emprego.

Se ao Juiz for dado julgar o pedido de redução salarial, suprindo o consentimento recusado pelo sindicato, além do exame cuidadoso da situação da empresa requerente, poderá considerar, também, como parâmetro, o disposto na Lei n. 4.923/65. Por ser anterior à Constituição de 1988 entende-se ter ela sido revogada, pelo menos quanto aos limites estabelecidos para a redução. As conseqüências para os sócios, porém, como nela previsto, são interessantes e lógicas, razão não havendo para que não sejam consideradas.

Dir-se-á que a posição ora adotada é rigorosa, não se justificando ante a autorização expressa dada pela Carta Magna de 1988, tanto para a redução salarial quanto para a compensação de horários e a redução da jornada de trabalho. Contudo, do Juiz exige-se que seja perspicaz, vale dizer, que não seja ingênuo.

Ora, se a Constituição da República condicionou a redução salarial, tanto quanto a compensação de horários e a redução da jornada, apenas ao encontro de vontades manifestado por via de acordo ou convenção coletiva, sem nenhuma necessidade, portanto, de as partes recorrerem à Justiça do Trabalho, a decisão delas de celebrar acordo somente em juízo atrai a presunção de que pelo menos uma delas, provavelmente o sindicato dos trabalhadores, não está tranqüila quanto à adoção do acordo coletivo ou da convenção coletiva de forma autônoma, como a Carta Magna lhe assegura (autonomia privada coletiva).

Só assim se poderá considerar que a participação da Justiça do Trabalho, ainda que sob a forma de simples homologação de acordo, foi responsável, consciente e segura, quanto ao resguardo dos interesses maiores da coletividade jurisdicionada e, também, dos limites do poder de renúncia que, jurídica e socialmente, pode hoje ser reconhecido a cada grupo de empregados brasileiros. Separo o exame, propositadamente, por grupos porque impossível uma decisão global num país como o Brasil. A renúncia, em clima de "flexibilização", de um empregado da PETROBRÁS ou de um metalúrgico do denominado "ABC" não requer a mesma dose de cuidados com que deve, o Juiz Trabalhista, enfrentar uma renúncia de trabalhadores rurais de regiões pobres do Nordeste ou do Vale do Jequitinhonha (MG), em que os sindicatos quase sempre não dispõem de força negocial.

É sempre útil lembrar, ao cogitar-se do "Princípio da Irrenunciabilidade dos Direitos", que é uma das peculiaridades do Direito do Trabalho, cujo campo é denominado por normas de ordem pública. Bem a propósito a segura observação do Prof. Pinho Pedreira, em artigo sobre o tema:

"A inderrogabilidade dos preceitos de Direito do Trabalho não raro se impõe até mesmo ao empregado com o propósito de evitar que ele, pela sua imprevidência ou por um interesse de maior ganho imediato, renuncie aos direitos decorrentes das limitações legais de ordem pública relativas à idade, ao sexo, à higiene, à segurança e à duração do trabalho. Para Smurglia a força de penetração do intervencionismo estatal na relação de trabalho é tanta que se dirige às vezes também contra a parte tutelada e garantida, quase a sublinhar ulteriormente que os interesses que determinam a opção do legislador não são puramente individuais, mas antes, de caráter geral" (Revista LTr, 57-09/1054).

Se a renúncia tem por objetivo contribuir para que a empresa supere fase de dificuldades, ela é plenamente justificável, pois visa a preservar a fonte de emprego em época adversa, em que milhões de trabalhadores padecem o terrível flagelo social do desemprego.

Na Alemanha, a necessidade de preservação da empresa, como fonte de emprego, justifica até a ajuda estatal, tal a importância social do emprego.

Não sou, portanto, contrário à "flexibilização". E não poderia ser jamais, já que entendo que tudo é relativo na vida, ainda no campo do Direito. O importante, repito, é que o Juiz do Trabalho brasileiro, quando levado a decidir concessão dos trabalhadores enquadrada no campo da "flexibilização", que ele o faça de forma especialmente cuidadosa, com os olhos voltados para a real situação atual do

trabalhador brasileiro, assim como para a situação específica de cada empresa ou de cada *setor empresarial* envolvido no dissídio coletivo, para, finalmente, em clima de conciliação com os interesses superiores do Brasil, possa extrair a solução mais justa a cada *conjuntura social* e econômica.

Tendo-me sido proposto pronunciar-me sobre o difícil tema, concluo aqui as *considerações* que entendi cabíveis, nesta conjuntura tão difícil para todos os brasileiros, qual a do ano de 1993 e, em especial, de seu último semestre. Tive os olhos e o pensamento presos no presente, embora atento às lições do passado e às esperanças do futuro, lembrando-me da bela advertência do poeta:

“Não te embales muito na miragem do longe e do depois, a fim de não perderes o que arde invisível no perto e sopra em silêncio no agora” (Aníbal Machado, em “Cadernos de João”).