

A PREVALÊNCIA DO CONVENCIONADO SOBRE O LEGISLADO*

José Luciano de Castilho Pereira**

Sumário: 1. Introdução; 2. As origens do Direito do Trabalho; 3. O novo mundo do trabalho; 4. O negociado sobre o legislado; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Todos sabemos que, nesta quadra de transição do século XX para o XXI, extraordinárias são as mudanças que se processam no mundo do trabalho.

As causas, muitas e variadas.

Por exemplo, o fantástico desenvolvimento tecnológico, que em louca velocidade vai transformando em obsoletos os produtos que consumíamos ontem, afastando para passado remoto os conhecimentos que, a duras penas, conquistamos no correr dos anos, dando a impressão de que a verdade somente agora começou a ser descoberta.

Isto está desorientando nossa cultura, que deve ser reciclada a cada manhã, pena de se mostrar como lixo pré-histórico.

Esta nova realidade levou NORBERTO BOBBIO a, melancolicamente, dizer o seguinte:

“Nas sociedades tradicionais e estáticas, que evoluem lentamente, o velho reúne em si o patrimônio cultural da comunidade, destacando-se em relação a todos os outros membros do grupo. O velho sabe por experiência aquilo que os outros ainda não sabem e precisam aprender com ele, seja na esfera da ética, seja na dos costumes, seja na das técnicas de sobrevivência. Não apenas não se alteram as regras fundamentais que regem a vida do grupo e dizem respeito à família, ao trabalho, aos momentos lúdicos, à cura das doenças, à atitude em relação ao mundo do além, ao relacionamento com os outros grupos, como também não se alteram, e passam de pai para filho, as habilidades. Nas sociedades evoluídas, as transformações cada vez mais rápidas, quer dos costumes, quer das artes, viraram de cabeça para baixo o relacionamento entre quem sabe e quem não sabe em relação aos jovens que sabem, e estes sabem, entre outras razões, também porque têm mais facilidade para aprender”(1).

* Palestra proferida no III Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho, realizado em Maceió (AL), de 28 a 30 de março de 2001.

** *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.*

DOUTRINA

É o que também afirma o jornalista italiano CARLO BENEDETTI, em artigo publicado recentemente no CLARIM, de Buenos Aires, especificamente sobre a revolução provocada pela Internet, pontuando:

“La experiencia cuenta cada vez menos, e la apertura a la innovación, cada vez más.”(2).

Some-se a tudo isto, os inimagináveis progressos da comunicação e dos transportes, colocando à disposição de um número cada vez maior de pessoas conhecimentos e produtos vindos de todas as partes do mundo, que, efetivamente, é cada vez menor.

Como uma das decorrências naturais de tudo isso, nasce uma nova economia, que é contra qualquer limite à sua ação, pregando a mais ampla liberdade, que a ela permita crescer incessantemente.

A regra é a competição, que selecionará os mais capazes.

Ainda por lógica conseqüência, ao Estado fica reservado apenas o papel de assegurar a liberdade empresarial, bem como garantir as leis da competição.

Não mais se tolera – é a afirmação mais moderna – qualquer outra intervenção estatal na economia, que se rege, exclusivamente, pelas leis do mercado.

Ora, o Direito do Trabalho surgiu como uma forma de intervenção do Estado na economia, em ordem a melhor condição de vida do trabalhador.

Logo, o Direito do Trabalho deveria ser questionado como algo de um passado que precisava – ou precisa – ser extirpado.

Volta a ser pregado, e por meio de vozes oficiais, que são as leis trabalhistas que provocam o desemprego, além de retirar a competitividade dos produtos brasileiros no mercado internacional.

E passa a ser apregoado por toda parte que deve ser ampla a liberdade de contratar, mesmo no campo das relações de trabalho.

Se assim é, não há lugar nem para a Justiça do Trabalho, mesmo porque mais vale o negociado do que o legislado, ou o decidido pela Justiça.

É sobre este tema que devo fazer algumas considerações, tendo como referência específica a realidade brasileira.

2. AS ORIGENS DO DIREITO DO TRABALHO

Numa linguagem bem simples, é possível ser dito que o Direito do Trabalho é fruto de uma reação humanitária em ordem à melhora das condições de vida dos trabalhadores.

Como todos se recordam, o Direito do Trabalho foi sendo elaborado na virada do século XIX para o século XX, quando a ampla liberdade contratual foi retirando a dignidade do trabalhador, levando o velho EVARISTO DE MORAES, em 1905, a dizer o seguinte:

“O homem é livre – argumentam; tem o direito de vender o seu trabalho pelo preço e nas condições que quiser. Mas na vida industrial moderna essa liberdade de trabalho só tem gerado a opressão e a miséria, a exploração do operariado e seu rebaixamento progressivo. Hoje, já ninguém contesta quanto influi a inexorável lei da concorrência na remuneração do trabalho operário – e isso basta para desfazer o encanto ilusório da ‘liberdade de trabalho’.

.....

Essas conseqüências iniludíveis e tremendas da liberdade de trabalho indicam a necessidade de regular-se, no interesse do trabalhador e sem prejuízo do industrial, as condições em que aquele venderá a este seu esforço consciente. É preciso admitir e legalizar, até as maiores minuciosidades, conforme as indústrias e as circunstâncias do lugar, o contrato de trabalho, fixando três condições: – preço do trabalho ou taxa do salário, duração do trabalho e qualidade do trabalho. Para esse fim, os poderes públicos, e em especial o Poder Legislativo, têm duas maneiras de ação: decretação de leis regulamentadoras do trabalho, e animação dos sindicatos profissionais.” (3)

Observe-se, portanto, que havia quilométrica distância entre a liberdade formal e sua aplicação real.

A liberdade contratual no Direito Civil tem como pressuposto fundamental a igualdade das partes.

A prática da nova realidade do mundo do trabalho demonstrou que entre o trabalhador e quem contratava seu trabalho não existia qualquer igualdade. Isto permitiu fantástica exploração do homem pelo homem, em escala nunca vista.

Sendo impossível o exercício regular de um correto contrato de trabalho, começou a intervenção estatal, fixando os mínimos que deveriam estar no contrato, limitando, assim, de forma drástica, a liberdade contratual.

E a lei foi substituindo, na prática contratual, a vontade das partes.

É o que substancialmente acontece no Brasil, até hoje, especialmente a partir de VARGAS, com a Revolução de 1930.

Aqui também o exercício da liberdade formal teve desastrosos efeitos práticos para a nascente classe trabalhadora, que surgia sobre as cinzas de quatro séculos de trabalho escravo.

3. O NOVO MUNDO DO TRABALHO

Mas, nesta quadra de nosso desenvolvimento, imperiosa é a pergunta sobre se ainda há espaço para a intervenção estatal nas relações do trabalho?

Como já pontuado, em nome da inafastabilidade das leis do mercado, o que mais se prega em nosso meio é que o Estado deve se afastar do mundo do trabalho, como oficialmente prega o Ministério do Trabalho, pela autorizada voz de seu Secretário Executivo, PAULO JOBIM, ao afirmar:

DOUTRINA

“Trata-se, em grandes linhas, de ajustar a legislação aos novos padrões de relação entre o capital e o trabalho, estimulando a transição para um sistema mais ágil, flexível e democrático de negociação.

A marca principal desse conjunto de propostas tem sido, assim, o prestígio à via negocial para a solução dos conflitos inerentes às relações de trabalho. De um lado, pretende-se garantir a prevalência dos direitos coletivos sobre os individuais, como forma de estimular a cooperação e a autocomposição ao invés do conflito. De outro, assume-se a perspectiva do fortalecimento do papel dos atores sociais envolvidos diretamente nessas relações, buscando, ao mesmo tempo, reduzir a interferência estatal nesse âmbito.”(4)

Dentro do Ministério do Trabalho e Emprego, já se anuncia para breve, tão logo haja o “amadurecimento atores sociais”, a reforma constitucional, para se acrescentar ao *caput* do art. 7º da CF a seguinte expressão: “salvo negociação coletiva”.(5)

Nesta nova visão do Direito do Trabalho, ARION SAYÃO ROMITA coloca o seguinte:

“O contrato de trabalho recebe novo tratamento jurídico por parte do direito que se transforma sob a pressão das novas realidades econômicas e sociais. O contrato de trabalho típico dos ‘30 anos gloriosos’ não é mais o mesmo no final do milênio. O direito aplicável a este contrato também não é o mesmo (...). A função do direito no Estado – providência tradicional se exerce mediante um ordenamento protetor – repressivo –, ao passo que, no Estado – providência adaptada à nova realidade, concebe-se o ordenamento jurídico como ordenamento jurídico com função promocional. O legislador resiste à tentativa de impor aos atores sociais um comportamento que entende desejável e, em vez de adotar essa atitude, cria mecanismos e procedimentos aptos a ensejar a esses atores sociais a auto-regulação de seus interesses e a criação de meios de composição de suas controvérsias (...). Em outras palavras: no começo, foi a lei do empregador; depois, a lei do Estado; no futuro, será a lei dos parceiros sociais”.(6)

Mesmo porque as novas formas de prestação de trabalho são hoje tão variadas, sofisticadas e complexas, que seria, como de fato é, regulá-las inteiramente por meio de provimentos legislativos, frutos de atividade estatal.

Também concordo que o ideal é que tudo se resolvesse como regular exercício da autonomia privada. Mas como adverte ROMITA, para se chegar a tanto é necessário que alguns requisitos sejam satisfeitos: democracia, liberdade sindical, mentalidade dos atores sociais afeiçãoada aos métodos de negociação coletiva, função promocional do Estado.(7)

É hora, pois, de se perguntar se já atingiram os trabalhadores brasileiros um estágio tal de desenvolvimento que torne inútil e até pernicioso a interferência estatal na fixação dos mínimos a serem observados nas relações de trabalho.

DOCTRINA

Analisando em um plano global as contradições econômico-sociais de nossos dias, AMARTYA SEN, no seu clássico *Desenvolvimento como Liberdade*, diz o seguinte:

“Vivemos em um mundo de opulência sem precedentes, de um tipo que tinha sido difícil até mesmo imaginar um ou dois séculos atrás. Também tem havido mudanças notáveis para além da esfera econômica. O século XX estabeleceu o regime democrático e participativo como o modelo preeminente de organização política. Os conceitos de direitos humanos e liberdade política hoje são parte da retórica prevalecte. As pessoas vivem em média muito mais tempo do que no passado. Além disso, as diferentes regiões do globo estão agora mais estreitamente ligadas do que jamais estiveram, não só nos campos da troca, do comércio e das comunicações, mas também quanto a idéias e ideais interativos.

Entretanto, vivemos igualmente em um mundo de privação, destituição e opressão extraordinárias. Existem problemas novos convivendo com antigos – a persistência da pobreza e de necessidades essenciais não satisfeitas, fomes coletivas e fome crônica muito disseminadas, violação de liberdades políticas elementares e de liberdades formais básicas, ampla negligência diante dos interesses e da condição de agente das mulheres e ameaças cada vez mais graves ao nosso meio ambiente e à sustentabilidade de nossa vida econômica e social. Muitas destas privações podem ser encontradas, sob uma ou outra forma, tanto em países pobres como em países ricos.” (8)

Este quadro de contradições sempre existiu no Brasil – já que sempre estivemos entre a opulência e a miséria, entre a Casa Grande e a Senzala – mas é forçoso reconhecer que esta desigualdade tem se agravado entre nós, especialmente no mundo do trabalho, sob a direção de seu agente regulador, que é, hoje, o *mercado*.

Assim, ao lado da estabilidade econômica que alcançamos, no campo do emprego e das relações laborais, o clima é cada vez mais selvagem.

Observa GILBERTO DUPAS que, após vários anos com percentuais de trabalho formal e informal num patamar razoavelmente estável, a partir dos anos 90 a situação se alterou rapidamente. Isto fez com que, em 1998, o setor informal representasse cerca de 54% da mão-de-obra metropolitana brasileira.

Mas logo adverte DUPAS:

“Em apenas uma década altera-se a ocupação predominante do mercado de trabalho, que deixa de ser formal e passa a ser flexível. A possibilidade de obtenção de uma ocupação passa a ser maior no setor informal. Mas a referência no imaginário social continuará a ser – durante muito tempo – estar empregado no setor formal com as garantias a ele associadas de direitos trabalhistas e previdenciários”. (9)

Este sonho do trabalho formal, com um mínimo de segurança, é alimentado pela crescente precarização do trabalho informal, acossado por galopante insegurança.

DOUTRINA

Neste ambiente, é muito difícil pensar-se em sindicatos fortes, ou cogitar-se de campo fértil à negociação entre trabalhadores e empregadores, em ordem a relações de trabalho saudáveis e justas, com abstração de uma base fixa sobre mínimos fixados em lei.

Este fato tem sido reconhecido por grandes líderes sindicais brasileiros.

No Brasil, há um complicador a mais: as desigualdades regionais gritantes, que nos levam da extrema miséria a áreas de manifesto desenvolvimento.

4. O NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

Por tudo que coloquei até agora, é bem de ver que não perdi de vista a utopia de ver no Direito do Trabalho um instrumento humanitário de melhorar as condições de vida dos trabalhadores, colocando a economia a serviço do homem-trabalhador, como sempre imaginaram os grandes nomes do Direito do Trabalho. (10)

Com isto não prego a volta ao passado, com um Estado tutelar sobre a atividade de todos, regulando ponto a ponto o que cada um poderá fazer.

Mas também não busco substituir o Estado pelo Mercado, que pretende afirmar tudo o que poderá ser feito.

Não quero dizer que tudo poderá ser realizado, desde que suportado pelo Mercado. O que almejo é que encontremos um acordo em que tudo possa ser feito desde que suportado pelo homem.

Ou o homem é a medida das coisas, ou para nada vale o desenvolvimento.

E, sem dúvida alguma, o homem vive melhor quando ele mesmo dirige sua vida, sendo condutor de seu destino. Logo, no mundo do trabalho, o homem viverá melhor se as relações do trabalho não resultarem de imposição legal, mas forem decorrentes de dinâmicas formas de negociação.

Mas descendo do ideal para o real, entendo que é necessário – ou ainda é necessário – fixar-se um mínimo irrenunciável sobre o qual a negociação seria ampla.

Adoto, pois, esta lição de ARNALDO SUSSEKIND:

“Os adeptos do Estado social, entre os quais me incluo, admitem apenas, nesta fase da história socioeconômica, a redução do grau de intervenção da lei nas relações de trabalho, a fim de que:

1 – os sistemas legais se constituam de diversas regras indisponíveis, que estabeleçam um mínimo de proteção a todos os trabalhadores, abaixo do qual não se concebe a dignidade do ser humano;

2 – esses sistemas abram espaço para a complementação do piso protetor irrenunciável ou para flexibilizar a apreciação das normas gerais de nível superior, mediante negociação coletiva, isto é, com a participação dos correspondentes sindicatos, aos quais cumpre assegurar a liberdade sindical, tal como prevista na Convenção da OIT nº 87;

3 – flexibilização deve ter por objeto:

DOCTRINA

- a) o atendimento a peculiaridades regionais, empresariais e profissionais;
- b) a implementação de nova tecnologia ou de novos métodos de trabalho;
- c) a preservação da saúde econômica das empresas e dos respectivos empregos.” (11)

Eis o grande desafio que temos pela frente.

Termino, com esta advertência de TARSO GENRO:

“A crise do Direito do Trabalho é um dos aspectos centrais da crise da modernidade e um aspecto decisivo da crise do Estado. Do destino que daremos a este impasse muito dependerá a capacidade de resistência à barbárie.” (12)

REFERÊNCIAS

1. *O Tempo da Memória*. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p.20.
2. *Internet* está marcando um câmbio de época – 11.2.2001.
3. Conf. cit. feita por PEREIRA, José Luciano de Castilho Pereira, in *A Justiça do Trabalho e os Modelos para a Solução dos Conflitos Individuais do Trabalho*. In *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 66, nº 4, out./dez. 2000, p.24.
4. In *Uma Visão do Mundo do Trabalho – Os Desafios do Ministério do Trabalho e Emprego* – Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 66, nº 2, abr./jun. 2000, p.123.
5. Cfr. ANDRADE, Maria Lúcia di Iorio. In *Diário Popular*, São Paulo, 17.7.2000.
6. In *O impacto da Globalização no Contrato de Trabalho*. In *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 66, out./dez. 2000, p.90-91.
7. *Op.cit.* p. 91.
8. Ed. Companhia das Letras, 2000, p. 9.
9. *Economia Global e Exclusão Social*. 1999, Ed. Paz e Terra, p.127-128.
10. DE LA CUEVA, Mário. In *Panorama do Direito do Trabalho*. 1969. Porto Alegre: Sulina, p. 7.
11. In *O Futuro do Direito do Trabalho no Brasil*, LTr-64-10/1233, outubro 2000.
12. “Calor e Humanismo para o Direito do Trabalho”. In *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 65, nº 1, out./dez. 1999. p. 259.