

FLEXIBILIZAÇÃO LABORAL E REVISÃO CONSTITUCIONAL (*)

Orlando Teixeira da Costa (**)

SUMÁRIO: 1. Agradecimento inicial. 2. Pressupostos da exposição a ser feita. 3. Opção concebida pela classe patronal. 4. A flexibilidade na Constituição. 5. Outras disposições constitucionais flexibilizáveis. 6. Necessidade de um tratamento diferenciado no Brasil. 7. Opções concorrentes. 8. Epílogo.

1. AGRADECIMENTO INICIAL

"Poucas vezes quem ganha o que não merece, agradece o que ganha". A frase é do escritor espanhol **Quevedo**. Quis usá-la nesta ocasião, para não ser arrolado entre aqueles que foram estigmatizados pelo polemista ibérico.

Quero, pois, iniciar agradecendo a homenagem que as Associações dos Magistrados Trabalhistas estão me prestando nesta oportunidade.

A homenagem de colegas é sempre gratificante. Eles nunca rendem um preito por interesse e geralmente é a amizade que os impulsiona, quando não a admiração desproporcionada em relação àquele que é o objeto do seu protesto de respeito.

Que fiz eu demais para ser merecedor deste momento! Nada ou quase nada. Eu sou apenas um de vós aperfeiçoado pela maior experiência e purificado pela idade. Cumprí, até agora, com o meu dever de magistrado, procurando exercer a minha judicatura conscientemente. No entanto, é tamanha a falta de sensibilidade pública em nosso País, no momento, que basta o simples fato de um juiz expressar, em sua longa vida profissional, a rotina da fidelidade à Justiça e uma certa dose de destemor, para ser objeto de respeito entre os seus companheiros de profissão que perseguem o mesmo propósito.

Sou grato, portanto, aos meus colegas Juizes do Trabalho de todo o Brasil. O vosso gesto é um estímulo, para que eu continue a renovar no cotidiano o meu intuito de ser um homem que vive o direito, para que em mim se realize, como em todos nós, a afirmação de **Calamandreí**: "O juiz é o direito tornado homem."

(*) Conferência proferida na abertura do III CONAMAT - Congresso Nacional de Magistrados Trabalhistas, realizado de 26 a 29 de maio de 1992, em Recife, Pernambuco, que teve como homenageado o autor deste trabalho.

(**) Ministro Vice-Presidente do Tribunal Superior do Trabalho e Professor Titular aposentado da Universidade Federal do Pará.

2. PRESSUPOSTOS DA EXPOSIÇÃO A SER FEITA

Em retribuição a este vosso ato de cortesia, quero contribuir com uma singela exposição, neste ato inaugural, para que sirva como primeiro tema de reflexão e debate deste conclave.

Como o III Congresso Nacional de Magistrados do Trabalho pretende dar início a uma tarefa voltada para a revisão constitucional de 1993, sugeriram-me que a abordasse sob a ótica da **Flexibilização Laboral**, tendo em vista o interesse que os magistrados do trabalho vêm manifestando pela correta compreensão e pelo equilibrado senso de medida dessa doutrina que prepondera nas modernas economias de mercado, principalmente na Europa e América Setentrional.

A atualidade do tema escolhido pode ser confirmada não apenas pela numerosa *literatura jurídica* por ele gerado, como pelos *certames científicos* que sobre ele se têm debruçado.

Em substancioso artigo publicado na revista *Derecho Laboral*, sob o título de **Um Enfoque sobre la Flexibilización**, o professor uruguaio **Américo Piá Rodríguez** informa que, somente de setembro para outubro de 1989, foram realizados quatro importantes conclaves em que o tema da **flexibilidade** foi incluído como primeiro ponto da ordem do dia. Referimo-nos ao **8º Congresso Mundial da Associação Internacional de Relações de Trabalho**, realizado em Bruxelas, de 4 a 7 de setembro de 1989, cujo primeiro tema foi "Flexibilidade do Mercado de Trabalho e Novas Pautas de Emprego"; ao **3º Congresso Regional Europeu de Direito do Trabalho**, que teve, como primeiro tema, "As Tendências da Desregulamentação e suas Incidências sobre a Teoria das Fontes em Direito do Trabalho" e como quinto tema, "A Flexibilidade do Tempo de Trabalho"; às **II Jornadas Nacionais de Direito do Trabalho e da Seguridad Social**, em homenagem ao professor **Ernesto Krotoschín**, que se realizaram na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires de 5 a 8 de setembro daquele ano, cujo primeiro tema foi "Flexibilidade"; ao **Primeiro Congresso Internacional de Política Social, Laboral e Previdenciária**, convocado pela Fundação de Altos Estudos Sociais, reunido de 2 a 4 de outubro de 1989, que teve como um dos temas a "Flexibilidade Laboral".

Em que pese a oportunidade da matéria, não nos devemos esquecer, já que vamos vincular esta exposição à revisão constitucional, que existem outras vertentes do **Direito do Trabalho** contemporâneo que não podem e nem devem ser olvidadas, principalmente duas delas, pelo papel que desempenharam em seus países de origem, contribuindo para a reconstrução nacional, imposta pela guerra de que ambos participaram. Trata-se da doutrina sobre a tutela da personalidade moral do trabalhador, elaborada na Itália, principalmente pelos professores **Gino Giugni** e **Frederico Manzini**, visando a amenizar a proteção da integridade física do operário; e a experiência alemã, tentando transformar a natureza do vínculo jurídico pelo qual se preocupa o **Direito do Trabalho**, de uma relação subordinativa em uma relação coordenativa.

A primeira procurou aliviar os efeitos impostos pela adaptabilidade, enquanto a segunda antecedeu-a, para preparar os caminhos que haveriam de legitimar a convenção coletiva de trabalho, como instrumento de derrogação das normas inderrogáveis da legislação do trabalho, mediante uma participação mais efetiva do trabalhador nos destinos da empresa.

Por outro lado, não devemos omitir as circunstâncias que levaram a nossa Constituição vigente, com revisão programada para 1993, a ser uma Carta Política detalhista, como forma de atender às diversas correntes ideológicas que a empolgaram, mas que procurou de qualquer maneira, institucionalizar uma democracia social em nosso País, ainda que prejudicada pela pesada herança de um regime autoritário que acreditava apenas nas soluções econômicas e ignorava completamente os problemas sociais.

Com esses pressupostos, partamos para a abordagem do tema: "Flexibilização Laboral e Revisão Constitucional".

3. OPÇÃO CONCEBIDA PELA CLASSE PATRONAL

A oportunidade de um tema nos leva, por vezes, a aderir à sua doutrina antes que a nossa inteligência reflita sobre ele. Assim, como é moda falar ou usar da *flexibilidade*, muitos existem que, sem qualquer prévia postura crítica, se entusiasмам por ela, simplesmente porque foi adotada pelos países mais desenvolvidos do mundo. Será razoável, entretanto, este procedimento? Entendemos que não e já diremos porquê.

Os fatos que estão marcando o advento de uma nova era para a humanidade são acontecimentos de origem econômica e de conseqüências predominantemente sócio-políticas. Nós todos estamos envolvidos pela voragem deles, como participantes de uma sociedade em crise econômica e também em pleno processo de transformação na sua maneira de produzir, com a *implantação de uma nova tecnologia*, ambas geradoras de inflação, recessão e desemprego.

Como se trata de uma situação que atinge, primordialmente, a produção, as classes produtoras tomaram a iniciativa da busca de uma solução e a encontraram, na substituição dos postulados tradicionais do *Direito do Trabalho* que cresceu com base na restrição da liberdade contratual, mediante a limitação das possibilidades e opções do empregador, pela *implantação de uma flexibilidade*, que importa na recuperação das regalias e facilidades do patrão. Na síntese precisa de *Plá Rodriguez*, "o que era indisponível, rígido e inviolável, se converte em flexível e derogável". Ou, se quisermos ser ainda mais claros: o princípio básico informador de todo o *Direito do Trabalho*, que importava na proteção do economicamente fraco, é mitigado, quando não eliminado, para dar lugar a uma diminuição dos custos da mão-de-obra e a uma conseqüente diminuição dos riscos empresariais, mediante o incremento da rentabilidade.

Apegados aos seus interesses e somente a eles, a classe patronal vai conseguindo, paulatinamente, ressuscitar o *marchandage*, a liberação do tempo de trabalho, a eliminação da permanência no emprego, a fixação do salário mediante a *recuperação da regra da oferta e da procura*, passando por cima de todas as conquistas do direito laboral e sem nenhum respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador. Tudo isto à custa da afirmação de que o desemprego é produto da excessiva generosidade das regulamentações protetoras.

Será isto, entretanto, o desejável? Será esta a solução?

4. A FLEXIBILIDADE NA CONSTITUIÇÃO

Não devemos ser empedernidamente misoneístas e nem ingenuamente filoneístas, mormente ante a constatação de que o atual texto constitucional admitiu alguma flexibilização e de que estamos pensando na sua revisão, sem o comprometimento da maior conquista dela, que foi, como já disse, a tentativa da implantação de uma democracia social no Brasil.

Sob alguns aspectos, a Constituição atual talvez possa ser qualificada de pródiga, mas, em relação ao **Direito do Trabalho**, o máximo que se pode dizer é que ela foi detalhista, talvez sem necessidade.

De qualquer maneira, insistindo um pouco mais nesta última perspectiva, foi ela também trabalhisticamente flexível, uma vez que permitiu que a flexibilidade se processasse, quanto a alguns aspectos laborais, sob tutela sindical.

O inciso VI do artigo 7º da Constituição consagrou o princípio, outrora apenas deduzível do art. 462 da Consolidação das Leis do Trabalho, da **Irredutibilidade do salário**, permitida, entretanto, uma vez respeitado o mínimo legal e preservado o poder aquisitivo do trabalhador, que, sob tutela sindical, mediante o uso da convenção ou do acordo coletivo de trabalho, a redução do salário possa ser concertada pelas categorias profissionais e econômicas.

Reafirmando o postulado da **jornada diária de oito horas** e reduzindo o tempo semanal de trabalho para quarenta e quatro horas, o inciso XII do artigo 7º da Carta facultou a compensação de horários e a redução da jornada, sempre mediante tutela sindical, já que previsto, para tal, o emprego do acordo ou da convenção coletiva de trabalho.

No que diz respeito ao trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, previu a Lei Maior que ele fosse cumprido em jornadas de seis horas, mas possibilitou a negociação coletiva a respeito (Inciso XIV do artigo 7º), o que importa na participação obrigatória dos sindicatos, tendo em vista a previsão do artigo 8º, inciso VI, do texto fundamental. E como toda a negociação bem sucedida termina em acordo ou convenção coletiva, eis a possibilidade de transigência laboral.

Estas três regras consagram, nitidamente, a doutrina da flexibilidade laboral, sendo que de outros incisos do artigo 7º talvez se possa deduzir uma flexibilidade implícita, quando, por exemplo, o texto constitucional alude ao repouso semanal remunerado, usando da expressão "**preferencialmente aos domingos**", como que admitindo que esta preferência possa ser alterada. É evidente que, se o for, tê-lo-á que ser, preferencialmente, mediante tutela sindical.

Indaga-se, porém: – Esta flexibilidade deve ser mantida? Convém ser ampliada? Ou impõe-se a sua supressão?

5. OUTRAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS FLEXIBILIZÁVEIS

Dispositivos constitucionais existem que deveriam admitir a flexibilidade de certos direitos laborais, por serem, por natureza, autonomamente negociáveis, ajustáveis e implementáveis.

Encontra-se neste caso, em primeiro lugar, o preceito sobre a participação nos lucros (Inciso XI do artigo 7º). Ficou ele dependendo de regulamentação legal, quando o racional seria que a Constituição prevísse a sua necessária implantação, possibilitando apenas que, através de convenção ou acordo coletivo de trabalho, se atendessem às proporções, peculiaridades, possibilidades e gênero de cada empresa e se prevísse o modo pelo qual esta participação seria implementada e cumprida.

O tratamento genérico desta participação será de uma impropriedade absoluta, pois ela necessita ser compatível com a realidade de cada empresa em termos de capital, eficiência, produtividade, lucratividade e número de empregados.

O piso salarial previsto no inciso V do mesmo artigo 7º também é aconselhável que seja implementado por convenção ou acordo coletivo de trabalho e, conseqüentemente, mediante tutela sindical, pois embora esta possibilidade me pareça estar implícita no preceito, a ausência de uma referência constitucional explícita está adiando a implantação diversificada dos salários profissionais. E como este direito é daqueles que, nos termos da letra constitucional deve ser "proporcional à extensão e à complexidade do trabalho", nada mais natural que esta extensão e complexidade sejam avaliadas, autonomamente, pelos interessados.

Ao invés de sobrecarregar o legislador ordinário, por que não atribuir, também, aos grupos interessados a implementação do aviso prévio superior a trinta dias (art. 7º, inciso XXI), para que seja resguardada a proporcionalidade em relação ao tempo de serviço?

A avaliação do valor de uma remuneração compensatória pela realização de atividades penosas, insalubres ou perigosas pode ser muito mais apropriadamente avaliada pelos interessados do que pelos legisladores. A lei, valendo-se de informações técnicas, deveria definir as atividades penosas, insalubres ou perigosas, mas a fixação da sua remuneração adicional poderia depender da avaliação que, em cada situação concreta, viessem a fazer os interessados, pois também é impossível generalizar, por lei, condições que são necessariamente diferenciadas pela intensidade, tempo de exposição e recursos usados pelas empresas para amenizar os malefícios desses trabalhos incômodos (art. 7º, inciso XXIII).

Fizemos esta enumeração apenas, a título exemplificativo, para proporcionar o debate. Entretanto, muito se poderia acrescentar a este rol improvisado, usando criatividade e reflexão.

6. NECESSIDADE DE UM TRATAMENTO DIFERENCIADO NO BRASIL

O que dissemos até aqui permite concluir que a chamada flexibilidade laboral é um procedimento que consiste na derrogação consentida de normas legais em princípio inderrogáveis, mediante negociação coletiva e sob tutela sindical.

Nos países de elevado nível cultural e de sindicalismo autêntico e forte, onde é possível assegurar a equipolência de liberdade de estipulação entre trabalhadores e empresários, a flexibilidade laboral tem sido usada com freqüência para adaptar o **Direito do Trabalho** aos novos tempos.

Esses países são, normalmente, os do chamado primeiro mundo, que se caracterizam como economias de mercado. No que diz respeito à nossa realidade, o importante é saber se esta adaptação tem condições de ser implementada, sem nenhuma restrição, em países como o Brasil, em que a pobreza absoluta, caracterizada pelas pessoas com rendimento inferior a um quarto do salário mínimo ou que vivem em famílias com rendimento menor a um salário mínimo (Hamilton Tolosa, do IPEA), correspondendo a 44 milhões e 800 mil indivíduos (dados de 1988); em que o sindicalismo só é forte nos grandes centros industriais; em que a diversificação é gritante entre as macrorregiões do Norte, Nordeste, Sudeste, Sul e Centro-Oeste. Será possível implantar aqui, repetimos, **sem nenhuma restrição**, a flexibilidade laboral?

Entendemos que não.

Uma coisa é sentar-se à mesa do banquete e dele participar, outra é servir-se apenas das migalhas que caem ao chão.

Se a situação no Brasil é internamente diferenciada, o tratamento também deve ser diferenciado. Se, em termos de renda **per capita**, 60% da nossa população têm padrão de vida semelhante ao de Angola (US\$ 500,00), por outro lado há quem disponha de uma renda **per capita** de US\$ 5.000,00 e viva próximo dos padrões da Espanha.

Ante esta realidade, insistimos, impõe-se um tratamento diferenciado.

Um executivo-empregado, de alto nível, não necessita de tutela legal e, muito menos, sindical. Ele pode se socorrer dos preceitos do direito comum, que estão à disposição de qualquer cidadão, não necessitando de nenhuma proteção especial. Pode, em certas circunstâncias, transigir e até renunciar, sem a perda do seu poder aquisitivo.

Um trabalhador **white collar**, pelo padrão de vida alcançado com a renda da sua atividade, tem condições de transigir dentro de certos limites, sem alterar significativamente a posição adquirida.

Mas um trabalhador, comum, um obreiro de maçoção **blue collar**, mesmo que queira, não deve a lei permitir que ele transija e muito menos que ele renuncie, porque isso importaria, necessariamente, na diminuição do seu poder aquisitivo já extremamente reduzido. Os princípios do **Direito do Trabalho** em relação a ele devem ser mantidos sem qualquer possibilidade de derrogação.

Como chegar, porém, a esse tratamento diferenciado em uma Constituição. Admito que, sem incidir em detalhes, é difícil. A legislação ordinária, no entanto, pode implementar este tratamento diferenciado.

7. OPÇÕES CONCORRENTES

Conforme lembrei no início desta exposição, a flexibilidade laboral, como processo de adaptação do **Direito do Trabalho** às novas contingências mundiais, não constitui uma solução isolada, pois ela pode ser enriquecida ou amenizada, se escolhida como opção, por outros tipos de tratamento, como os ocorridos na Itália e na outrora chamada Alemanha Ocidental, que usaram, respectivamente, a tute-

la da personalidade moral do trabalhador e a experiência da substituição do vínculo laboral subordinativo por um tipo de relação coordenativa, como meios de aliviar ou de preparar a adaptabilidade.

Na Itália, ao mesmo tempo que se flexibilizava, o Estatuto dos Trabalhadores imprimia limitações aos poderes de controle do empregador no que diz respeito ao uso de guardas privadas, à instalação de equipamentos audiovisuais, à proibição de indagações sobre opiniões, à liberdade de pensamento e ao direito ao estudo, como uma forma de tutelar a personalidade moral do trabalhador.

Esta tutela, como já afirmamos alhures, acabou por transfigurar o **status social**, tanto do trabalhador como do patrão, pois aquele deixou de ser um ente inteiramente subordinado à vontade absoluta do empresário, para assumir um papel revestido de maior dignidade humana, enquanto este teve diminuído o seu poder de mando, em face das limitações criadas pela lei em relação ao seu desempenho.

Erigindo como princípio básico integrante da ordem jurídica e econômica a participação do empregado nas condições econômicas e nas condições de trabalho, a Alemanha Ocidental, de até há pouco, transformou as relações de subordinação existentes no ambiente de trabalho, em relações de coordenação.

Isto foi obtido, principalmente, através da co-gestão, que importa não apenas na participação do trabalhador na condição e na organização do estabelecimento, como na superação da unilateralidade dos poderes de decisão e de direção do empregador. Ou seja, utilizando-nos da explicitação de **Ruthers**, "os empregados têm juntamente com os proprietários, como membros participantes da empresa e do estabelecimento, efetiva participação nos processos decisórios". Prevista nas Constituições brasileiras de 1969 e 1988, a co-gestão ainda não foi implementada em nosso País, pela legislação ordinária.

Tanto a terapêutica laboral italiana, como a co-gestão alemã foram obtidas através da lei, ou seja, através da tutela estatal. Esta intervenção estatal, no entanto, não obstou o surto de desenvolvimento por que passaram e ainda passam essas duas nações, em que pesem as transformações políticas por que passou a Alemanha ultimamente, com a sua unificação.

É preciso não ter medo da intervenção estatal nas relações de trabalho. O importante é ter um sistema econômico equilibrado. Se é preciso fomentar a livre empresa, isto não importa em que o Estado não intervenha sempre que necessário e conveniente ao país, ou seja, sempre que o interesse social o exija. .

A liberdade nas relações de trabalho não pode ser empregada na mesma dose em todos os países, pois a sua fisionomia muda de um para o outro. O que é preciso, como advertiu certa vez **Rafael Caldera**, é "prevenir o erro de acreditar que haja algo como um sistema puro ou um modelo obrigatório".

É possível, que, em certos países, o **princípio da liberdade** deva prevalecer sobre o da **igualdade**, mas nos países em que o nível de vida satisfatório ainda não se generalizou, porque é privilégio de, apenas, um grupo limitado, há que incentivá-lo e de sobrepô-lo, por vezes, à proposta liberal.

8. EPÍLOGO

Meus caros colegas: A vossa generosidade não tem preço. Quis resgatar, no entanto, pelo menos em parte, o meu débito para convosco, expondo estas reflexões de um homem que pretende ter adquirido alguma maturidade no prolongado exercício da sua judicatura.

Falei de coração aberto, para companheiros que, sendo mais jovens do que eu, possuem maior capacidade de doação, maior disposição para a defesa das idéias que possam preservar o cerne do **Direito do Trabalho**, por vezes ameaçado por proposições não muito recomendáveis.

Os interesses econômicos não devem impor o esquecimento dos princípios morais e jurídicos. O trabalhador é uma pessoa humana e deve ser respeitado e protegido enquanto não dispuser de um padrão de vida condizente com essa sua dignidade.

Por isto, sirvo-me, novamente, das palavras desse quase octogenário admirável que é o professor **Rafael Caldera**, para dizer e sobretudo lembrar "a subordinação dos interesses econômicos aos princípios morais e jurídicos. O homem, a pessoa humana, é valor maior, o fundamento, e o fim de toda a atividade econômica e social".

A revisão do texto constitucional deve subordinar-se a esses postulados. Se for indispensável, que se continue flexibilizando o **Direito do Trabalho** no texto da Lei Maior, mas que se preserve, sempre, a dignidade da pessoa humana do trabalhador.