

Márcio Flávio Salem Vidigal*

1. Introdução

O constitucionalismo clássico, fruto do ideário liberal consagrado nas declarações de direito do século XVIII, deu lugar, nos inícios do século XX - particularmente no curso da primeira grande guerra e nos anos que a esta sucederam - ao denominado constitucionalismo social, como resultado das condições sócio-econômicas vigentes na estrutura da sociedade ocidental da época. A rigor, é correto afirmar que o constitucionalismo social pode ser visto sob um sentido amplo e um sentido estrito, abrangendo o primeiro a concepção de normas de direitos sociais como um todo e o segundo as regras destinadas à proteção dos trabalhadores.

O constitucionalismo social pode ser considerado como reflexo do crescimento dos conflitos sociais e da chamada "questão social", gerada no seio das reivindicações das massas trabalhadoras alimentadas pela ideologia socialista e acolhidas, em parte, pela doutrina da justiça social da Igreja Católica dentro do contexto de desenvolvimento do capitalismo industrial e financeiro já velho desde a revolução industrial. O intervencionismo estatal no campo da proteção dos direitos sociais é a marca identificadora do nascente Estado social.

Dentro desta perspectiva, a Constituição Mexicana de 1917 foi, sem dúvida, a primeira a adotar uma posição de cunho socializante no terreno da ordem econômica e social, seguida da Constituição da República de Weimar de 1919 que, embora seja posterior àquela, é considerada como ponto marcante inicial do Constitucionalismo Social.

No Brasil, as Constituições de 1824 e 1891 são marcadamente liberais, fruto do ideário político da época e sem aparentes preocupações com o aspecto social. Nada obstante, podem ser identificados em seus textos alguns dispositivos voltados para a questão do trabalho, como são, por exemplo, o art. 179, números 24 e 25, na primeira, e art. 72, parágrafo 24 na segunda.

O art. 179 da Carta de 1824 dispunha:

"Art. 179 - A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

(...)

"24) Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos.

"25) Ficam abolidas as corporações de ofícios, seus juizes, escrivães e mestres."

O art. 72 da Constituição de 1891 estabelecia:

"Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

"§ 24) É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial."

A Constituição de 1934 representa significativo avanço na área da regulamentação social, marcando o início da inserção de direitos sociais em sede constitucional e representando, junto com a Carta de 1937, as chamadas Constituições sociais brasileiras (1), com previsões expressas de garantia do reconhecimento de associações profissionais, na forma da lei, e da proteção social do trabalhador desdobrada na fixação específica de direitos na seara do Direito do Trabalho (artigos 120, 121 e parágrafos).

A Carta Constitucional de 1937, assim denominada para demonstrar a sua natureza de Constituição imposta, manteve, em linhas gerais, no art. 137, as disposições de proteção ao trabalhador, acrescentando, entretanto, umas tantas outras, embora, ao mesmo tempo, como é sabido, tenha estipulado de modo marcante o intervencionismo do Estado no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho.

A Constituição Federal de 1946 adotou postura liberal e democrática sem descurar do alargamento dos direitos sociais e é apontada pela doutrina como de posição conciliadora do Estado liberal com o Estado social (2). Neste passo, e apenas a título de ilustração, cabe notar, no âmbito dos direitos sociais, a inserção do direito de greve, sobre o qual eram omissas as Constituições de 1824, 1891 e 1939, sendo expressamente vedado pela Carta de 1937, que tinha este tipo de paralisação, assim como o **lock-out**, em conta de recurso anti-social e nocivo ao trabalho e ao capital e incompatível com os superiores interesses da produção nacional (art. 139, segunda parte).

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, também tratam da proteção dos direitos sociais do trabalhador, mantendo-os no Título "Da ordem econômica e social" (artigos 158 e 165, respectivamente).

A Constituição Federal de 1988 trouxe significativas modificações na área de atuação do Direito do Trabalho e sobretudo do Direito Coletivo do Trabalho, dando ensejo, entre outras, a acesas discussões relativas ao papel atribuído aos sindicatos e à autonomia privada coletiva como instrumento capaz de produção de normas disciplinadoras do trabalho.

É neste ponto que se coloca a análise a ser feita a propósito da chamada flexibilização do Direito do Trabalho no campo específico das convenções e dos acordos coletivos de trabalho enquanto fontes deste direito.

2. Doutrina econômica, pluralismo jurídico e flexibilização

O exame do tema pertinente à flexibilização do Direito do Trabalho pelo meio específico das convenções e acordos coletivos de trabalho deve ter em vista, em primeiro lugar, as vertentes econômicas e políticas vigentes no mundo moderno e contemporâneo, que dão a nota condutora do comportamento da ordem jurídica laboral.

Enquanto no campo do Direito Constitucional de alguns países, especificamente no brasileiro, a trajetória indicava o caminho da regulamentação dos direitos sociais e da proteção ao trabalhador - embora, no caso do Brasil, por circunstâncias históricas, com restrições inconciliáveis com os princípios básicos do Direito do Trabalho -, as mudanças no universo político mundial apontavam para uma economia globalizante fincada nos fundamentos do neoliberalismo econômico centrado na lei de mercado e no pressuposto de igualdade entre as partes opositoras.

É nesse contexto do neoliberalismo surgido a partir da década de 80 que nasce a Constituição de 1988.

No âmbito internacional, há algum tempo já se faziam sentir, segundo se colhe de lição de **Celso D. de Albuquerque Mello**, os inconvenientes da instalação do liberalismo nas relações internacionais. Para ele, o "DIP, diante das desigualdades existentes, deveria ter criado um sistema de proteção para os estados mais fracos, mas o que se instalou nas relações internacionais foi o liberalismo que, a semelhança do que ocorre no direito interno, foi extremamente desfavorável aos estados mais fracos" (3).

Mesmo nos Estados Unidos da América os efeitos causados pela flexibilização parece não terem sido bem acolhidos.

Em prólogo à edição espanhola de interessante obra de um autor americano, **William B. Gould IV**, cujo título original é **A Primer on American Labor Law**, anotou **Antonio Ojeda Avilés** que os que pensavam que "a lição histórica do país mais moderno da Terra ia ser o canto do cisne do Direito do Trabalho, uma espécie de revanche do Direito Civil contra a parcialidade daquele, impondo de novo a mais absoluta igualdade formal entre as partes, vão ficar paralisados pelos efeitos; ao retirar o diafragma laboral, o paciente piora, e a lição histórica está sendo justamente a de que um ordenamento destilado durante decênios, na Europa ou na América, pela obra conjunta dos três atores sociais, obedece a razões de prudência que desaconselham uma substituição como a postulada na flexibilidade dura" (4).

Em nível de incidência paralela à adoção do neoliberalismo econômico, e em consequência da debilidade do Estado como produtor exclusivo da norma jurídica, avança o pluralismo jurídico em posição antagonista ao monismo, este já em crise decorrente da incapacidade do aparelho estatal de fornecer soluções para os problemas da sociedade. As bases e fundamentos da crítica feita pela postura pluralista parecem emergir da concepção jusnaturalista inerente ao liberalismo dos fins do século passado e inícios deste como ataque ao positivismo próprio do sistema codificado. A ineficiência da ordem legal hermética oriunda de fonte exclusiva de produção jurídica - o Estado - para a solução daqueles problemas atuaria, assim, como causa das mazelas sociais, apontando para a abertura da criação jurídica com a menor intervenção possível do ente estatal e a introdução de novos atores naquele processo de criação.

Todavia, antes do modelo neoliberal e da atual apologia do pluralismo jurídico, já o Direito do Trabalho, adiantando-se, adotava os instrumentos coletivos como fonte de produção normativa, mesmo sob a vigência de regimes autoritários. A referência histórica que se tem destes instrumentos no campo específico do Direito Novo, contudo, é a de que a sua utilização só pode dar-se em benefício do trabalhador e para aquisição de conquistas na área do trabalho, uma vez que é esta a própria característica histórica deste ramo do Direito, de tal modo que não se poderá pensar, pelo menos em princípio, em normas criadas pela vontade coletiva privada que tenham por objeto a supressão de direitos ou a instauração de retrocessos.

Militam contra esta pretensão os princípios informadores do Direito do Trabalho, que, ao contrário do que anunciam alguns juristas de nomeada, **data venia**, ainda não soçobraram em meio à perplexidade imperante em face das novas situações de emprego e de trabalho que a cada dia desafiam os intérpretes e aplicadores das normas juslaboristas. Nos chamados países de capitalismo periférico, excluídos da repartição da riqueza, grande parte dos sindicatos de trabalhadores não detém força necessária para o enfrentamento da negociação coletiva em igualdade de condições com a representação patronal. A retirada total de limites mínimos assegurados pela Constituição ou por lei, neste caso, de modo a deixar livre o embate na negociação coletiva pode significar o caos da ordem social e o mais profundo desprezo pelos direitos fundamentais do homem.

3. As convenções e os acordos coletivos na Constituição Federal de 1988: flexibilização e limites

As convenções e acordos coletivos do trabalho no ordenamento jurídico brasileiro devem atender aos princípios constitucionais de sustentação ao primado do trabalho e à melhoria das condições sociais do trabalhador e, por isso, qualquer disposição normativa criada em sede de produção legislativa privada (acordos ou convenções) não poderá afastar-se deste princípio do Estado Constitucional de Direito, não podendo colocar-se em antagonismo aos referidos princípios.

O reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho inserido no art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal não permite, absolutamente, a adoção **indiscriminada** de cláusulas normativas contrárias às garantias mínimas do trabalhador, estejam estas localizadas na própria Lei Maior ou sediadas na esfera infraconstitucional. O preceito constitucional aludido tem como condicionante o princípio de que o reconhecimento daqueles documentos coletivos não apenas **é um direito do trabalhador**, mas tem por fim **a melhoria de sua**

condição social, como é do texto do dispositivo em causa. Nem poderia ser de forma diferente, pois não se consegue conceber, dentro de uma Constituição que proclama o primado dos valores sociais do trabalho (art. 10., IV), a supremacia de regras de cunho convencional, geradas na órbita da negociação coletiva nem sempre igualitária, sobre normas legais mais benéficas com conteúdo mínimo de garantia.

A evolução dos textos constitucionais brasileiros a partir de 1934 demonstra que o documento coletivo sempre mereceu lugar reconhecido na órbita constitucional, a princípio apenas na figura da convenção e, posteriormente, também com o acordo coletivo.

Com efeito, já a Constituição Federal de 1934 determinava o reconhecimento das convenções coletivas de trabalho, com o mesmo critério de melhoria das condições do trabalhador, dispondo na alínea **j** do parágrafo primeiro do art. 121:

"A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

.....
j) reconhecimento das convenções coletivas do trabalho".

A Carta de 1937, por sua vez, no capítulo da ordem econômica, tratou dos instrumentos normativos sob o nome de "contratos coletivos de trabalho", dispondo em seu art. 137, alínea **a**, que a legislação do trabalho observaria, além de outros preceitos, aquele segundo o qual os mencionados contratos "concluídos pelas associações, legalmente reconhecidas, de empregadores, trabalhadores, artistas e especialistas, serão aplicados a todos os empregados, trabalhadores, artistas e especialistas que elas representam".

A Constituição Federal de 1946, em seu Título V, Da Ordem Econômica e Social, estabeleceu no art. 157, inciso XIII:

"Art. 157- A legislação do trabalho e da previdência social obedecerão aos seguintes preceitos, além de outros que visem à melhoria da condição dos trabalhadores:

.....
XIII - reconhecimento das convenções coletivas do trabalho".

No mesmo sentido, embora com referência expressa ao fato de que a garantia era assegurada pelo próprio Texto Constitucional, é a Carta Magna de 1967 (art. 158, XIV), neste passo seguida pela Emenda Constitucional nº 1/69 (art. 165, XIV).

Foi o quadro constitucional vigente a partir de 1946, narra **Arnaldo Süssekind**, que permitiu a instituição da figura do acordo coletivo de trabalho "como espécie da convenção restrita a uma ou mais empresas", iniciativa que a ele mesmo coube no exercício do cargo de Ministro do Trabalho e Previdência Social (5). E esta instituição relativa ao acordo coletivo, como se pode verificar, constituiu a única nota de acréscimo no que tange ao reconhecimento dos instrumentos normativos gerados pela vontade particular.

Observa-se, portanto, que o reconhecimento das convenções e acordos coletivos não constitui novidade capaz de, só ela, autorizar o uso ilimitado dos instrumentos de modo a impor, por meio deles, restrições a princípios do Direito do Trabalho e a direitos previstos no ordenamento jurídico.

O Texto Constitucional de 1988 permite aos instrumentos coletivos a "flexibilização" de algumas regras de direito do trabalho impostas pela própria Constituição, estabelecendo ressalvas quanto à aplicação destas mesmas regras, como está disposto nos incisos VI, XIII e XIV do art. 7º

Este tratamento, contudo, não pode ser estendido, como assinalado, de forma aleatória a todas as situações. É preciso não esquecer que o art. 7º está situado no Capítulo "Dos Direitos Sociais", que por sua vez está inserido no Título II, que trata "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", o que significa que as normas contidas naquele capítulo dirigem-se à proteção do trabalhador.

A regra, portanto, não parece ser a flexibilização. Na verdade, ela é a exceção e deve ser utilizada somente quando autorizada pelo texto, o que ocorre por meio das expressões "salvo" e "facultada" nas hipóteses específicas dos incisos citados. Fora daí não será possível qualquer abrandamento, devendo o intérprete e o aplicador do direito seguir a forma enclausurada posta na Constituição Federal.

4. Situações concretas e jurisprudência

A jurisprudência tem oscilado quanto à interpretação do art. 7º, incisos VI, XIII e XIV, da Constituição Federal, observando, na análise de cada um destes incisos, a situação concreta apresentada. Todavia, deve-se ter presente desde logo que, em se tratando de exceções, sua aplicação deve cercar-se da necessária cautela.

Há hipóteses que não cabem, de forma alguma, **data venia** de entendimento contrário, em previsão de convenções ou acordos coletivos, tais como as pertinentes à hora noturna de sessenta minutos, base de cálculo do adicional de insalubridade inferior ao salário mínimo e outras assemelhadas. Cláusulas desta natureza atentam contra as disposições legais mínimas de proteção ao trabalho e não estão autorizadas pela Constituição Federal.

A previsão de redução salarial por meio de convenção ou acordo coletivo, prevista no inciso VI, tem - ou parece ter - um só suposto, qual seja, a estabilidade econômico-financeira do empregador com o propósito de preservação do emprego. Nesta linha de raciocínio, a situação de incidência da exceção há de estar sempre acompanhada de mecanismos de defesa do empregado no próprio instrumento que autorize a redução, tais como

garantia de emprego no período daquela redução, verificação periódica da saúde financeira do empregador para constatação da permanência da situação, e outros. A inexistência de tais previsões e a ausência de requisitos que autorizem a implantação ou a permanência da redução salarial são fatores que descaracterizam a previsão, tornando-a inválida.

Os casos de maior incidência de interpretação do ajuste a respeito da compensação de horários e redução da jornada (inciso XIII) têm sido aqueles pertinentes à validade, ou não, do acordo individual. O ponto de dúvida está em saber se o **acordo** a que se refere o dispositivo constitucional é só o coletivo ou se também o individual é válido. Parece correto afirmar que o acordo aludido no texto constitucional é mesmo o coletivo. Militam em favor desta conclusão a leitura sistemática do dispositivo e ainda o fato de ter sido a previsão alçada do plano infraconstitucional (art. 59 da CLT) ao nível constitucional. Acresce que o referido art. 59 consolidado referia-se expressamente a acordo escrito entre empregador e empregado, e por isso não deixava dúvida quanto à possibilidade do ajuste individual. A Constituição, porém, não faz a mesma referência às partes do contrato de trabalho, o que reforça a conclusão de que o acordo, a exemplo das demais ressalvas contidas no preceito, há de ser necessariamente coletivo.

No que respeita à adoção de jornada superior a seis horas em hipótese de turno ininterrupto de revezamento, a indagação maior parece prender-se à natureza extraordinária das horas que excedam àquela jornada. Há entendimento no sentido de que, uma vez adotada a jornada superior em convenção ou acordo coletivo, não há falar em horas extras, por isso que a previsão constitucional autoriza a majoração sem considerá-la como sobrejornada. Conquanto já tenhamos adotado esta linha de entendimento, optamos hoje, em face do caráter restrito que se deve dar à interpretação das exceções e mesmo das situações menos vantajosas ao empregado, por considerar como extraordinárias as horas que excedam de trinta e seis semanais ou cento e oitenta mensais.

Em apoio desta posição, transcrevemos abaixo decisão do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, da lavra do eminente Ministro **Euclides Alcides Rocha**, que reflete o correto entendimento a respeito:

"A redução da jornada diária para seis (6) horas prevista no inciso XIV do art. 7º da CF teve em mira reduzir os malefícios psíquicos e fáticos ocasionados ao trabalhador submetido a turnos ininterruptos de revezamento, resultantes da mutação ou alteração constante do chamado "relógio biológico". A previsão pertinente à negociação coletiva, constante do aludido texto, deve ser entendida como autorizadora de eventual sistema de compensação, com acréscimo da jornada (até oito horas) em alguns dias, para redução ou supressão do trabalho noutros. Fere o raciocínio lógico e subverte o próprio fim teleológico da norma admitir-se possa a empresa e o sindicato derrogar o preceito e restabelecer jornada normal de oito (8) horas diárias ou quarenta e quatro (44) semanais, embora mantidos os turnos de revezamento" (TST, RR 153.771/94.8, Rel. Min. Euclides Alcides Rocha, Ac. 1a. T. 3.058/95, **in** Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho: 1996, 1o. semestre - São Paulo, Saraiva, 1996, p. 323, ementa 2067).

O Egrégio Tribunal da 15a. Região, na mesma linha de orientação, já decidiu:

"DILAÇÃO DA JORNADA REDUZIDA DO INCISO XIV, ART. 7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ADMISSIBILIDADE - SENTIDO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA ALI PRECONIZADA

A ressalva de ser possível a dilatação da jornada reduzida, mediante negociação coletiva, não desobriga a empresa acordante de remunerá-la como extra. Salvo se a negociação visar a implantação do regime de compensação, previsto no parágrafo 2º, do art. 57, da CLT, com a condição ali explicitada de a jornada não ultrapassar o limite de 36 horas semanais" (TRT 15a. Reg., RO 15.156/91-0, Ac. 1a. T., 03902/93, de 30.03.93, Rel. Juiz Antônio José de Barros Levenhagen, **in** Revista LTr no. 59, janeiro de 1995, p. 98).

A juridicidade das posições adotadas encontra suporte sólido na Constituição Federal, nos princípios do Direito do Trabalho e nas disposições legais mínimas de proteção ao trabalho.

NOTAS

* Juiz Presidente da 9ª JCJ de Belo Horizonte/MG.

(1) - VAZ DA SILVA, Floriano Corrêa. Direito Constitucional do Trabalho, São Paulo, LTr, 1977, pp. 79/92.

(2) - BONAVIDES PAULO, Paes de Andrade. História Constitucional do Brasil, 3a. ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1991, p. 414.

(3) - MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito Internacional da Integração, Rio de Janeiro, Renovar, 1996, p. 25.

(4) - ANTONIO OJEDA AVILÉS. Prólogo a Nociones de Derecho Norteamericano del Trabajo, de William B. Gould IV.

(5) - SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.*, Comentários à Constituição, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1990, p. 446.