

A CONSTITUIÇÃO E AS ESTABILIDADES NO DIREITO DO TRABALHO

IV CICLO DE ESTUDOS DE DIREITO ECONÔMICO - 07.11.97

João de Lima Teixeira Filho^(*)

"Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego", é o princípio que irradia do art. XXIII da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas de 10.12.48, sendo o Brasil um de seus signatários.

Esse instrumento internacional, não revestido da forma de tratado, já que propagador de valores conspícuos da humanidade - daí rotular-se "Declaração" -, inspira variados comandos no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado pelo mesmo *forum* mundial em 19.12.66 e ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 591, de 06.07.92, integrando-se ao direito positivo nacional

O art. 6º desse Pacto proclama: "Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar esse direito".

O **direito ao trabalho** é, pois, um princípio jurídico que a consciência universal elaborou após extensa maturação e que encerra duas dimensões: a primeira é a das **políticas públicas**, à cura do Estado, de fomento e de promoção ao emprego, bem assim de sua qualidade; a segunda é a dimensão da **segurança no emprego**, passando pelo aprimoramento na formação profissional do trabalhador, como condição de ascensão salarial e social, até as variadas formas de garantia no emprego para a generalidade dos laboristas.

No que toca às políticas públicas, o art 170 da Constituição

^(*) Advogado especializado em Direito do Trabalho, autor de vários livros jurídicos, membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho, Professor em Cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*. Ex-Secretário Nacional do Trabalho no MTPS, tendo sido Presidente da Comissão de Modernização da Legislação do Trabalho e Coordenador Nacional do Subgrupo nº 11 do MERCOSUL (Relações trabalhistas, emprego e Previdência Social).

enuncia a "busca do pleno emprego" como um dos princípios orientadores da ordem econômica, a qual não é, por isso, um fim em si mesma, mas um instrumental a serviço da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, princípios fundantes da República (art. 1º, IV, da CF), a fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Ocorre que a rotatividade da mão-de-obra que grassa nos dias presentes é a negativa desses postulados, contidos no art. 170 da CF. Em consequência, é de se esperar que o Estado exercite políticas corretivas desse quadro, valendo-se do vasto ferramental de que dispõe, inclusive em sede constitucional. É o caso de acionar, por exemplo, a válvula de segurança inserta no art. 239, § 4º, da Constituição e propor, como responsável pelas políticas públicas de emprego, projeto de lei fixando, na dicção da Lei Maior,

"... uma contribuição adicional da empresa cujo índice de rotatividade da força de trabalho superar o índice médio da rotatividade do setor".

A reposição crônica de trabalhadores, com o fito exclusivo de derrubada progressiva dos avanços trabalhistas alcançados, é um mal que conspira contra o **direito ao trabalho**. Esse apenamento pecuniário é, sem dúvida, uma política corretiva a ser sopesada pelo Estado, no conjunto das medidas que urge implementar.

Outra providência tendente a minorar o grave quadro de desocupação reside no § 1º do próprio art. 239 da Carta, que destina 40% da expressiva arrecadação do PIS/PASEP

"... para financiar programas de desenvolvimento econômico, através do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social".

É certo que os investimentos produtivos são essenciais para a geração de emprego. Mas não menos exato é que os recursos do PIS/PASEP estão comprometidos com o programa do seguro-desemprego. E este programa é compreensivo de ações promotoras - incremento de ocupações - e compensatórias de emprego - pagamento do seguro-desemprego - estas a cargo do Ministério do Trabalho; aquelas, do BNDES, do MTb e dos Ministérios da área econômica. Nessa consideração, nada

obsta, antes recomenda, que o Estado oriente seu banco de fomento industrial - o BNDES - no sentido de financiar, com total prioridade, empreendimentos econômicos comprovadamente geradores de novos postos de trabalho. Em razão da crise instalada, já não basta o interessado no levantamento de fundos provar os pressupostos de viabilidade econômico-financeira do negócio ou da expansão industrial para obter recursos do BNDES. Há que se dele exigir a efetiva demonstração e posterior aferição do número de ocupações abertas com o empréstimo pretendido. E mais. Deve ser dispensada total preferência para os setores que absorvem mão-de-obra intensiva, como condição viabilizadora do financiamento, sem que isso signifique negativa de recursos de outras fontes para setores que lidam com tecnologia de ponta.

Tais possibilidades, constitucionalmente visíveis, se adotadas, poderiam pelo menos desacelerar o ciclo vicioso que se abate sobre o mercado de trabalho, paulatina e progressivamente mais reduzido. Melhor seria a alocação de tempo e energias no combate a este fator desestruturante do direito ao trabalho do que buscar explicações para uma pretensa "**Lei do Inelutável**", que adensa fortemente o impressionante exército de desempregados.

Mesmo com a adoção dessas e de outras providências efetivas, ainda assim cumpre não olvidar que as **políticas públicas de emprego**, tanto as promotoras como as compensatórias, são indissociáveis das medidas de **segurança no posto de trabalho**. Pouco adianta incrementar empregos efêmeros, do mesmo modo que duvidosa a valia de garantir ocupações cada vez mais escassas e residuais. Supor essa possibilidade corresponde a seccionar as faces de uma moeda e pretender que, isoladas, elas tenham algum valor.

Por isso, além de exercitar mencionadas políticas públicas, incumbe ao Estado velar pela segurança no emprego, quando mais não seja para que a "busca do pleno emprego", grafada no art. 170, VIII, da Constituição, não produza eficácia invertida.

Segurança no emprego não implica propriedade do posto de trabalho. Não a preconizamos nem a Carta Magna abre ensanचा para sua reintrodução. A vivência experimentada pelo Brasil com a estabilidade absoluta, decenal, foi intensa o suficiente para avaliar que uma tal proteção, na verdade, desprotegeu a quem deveria salvaguardar. Demissões cada

vez mais precoces em relação ao termo aquisitivo do direito à estabilidade vulneram a tutela. E baldado foi o criativo esforço jurisprudencial ao regredir o batente configurador da despedida obstativa à estabilidade. Quanto mais retrocedesse, menos duradoura seria a vigência do contrato de trabalho.

O movimento pendular adveio com a introdução do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e, em especial, o direito potestativo, nele embutido, de o empregador livremente rescindir o contrato de trabalho mediante a paga de módico ressarcimento: a multa rescisória, então de 10%, sobre os depósitos vertidos ao Fundo. Da proteção ao emprego teoricamente perfeita, involuiu-se para uma precarização do trabalho sem precedentes. Da estabilidade para a instabilidade, numa abrupta guinada de 180º.

A Constituição de 88 buscou uma saída possível para a segurança no emprego ao encartar no art. 7º o inciso I, que se aprochega da máxima aristotélica do *in medio virtus*. A segurança constitucionalmente perseguida nesse modelo tangencia o sistema da nulidade da despedida arbitrária, oriunda do Direito Alemão e sinalizada mundialmente pela Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho.

Ao encabeçar o rol dos direitos sociais com a

"relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos"

o art. 7º da Constituição desvelou o intento de refrear a instabilidade no emprego para a generalidade dos trabalhadores, nada obstante o erodido do rigor técnico do enunciado. Mas, por lástima, esse propósito, de tão próxima concreção, se esvaneceu com a denúncia da recém-ratificada Convenção nº 158 da OIT, olvidando das diretrizes constitucionais que pautam a ação do Estado e aludidas ao início.

A conjugação do art. 7º, inciso I da Carta com a Convenção nº 158 da OIT não produziria nem a rigidez da estabilidade absoluta, geradora da propriedade do emprego, nem a vaporização de qualquer garantia ao trabalho, representada pela potestade do empregador imanente ao regime vigente. Demais disso, conforme vem de decidir a Suprema Corte, a

Convenção nº 158 contém normas programáticas, abertas à legislação interna (ADIn 1.480-3-DF).

À luz desse arcabouço, a proteção do empregado contra a despedida arbitrária ou sem justa causa aglomera ingredientes de maleabilidade que permitem à empresa gerar ocupação e asseguram ao empregado relativa segurança em seu labor. Se é certo que a indenização compensatória, de um lado, incompatibiliza a possibilidade de reintegração no emprego, como está assente na doutrina, de outro, há de atuar como inibidor de natureza econômica à desenfreada rotatividade da mão-de-obra a que a sociedade, perplexa, assiste. A atual multa de 40% sobre os depósitos carreados ao FGTS perdeu significação para refrear despedimentos. Prova disso são os chamados "planos de incentivo ao desligamento", cada vez mais praticados por empresas, com pagamento de indenização adicional e vantagens pós-contratuais aos empregados demitidos.

A denúncia da Convenção nº 158 da OIT e a carência ou, pelo menos, escassa eficácia das políticas públicas de emprego dão a medida da importância dispensada ao **direito ao trabalho**, unido como idéia-força e como preceito em diplomas internacionais da maior estatura no cenário mundial. Perdeu-se esplêndida oportunidade de conciliar a ação do Estado com a diretriz constitucional anteriormente referida para a "Ordem Econômica" e, ao mesmo tempo, de dotar a relação capital-trabalho de um diploma arejado e amortecedor da crise sem precedentes que se abate sobre o nível de emprego no Brasil.

Sem a mesma abrangência geral da proteção do art. 7º, I, a Lei Magna explicita outras medidas protetivas do emprego, com o timbre da provisoriedade e por justificadas razões sociais ou de representação coletiva, não por estímulo ao crescimento do mercado de trabalho. Tal é o caso da

"Licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias" (art. 7º, XVIII).

A proteção à maternidade inspira a garantia preconizada na Convenção nº 103 da OIT (art. 6º), ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 58.821, de 14.07.66, e preexistente nos arts. 391 a 393 da CLT. Ainda sobre essa proteção especial, a Constituição erigiu como direito passageiro

a vedação da dispensa arbitrária ou sem justa causa “da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto” (ADCT, art. 10, II, “b”). Não incursionaremos no campo jurisprudencial, dada a minuciosa e completa abordagem feita pelo eminente Ministro Luciano Castilho.

Outra modalidade de garantia do emprego, inscrita no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias até que sobrevenha a lei complementar aludida no multicitado art. 7º, I, da CF, diz respeito a vedação da dispensa arbitrária ou sem justa causa “do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato.” (art. 10, II, “a”), Esse direito passageiro captou, por inteiro, o princípio da nulidade da despedida arbitrária do Direito Alemão, como tal explicitado no art. 165 da CLT.

Mais uma estabilidade provisória alçada ao patamar constitucional concerne ao dirigente sindical. Trata-se de direito coletivo, em prol da categoria profissional, erigido em norma de suporte e de apoio ao desenvolvimento da atividade sindical. Precedentemente acolhida pela CLT (art. 543) e internalizada no direito pátrio pelo Decreto nº 33.196, de 29.06.53, que ratificou a Convenção nº 98 da OIT, o art. 8º, VIII, da CF não significou inovação de monta.

Do escorço feito, constata-se *primus ictu oculi* que as estabilidades relativas, com inscrição constitucional, preexistiam na legislação ordinária, respaldada pela ratificação de instrumentos internacionais colimando o mesmo fim.

Além das mencionadas, outra modalidade de garantia a termo remanesceu disciplinada apenas no ordenamento infraconstitucional. É o caso do diretor de sociedade cooperativa constituída por empregados, *ex vi* do art. 55, da Lei nº 5.764/71, ao qual foi estendida a mesma imunidade contra o direito potestativo do empregador romper o vínculo de emprego.

Cumprido exuberar esse fato em razão do questionamento que se faz sobre a constitucionalidade de estabilidades provisórias erigidas por legislação ordinária após o advento da Carta de 88.

Referimo-nos às estabilidades do empregado vitimado em

acidente do trabalho (art. 118 da Lei nº 8.213/91), do representante dos trabalhadores no Conselho Nacional da Previdência Social (art. 3º, § 7º, da Lei nº 8.213/91), do representante dos trabalhadores no Conselho Curador do FGTS (art. 3º da Lei nº 8.036/90) e do representante dos empregados na empresa a que se refere o art. 11 da Constituição (Decreto nº 131, de 22.05.91, que ratificou a Convenção nº 135 da OIT).

E impende realçar tal circunstância por dupla razão:

1ª - se procede o argumento de ataque às estabilidades provisórias pósteras à Constituição vigente, na verdade todas as estabilidades com assento infraconstitucional podem ter sua eficácia questionada: as preexistentes, se foram recepcionadas ou revogadas pela Carta de 88? As posteriores, se albergam ou não o germe da inconstitucionalidade?

2ª - se as Constituições anteriores asseguravam aos trabalhadores um elenco de direitos, sem enunciá-los como *numerus clausus*, mas com a ressalva "além de outros que, nos termos da lei visem a melhoria de sua condição social" (art. 157 da CF de 46, art. 158 da CF de 67, art. 165 da Emenda de 69), *quid juris* para declarar inconstitucional estabilidades posteriores à Carta de 88 e não declarar as anteriores em relação à Lei Maior vigente à época em que foram consagradas na lei?

A nosso ver, há que se equacionar juridicamente a controvérsia reinante sobre as estabilidades com a compreensão de sua devida amplitude. A razão justificadora da constitucionalidade ou não de determinada garantia relativa de emprego, brotada de lei ordinária, está presente em outras estabilidades pelas mesmíssimas razões, em face das Constituições sob cuja guarda foram erigidas. Descabe usar dois pesos e duas medidas na análise de uma só *questio juris*, embora sob a regência de Constituições distintas, mas com dispositivos de fundo essencialmente iguais.

Respeitáveis opiniões, como a de Octávio Bueno Magano, sustentam que a estabilidade do empregado acidentado no trabalho extrapassa do berço constitucional das estabilidades, seja porque não pode haver outras modalidades dessa garantia além das arroladas no cimo da pirâmide normativa, seja porque, se possíveis, só a lei complementar pode instituí-las.

A estabilidade do acidentado em serviço pende de apreciação do eg. Supremo Tribunal Federal, em ADIn (nº 639-DF) proposta pela Confederação Nacional da Indústria. A liminar foi denegada pelo Plenário (*in* RTJ, vol. 141, págs. 409/413) e aguarda-se o pronunciamento daquela Corte quanto à matéria de fundo, que produzirá inevitáveis reflexos sobre as outras formas de estabilidade, antes referidas.

Em oposição ao entendimento liderado por Magano, outra corrente doutrinária, à qual nos vinculamos, sustenta que a gênese da intervenção estatal no campo do Direito do Trabalho sempre foi a de patamares mínimos e não teto de garantias. A relação de direitos sociais que se segue ao art. 7º *caput* não é exaustiva, nem pretende sê-lo. O comando normativo é aberto à agregação de novas concessões aos trabalhadores, quando alude a "além de outros" direitos, seguindo uma tradição constitucional inaugurada pela Constituição de 1934, em seu art. 121, que já dispunha:

"A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, **além de outros** que colimem melhorar as condições do trabalhador:" (grifos aqui).

Esse anúncio exemplificativo dos direitos assegurados pela Constituição aos trabalhadores persistiu permeável a outras fontes de produção de direito, notadamente as estatais, na Carta Política de 1937 (art. 136), prosseguiu na de 1946 (art. 157), bem assim na de 1967 (art. 158), renumerado na Emenda Constitucional de 1969 (art. 165).

O *caput* do art. 7º da Carta vigente é uníssono. Não renega esse passado constitucional ao enunciar, hamonicamente:

"São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, **além de outros** que visem à melhoria de sua condição social:" (grifos aqui).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, comentando essa previsão da Lei Maior, pontifica: "É bem claro no texto constitucional que a enumeração dos direitos do trabalhador contida nos diferentes itens deste artigo é meramente exemplificativa. Realmente, o texto exclui totalmente a taxatividade. Nada obsta, portanto, que outros direitos lhe sejam concedidos, para conduzi-lo à melhoria de condição social" (*in* "Comentários

à Constituição Brasileira de 1988", vol. 1, ed. Saraiva, São Paulo, 1990, pág. 92).

Tal abertura a novas concessões amolda-se também ao traço característico do Direito do Trabalho, um "direito inconcluso" ou "direito em processo de formação constante", como é truísmo dizer-se.

A divergência de entendimentos, no entanto, é intensa, inclusive no terreno jurisprudencial.

Não é demais recordar que os avanços sociais podem brotar da autotutela, pelo exercício da autonomia de vontade individual ou coletiva, ou da heterotutela, pela via legislativa ou por exercício do poder normativo da Justiça do Trabalho.

Para arrematar, uma breve referência sobre o que se está passando no campo da negociação coletiva em termos de garantias do emprego. O exercício desse poder social é estimulado pela Constituição, que, como ressaltamos alhures, "não se limitou a recolher a validade do acordo e da convenção coletiva de trabalho. Foi a primeira a tratar da negociação coletiva nos seus múltiplos aspectos:

- a) como espécie do gênero 'solução pacífica das controvérsias' para o atingimento da 'harmonia social e comprometida, na ordem interna' (Preâmbulo);
- b) quanto aos seus atores (art. 8º, inciso IV);
- c) quanto aos instrumentos de composição autônoma (art. 7º, inciso XXVI);
- d) quanto às formas de composição heterônoma, quando malgrado o entendimento direto (art. 114, §§ 1º e 2º); e
- e) como meio próprio para a flexibilização de direitos (art. 7º, incisos VI, XIII e XIV)" (*in* "Relações Coletivas de Trabalho", obra coletiva, Ed. LTr, 1989, pág. 404).

A CNI dispõe talvez da única base de dados sobre o que, de fato, está sendo concebido e praticado pelo consenso dos atores sociais, na atualidade. O chamado "Sistema de Acompanhamento de Negociações

Coletivas” é um repositório de cláusulas constantes de acordos, convenções coletivas e sentenças normativas, inclusive as homologatórias de acordos. Em pesquisa nesse Sistema, envolvendo cerca de 50 instrumentos normativos editados no ano de 1997, constatamos a presença de cláusulas consagrando as seguintes estabilidades provisórias: a) do empregado acidentado no trabalho; b) da gestante; c) do pai em razão do nascimento de filho; d) do empregado a um ano da aposentadoria; e) do empregado que retorna das férias; f) do empregado curado de enfermidade; e g) do empregado em serviço militar obrigatório.

Dessas cláusulas, a mais versada é a do acidentado, presente em 34 dos cerca de 50 instrumentos normativos compilados no Sistema. Interessante notar como essa garantia é moldada pela negociação coletiva. Há previsão regulamentando a emissão do CAT (Comunicado de Acidente do Trabalho), estabelecendo a obrigatoriedade de a empresa fornecer socorro, permitindo o pedido de demissão, acordo rescisório e renúncia da garantia desde que a ruptura contratual seja homologada no sindicato e fixando a responsabilidade do empregador principal em relação aos acidentes ocorridos com empregados do subempregador. Mas também há cláusulas que asseguram essa estabilidade “enquanto vigorar” o art. 118 da Lei nº 8.213, ou ressalvam o direito de o empregador questionar a constitucionalidade deste dispositivo, ou a limitam apenas para os empregados que tiveram redução da capacidade laborativa e, por isso, necessitam readaptação, ou, ainda, estabelecem uma proporcionalidade do tempo de afastamento com a duração da garantia após o retorno ao trabalho. A negociação coletiva pode, pois, desempenhar relevante papel de adaptação da norma estatal ao micro-universo onde ela produzirá efeitos. O art. 7º, inciso XXVI, da CF potencializa esse poder social.

Permitidas essas formas de estipulação, o Estado não se exclui de protagonizá-las em razão do multicitado aposto constitucional: “além de outros” direitos.

Não se argua a necessidade de lei complementar para a conformação de estabilidades provisórias pelo Estado após a Carta de 88. Tal exigência é cabível apenas para o regime de proteção no emprego à generalidade dos trabalhadores, sem termo preestabelecido, conforme previsto no inciso I do art. 7º da Constituição. As tutelas especiais, voltadas a determinados segmentos para os quais a proteção a prazo é justificável, têm enquadramento no *caput* do citado artigo e não em seu inciso I. Assim,

não padece de vício a lei ordinária que preserve o emprego a termo, em decorrência de um substrato embasador da proteção transitória.

Em conclusão. O **direito ao trabalho** envolve a adoção pelo Estado de medidas protetivas tanto do nível de emprego, via políticas públicas, quanto de segurança no emprego, assegurando a integração da generalidade dos trabalhadores na empresa de modo a garantir-lhes a continuidade dos contratos de trabalho, com os temperamentos do art. 7º, I, da CF.

As estabilidades provisórias não se inserem nas lindes do **direito ao trabalho**. Não são medidas de preservação do emprego de ampla abrangência, mas normas-meio à consecução de um fim coletivo ou amparadas em motivação socialmente justificável. Lei ordinária que as institua não se desconviza do *caput* do art. 7º da Constituição, do mesmo modo que as estabilidades precedentes não se atritaram com as Cartas anteriores, nem se deixaram de ser recepcionadas pela Lei Fundamental vigente.

João de Lima Teixeira Filho

Publicado no Livro (anais) "IV Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho" (obra coletiva), 1998, ed. Escola Nacional da Magistratura e Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, págs. 77/84, seguido de debates, págs. 85/93.