

## Direitos Sociais

28 OUT 1987

## OCTAVIO BUENO MAGANO

O texto aprovado pela Comissão de Sistematização da Constituição, sobre direitos sociais, ressenete-se de muitas falhas, como passaremos a demonstrar.

A primeira delas diz respeito à própria denominação do capítulo II, do título I, do Projeto em discussão. A técnica adotada pelo sistematizador foi a de colocar, sob a epígrafe de direitos sociais, os segmentos do Direito do Trabalho, correspondentes ao direito individual e ao direito coletivo. A parte relativa à Previdência Social inseriu-se no capítulo sob a rubrica de seguridade social, ao lado da saúde e da assistência social, tudo sob o título mais abrangente da ordem social.

A distinção entre direitos sociais e ordem social causa perplexidade, porque a última expressão usa-se normalmente para compreender também os direitos trabalhistas individuais e coletivos. Essa pelo menos tem sido a tradição de nosso Direito, desde a Constituição de 1934. Talvez o sistematizador haja feito a distinção inspirado no Direito alemão. Realmente, na Alemanha, a locução direito social é de uso corrente, mas não para designar os direitos trabalhistas individuais e coletivos e sim os concernentes à segurança social. (Rosalind Brooke Ross e Hans F. Zacher, Social Legislation in the Federal Republic of Germany, London, Bedford Square Press, 1983, p. 9.)

Se houvesse de ser aqui seguida a técnica alemã, o capítulo II, do título I, deveria passar a existir sob a rubrica de "direitos trabalhistas". Contudo, dadas as estreitas ligações entre o direito do trabalho e a previdência social, a ponto de o próprio sistematizador haver incluído no capítulo dos direitos trabalhistas institutos previdenciários, tais como a aposentadoria, o seguro-desemprego e o acidente do trabalho, melhor seria manter fidelidade à tradição, disciplinando-se o direito trabalhista e previdenciário num único capítulo. Nas Constituições de 1934, 1946 e 1967, a matéria em causa enquadrava-se no capítulo da ordem econômica e social. Apesar do entrelaçamento entre os dois conceitos, parece-nos preferível separar a ordem econômica da social, tal como se fez no Projeto Afonso Arinos. Assim, no novo texto constitucional, os direitos trabalhista e previdenciário deveriam ser disciplinados no capítulo da ordem social, ao lado dos tópicos referentes à assistência social, à saúde, à educação, etc.

A segunda grave falha do Projeto relaciona-se com o tratamento nele preconizado para o problema da continuidade do emprego. Conquanto o sistematizador não houvesse consagrado o instituto da estabilidade (permanência no emprego, que só pode ser desfeita mediante a prova da falta grave, em inquérito judicial) montou esquema de garantia de emprego demasiadamente rígido e que não reflete a linha de equilíbrio da Convenção 158, da OIT, nem tampouco a de outros sistemas jurídicos, como, por exemplo, o francês.

A referida Convenção 158, da OIT, foi adotada não para assegurar a estabilidade, mas para abolir a despedida arbitrária, substituindo-a pelo conceito de despedida

motivada, assim considerada toda aquela ligada à capacidade ou conduta do empregado ou ao normal funcionamento da empresa. Na França, desde 1973, prevalece a diretriz de que a despedida deve fundar-se em causa real e séria, observada a distinção entre a despedida por motivo pessoal e econômico. A da primeira espécie justifica-se não apenas em virtude de falta grave do empregado mas diante de qualquer outra falta de alguma seriedade. A inaptidão do empregado, a sua ausência prolongada por motivo de doença, e, em se tratando de cargo de confiança, a sua contínua desinteligência com o empregador igualmente a justificam. A despedida de caráter econômico admite-se não somente por causas conjunturais (retração de mercado) mas também estruturais (modernização do equipamento, métodos de fabricação, concentração). Apurada a inexistência de motivo real e sério para a despedida, a sanção, via de regra, é a do pagamento de indenizações e não a de reintegração no emprego. (Lyon-Caen, Manuel de Droit Social, Paris, LGD, 1987, p. 121/133.)

Em flagrante contraste com a flexibilidade dos modelos acima delineados, o sistematizador armou, como já se disse, um esquema anguloso de proteção ao emprego que, conquanto diverso da estabilidade, só admite a despedida, nos contratos por prazo indeterminado, quando fundada em falta grave ou em fato econômico intransponível, tecnológico ou em infortúnio na empresa.

O texto, tal como foi redigido, suscita, desde logo, a dificuldade intransponível de se saber qual o significado de fato econômico intransponível. Ora, o vocábulo intransponível, posto que de uso desembaraçado na linguagem cotidiana, para significar, *verbi gratia*, "montanha escarpada intransponível", não possui cidadania no campo do Direito e constitui neologismo não registrado pelos melhores dicionaristas, como é o caso de Moraes e Aulete. Diante de tais circunstâncias, fica extremamente difícil descobrir o que o sistematizador quis dizer com fato econômico intransponível: talvez o mais miserável estado de falência; talvez mero financiamento não obtido. Por outro lado, ao usar o sistematizador do termo "tecnológico", quis dizer que apenas as técnicas inovadoras seriam aptas a motivar a despedida e não apenas qualquer técnica. Mas a restrição é inaceitável porque a implantação de técnicas conhecidas pode acarretar transformações estruturais mais significativas do que as provenientes da tecnologia. Com não menor infelicidade se houve o sistematizador ao usar da palavra infortúnio, dada a sua estreita conexão com a idéia de acidente de trabalho.

Para que se pudesse alcançar equilíbrio entre o interesse do trabalhador de não ser despedido por mero capricho do empregador e o direito deste de zelar pelo normal funcionamento de sua empresa, o preceito constitucional respectivo teria de ser redigido sem as impropriedades acima apontadas. Segue-se uma fórmula substitutiva: "art. 6º — São direitos dos trabalhadores: I — emprego protegido contra despedida imotivada, salvo as hipóteses de contrato de experiência e de contrato por prazo determinado. § 1º — Considera-se motivada a despedida fundada em causa econômica, conjuntural ou estrutural, financeira, técnica

ou de força maior, a qual, não apurada, dará ensejo ao pagamento de indenização dobrada. § 2º — Considera-se igualmente motivada a despedida quando fundada em falta grave ou em outra razão real e séria, caso em que o empregado despedido não fará jus ao recebimento de indenização ou a outras verbas de caráter compensatório".

A terceira grave falha do Projeto traduz-se neste enunciado: "garantia de salário fixo, nunca inferior ao salário mínimo, além da remuneração variável, quando esta ocorrer". Ora, para que a exigência de salário fixo, se a remuneração variável, quando exclusiva, tem de ser necessariamente igual ou superior ao mínimo legal?

A quarta grave falha do Projeto é relativa à duração do trabalho. A opção pela semana de 44 horas fundou-se em duas razões: geração de novos empregos; b) maior tempo de lazer para o trabalhador. O primeiro fundamento não é plausível porque não há nexos necessários de causa e efeito, entre diminuição de tempo de trabalho e geração de novos empregos. O segundo é respeitável. Contudo, modernamente, a melhor maneira de se proporcionar maior tempo de lazer ao trabalhador reside na flexibilização da duração do trabalho, o que, em outros países, bem acarretado a derrocada do módulo hebdomadário. (Jacques Barthélemy, L'Éclatement du module hebdomadaire em matière de durée du travail, Droit Social, avril 1987, p. 368). Nada recomendava, portanto, a alteração do módulo de 48 horas semanais.

A quinta grave falha do Projeto traduz-se no descomentimento de se impor, em nível constitucional, remuneração em dobro para o serviço extraordinário.

A sexta grave falha do Projeto exterioriza-se no exagero ainda maior de se prever, em nível constitucional, aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, além do mínimo correspondente a 30 dias.

A sétima grave falha do Projeto consiste na transposição do prazo prescricional para dois anos após a cessação do contrato de trabalho, o que perde toda a razão de ser diante da eliminação da despedida imotivada.

A oitava grave falha do Projeto depara-se na previsão de igualdade entre trabalhadores urbanos com vínculo empregatício e trabalhadores rurais ou trabalhadores avulsos. Aplica-se aqui a conhecida advertência de Ruy Barbosa: "A regra da igualdade não consiste em quinhão desigualdade aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade natural é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade seria desigualdade flagrante e não igualdade real".

A nona grave falha do Projeto patenteia-se no dispositivo abaixo reproduzido: "São proibidas as atividades de intermediação remunerada de mão-de-obra permanente ainda que mediante locação, salvo os casos previstos em lei". A falha é grave porque a intermediação de mão-de-obra reflete exigência cada vez mais sentida da economia moderna, como bem se ilustra com a utilização crescente dos contratos de subemprego. Por outro lado, o preceito importa em subversão ridícula do princípio de que a liberdade de contratar deve consti-

tuir a regra, figurando as proibições como exceções. Dada a ressalva estabelecida pelo sistematizador, de que o legislador ordinário poderá abrir exceções à regra proibitiva, nada impedirá que o último venha a legitimar, por exemplo, a intermediação das empresas de limpeza, exatamente aquelas que hoje são mais freqüentemente levadas ao pelourinho.

A décima grave falha do Projeto estende-se na regra consoante a qual "à entidade sindical cabe a defesa dos direitos e interesses da categoria, individuais ou coletivos, inclusive como substituto processual, em questões judiciais ou administrativas". Começa a falha pela alusão a interesses individuais da categoria. O que o sistematizador quis dizer foi interesses individuais dos membros da categoria. Mas a representação destes, pela forma abrangente prevista no Projeto constitui despautério ainda maior já que a legitimação extraordinária, por exteriorizar exceção à regra de que o titular do direito goza do poder exclusivo de o atuar, só pode ser estatuída para situações bem determinadas e em caráter excepcional.

A undécima grave falha do Projeto corresponde à consagração da unidade sindical obrigatória, traço característico de regimes autoritários, incompatível com os princípios da liberdade sindical, tal como proclamados pela OIT, e observados nos países democráticos do mundo ocidental.

A décima segunda grave falha do Projeto revela-se na confirmação da contribuição sindical, fator de lamentáveis distorções do sindicalismo brasileiro, a saber, sindicatos fantasmas, mordomias, corrupção.

A décima terceira grave falha do Projeto transparece pela proclamação da greve como direito absoluto, em contraposição às diretrizes dimanadas do direito comparado e da OIT, segundo as quais trata-se antes de direito relativo, suscetível de proibição nas atividades essenciais.

A décima quarta grave falha do Projeto reside na proteção especial que se quis outorgar às pessoas com mais de quarenta e cinco anos de idade, assegurando-se-lhes dez por cento das vagas das empresas. A falha provém da perspectiva em que se pôs o sistematizador, concebendo a empresa como instituição beneficente e não como unidade de produção. Se as pessoas com mais de quarenta e cinco anos forem efetivamente merecedoras de proteção especial, tal encargo deverá ser atribuído à Previdência Social.

Por último, é mister registrar a feição corporativista do preceito segundo o qual trabalhadores e empregadores devem ter assento em todos os órgãos em que seus interesses profissionais e previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação. Mesmo quando o regime era reconhecidamente corporativista, não se chegou a tal extremo. Parece-nos, aliás, que as modificações da estrutura social não devem derivar de imposições estatais e sim de reivindicações dos interessados, a serem ou não atendidas em face de cada caso concreto.

O autor é professor titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo