

UM ENFOQUE ATUAL DO SALÁRIO-UTILIDADE¹

Rosana do Nascimento Pelaez

I - PARTE GERAL

1. INTRODUÇÃO

Quando nos propusemos a fazer esta monografia, no final do ano de 2000, tínhamos em mente abordar o tema do salário-utilidade sob o prisma das possíveis mudanças pelas quais poderia passar o instituto nesses tempos de flexibilização do Direito do Trabalho. Perguntávamo-nos quais seriam as tendências atuais da forma de pagamento dos salários conhecida como salário-utilidade? Tínhamos em mente abordar questões como, por exemplo, a descaracterização do caráter salarial da concessão de algumas utilidades como forma de incentivar essa prática.

Talvez por sorte ou por azar, em 19.06.2001, a edição da Lei nº 10.243 veio dar novo tratamento ao tema do salário in natura, obrigando-nos a adequar a abordagem deste trabalho, para que através dele possamos entender ou explicar porque tais mudanças ocorreram.

A partir dos conceitos gerais das utilidades salariais, passando pela temática atual de flexibilização e abordando o papel da negociação coletiva nesse contexto tentaremos responder a uma indagação central: agiu bem o legislador com a reforma efetuada no instituto das utilidades salariais?

~~O magistério dos mestres~~ **A. F. CESARINO JR. e Marly A. CARDONE** recorda que, muito embora a forma própria do sistema industrial de produção seja retribuir o trabalho prestado com dinheiro, não há dúvidas de que, cada vez mais, por motivos que escapam à própria área trabalhista, as empresas outorgam vantagens a seus empregados, concedendo-lhes serviços ou bens que preenchem diretamente suas necessidades. São formas indiretas de remunerar o trabalho, os fringes benefits dos americanos.

Diversos autores defendem o pagamento do salário em coisas úteis que, em princípio, beneficiam o empregado, em razão do valor real da utilidade, enquanto o recebido em moeda possui capacidade aquisitiva nominal e variável. Nada obsta, assim, que o trabalhador seja parcialmente remunerado com aquilo que necessariamente teria de adquirir com o salário em dinheiro, desde que tomadas certas precauções quanto ao valor e à qualidade das utilidades.

¹ Artigo baseado em monografia de mesmo título, apresentada à Faculdade de Direito Padre Anchieta, no curso de Especialização em Direito Material e Processual do Trabalho, outubro de 2001

² in "Direito Social", 1993, pág. 210

Na atual fase, a grande questão jurídica que se apresenta é a definição dos critérios que permitem distinguir entre as utilidades salariais e não salariais, e a melhor política a ser observada pelo Direito do Trabalho para conciliar a necessidade de coibir abusos e, ao mesmo tempo, permitir a melhoria da condição social do trabalhador, para cujo fim é conveniente uma posição não restritiva da atribuição de vantagens extra-salariais. Nessa esteira, agiu nosso legislador.

Vamos, pois, estudar o instituto do salário-utilidade e sua posição frente à tendência flexibilizadora do Direito Laboral, e com isso procurar entender as alterações ocorridas.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS

Etimologicamente, o termo salário provém de sal, utilidade que, nos tempos antigos, servia para remunerar os trabalhadores livres. Assim, observa-se que o pagamento pela prestação laboral, antes mesmo do surgimento da moeda, já se fazia através de utilidades. Após o aparecimento da moeda, tornou-se esta o meio principal de pagamento, mas ainda assim a contraprestação do trabalho livre através do fornecimento de utilidades subsiste até os dias de hoje.

Nos tempos primitivos, onde reinava o sistema de trocas, usualmente pensava-se o trabalho com gêneros ou utilidades. No Egito antigo, Ramsés II remunerou os trabalhadores que faziam a sua estátua com pão, carnes, pastéis, sandálias, trajas, azeites e outros bens. No Império Romano, o termo *salarium* designava o antigo costume de pagar os legionários e os trabalhadores domésticos. Este costume arraigou-se de tal forma, que, mesmo com a utilização da moeda, fundamentalmente o sistema de pagamento em bens pouco ou quase nada se modificou com o passar dos tempos, persistindo até o presente. Talvez a única e significativa alteração observada tenha sido o caráter subsidiário, complementar ou acessório que esta forma de remuneração adquiriu em praticamente todos os sistemas legislativos. Atualmente, não se admite o salário "in natura" como única forma de pagamento ao trabalhador, mas sua coexistência com a retribuição em dinheiro é plenamente admissível.

Originalmente, esta espécie de pagamento surgiu em relações menos complexas do que aquelas observadas no mundo moderno. Hoje em dia, verificamos que o pagamento em utilidades adapta-se às necessidades do meio ambiente em que o trabalhador se encontra inserido. Pode se dar tanto no meio rural, na forma de habitação, sementes, insumos, etc., ou no meio urbano, na forma de planos de saúde, cartões de crédito, e outros.

O pagamento em utilidades tornou-se vantajoso nos países com elevados índices de inflação, na medida em que os bens fornecidos não sofrem, como o dinheiro, a deterioração inflacionária. Beneficiou trabalhadores que teriam dificulda-

des em custear, com o dinheiro do salário, bens fornecidos gratuitamente pelas empresas. Todavia, as iniciativas empresariais de concessão de vantagens em utilidades retraíram-se onde os encargos sociais passaram a incidir sobre os valores correspondentes aos bens fornecidos.

Mudanças no cenário político e econômico mundial, no final do século XX, dentre as quais citamos a crise econômica dos anos 70, o desenvolvimento tecnológico, a atuação das empresas multinacionais e o desaparecimento da Guerra Fria, abalaram sensivelmente a rigidez do Direito do Trabalho até então presente. O declínio da atividade econômica elevou vertiginosamente a taxa de desemprego. Para evitar novas dispensas, os parceiros sociais começaram a realizar diversos tipos de entendimentos, surgindo aí o fenômeno denominado flexibilização. Este é o panorama atual, dentro do qual o jurista deve atuar.

II - O SALÁRIO-UTILIDADE

3. CONCEITO

O art. 458, caput, da CLT prevê, in verbis: "Além do pagamento em dinheiro, compreendem-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações in natura que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas".

O mestre Amauri Mascaro NASCIMENTO³ nos auxilia a conceituar esta forma de remuneração, esclarecendo que "utilidades são bens econômicos atribuídos ao trabalhador por aqueles que se valem dos seus serviços, e que tenham conteúdo financeiro mensurável. A jurisprudência trabalhista tem ampliado o conceito, considerando também como salário in natura toda e qualquer vantagem concedida ao empregado habitualmente e que tenha por objetivo atender uma necessidade individual do trabalhador. Assim sendo, todas as vezes que a empresa fornecer ao empregado utilidade ou parcela, não necessitando este arcar com referida despesa (o que deveria fazer caso não a recebesse do empregador), esta utilidade fornecida será considerada salário. Cláudia Salles Vilela VIANNA⁴, cita como exemplo os aluguéis residenciais pagos pelo empregador.

Apresenta-se quanto à conceituação, o problema de conhecer os limites que separam o que é efetivamente remuneratório daquilo que é concessão unilateral, isto é, uma mera liberalidade do empregador. A Convenção 95 da O.I.T. apontou cinco pontos básicos para o tema.

1. O pagamento em utilidades, nos locais ou atividades em que seja usual

³ in "Teoria Jurídica do Salário", 1997, pág. 205)

⁴ in "Manual Prático das Relações Trabalhistas", 1998, pág. 234

essa prática, encontrará respaldo através de contratos coletivos ou laudos arbitrais.

2. Medidas devem ser adotadas para que as prestações em espécie sejam apropriadas ao trabalhador e/ou à sua família, representando um verdadeiro benefício para os mesmos.

3. O valor atribuído às prestações deve ser justo e razoável.

4. Fica proibido o pagamento integral do salário em utilidades.

5. Ficam igualmente proibidos os empregadores de limitar a livre disposição de seu salário pelo trabalhador, condenando-se, assim, o chamado "truck system".

Vale lembrar a análise elaborada pelos mestres Evaristo de MORAES FILHO e seu filho Antonio Carlos Flores de MORAES, na obra "Introdução ao Direito do Trabalho"⁵, enfatizando que o salário não pode ser pago totalmente in natura, para que não se caracterize o denominado truck system. Os dispositivos legais consubstanciados nos parágrafos do art. 458 da CLT resguardam a liberdade do empregado de dispor de seu salário como melhor lhe aprouver, vedando-se a indução do mesmo à utilização de armazéns ou serviços mantidos ou prestados pelo empregador.

4. CARACTERIZAÇÃO DO SALÁRIO UTILIDADE

A partir da conceituação do salário-utilidade, automaticamente surge à tona a discussão acerca da caracterização de toda e qualquer utilidade fornecida como salarial. Pelo que se viu acima, apenas bens ou serviços que realmente atendessem uma real necessidade do trabalhador, a qual se não fosse fornecida seria obrigatoriamente suportada pelo empregado, poderia ser caracterizada como salário utilidade. Autores há, porém, como Ísis de ALMEIDA, que defendem o caráter salarial de qualquer utilidade. Diz-nos o ilustre professor:

"Uma refeição; um simples lanche; um quilo de carne ou um litro de leite por dia; roupas, calçados etc. para uso dentro e fora do serviço; condução; férias num sítio da empresa ou de terceiros, em hotel ou clube; veículo que fique "emprestado" ao empregado para uso em serviço ou não; fornecimento de combustível para veículo do empregado são exemplos de utilidades capazes de se integrar na remuneração, mesmo - repita-se - quando fornecidas gratuitamente, e expressamente consignadas como liberalidade, de forma precária ou provisória".⁶

Assim, como se pode ver, a caracterização como salário pode variar, de autor para autor. Para alguns, é preciso ver em cada caso concreto se a utilidade foi atribuída pelo empregador ao empregado a título oneroso ou gratuito. No primeiro caso, é considerada salário; no segundo, não. Nesta linha estão Arnaldo Süssekind ("Instituições de Direito do Trabalho", 1981, vol. I, pág. 323) e Délio Maranhão ("Direito do Trabalho", 1978, pág. 193). Para outros, como Mozart Victor Russomano ("Comentários à CLT", pág. 461) só não se caracterizam como salário as utilidades

⁵ 1995, pág. 431

⁶ in "Manual de Direito Individual do Trabalho", 1998, pág. 196.

fornecidas pelo empregador ao empregado para uso no serviço. E há, ainda, os que, como Dorval Lacerda ("O contrato individual de trabalho", 1939, pág. 173), apontam como um dos traços indicativos da natureza salarial das utilidades a habitualidade do pagamento.

Claro está que se há de ter por princípio que toda essa discussão doutrinária é anterior à alteração da lei que se deu recentemente, como já indicado. Cabe ao leitor ter em mente que o parágrafo segundo do atual art. 458 da Consolidação das Leis do Trabalho atualmente ressalva expressamente utilidades cuja concessão não se caracterizam como salariais. Diz o referido dispositivo:

"Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador:

I - vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço;

II - educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos à matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático;

III - transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público;

IV - assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde;

V - seguros de vida e de acidentes pessoais;

VI - previdência privada".

Atualmente, pois, por força de lei há utilidades que embora sejam fornecidas em razão do trabalho prestado, não adquirem natureza salarial. A razão de ser de tal dispositivo se pretende explicar mais à frente, ao se abordar o tema da flexibilização, que nos parece ser a mola propulsora do pensamento do legislador pátrio, não só neste caso como em vários outros.

O mestre Amauri Mascaro NASCIMENTO⁷ aponta os requisitos necessários para conferir à utilidade fornecida pelo empregador o seu caráter salarial:

- a) Habitualidade da utilização;
- b) Fundamento contratual ou costumeiro;
- c) Onerosidade no fornecimento;
- d) Atendimento às necessidades individuais do trabalhador e não às neces-

⁷ in "Manual do Salário", 1985, pág. 221

sidades do serviço.

Tece, em seguida, considerações acerca da onerosidade, a qual significa que a utilidade é atribuída em troca do trabalho, correspondendo ao princípio da comutatividade. Em seu magistério, "onerosidade não pode significar pagamento da utilidade pelo empregado. Não quer dizer que é salário a utilidade pela qual o empregado pague ao empregador" (in ob. cit., pág. 222). Quando a utilidade é fornecida gratuitamente, sem que por ela o empregado tenha que efetuar pagamentos ao empregador, ela poderá ser salário. De outro lado, quando o empregado paga pela utilidade, este custeio a descaracteriza como tal. Os casos mais frequentes são os do pagamento pelos empregados das refeições feitas no restaurante da empresa, da passagem de ônibus da empresa que os transporta, etc. O pagamento de uma utilidade pelo trabalhador a afasta da esfera salarial, tornando-se um negócio jurídico paralelo ao contrato de trabalho, uma vez que nesses casos o empregado não está recebendo o bem como parte do salário, mas adquirindo-o mediante um pagamento que faz ao empregador. Desse modo, para que o empregador descaracterize a natureza salarial da utilidade basta que cobre por ela. Em resumo, o caráter de onerosidade advém do fato de ser o benefício fornecido como contra-partida ao trabalho executado pelo empregado, em razão da prestação laboral.

Igualmente, tampouco serão consideradas salariais as utilidades fornecidas para a prestação dos serviços, sem as quais estes não poderiam ser executados, bem como bebidas alcoólicas e drogas nocivas, estas por expressa disposição legal. Ainda, se o bem ou serviço fornecido for objeto de contrato de outra natureza, não se poderá falar em salário in natura.

A lei brasileira estabeleceu como exigência fundamental para que uma obrigação in natura adquira natureza salarial a habitualidade, com o que ficam excluídas as concessões meramente eventuais, não continuadas. Contudo, não há critérios legais definidores das condições objetivas que devam estar presentes em cada caso, para que se conclua se a vantagem é habitual ou eventual.

Na obra "Direito Social"⁸, os mestres CESARINO JR. e Marly CARDONE, lembram que o maior problema é conhecer os limites que separam o que é efetivamente remuneratório daquilo que é concessão unilateral, mera liberalidade do empregador. Segundo os renomados juristas, se o bem ou serviço fornecido pelo empregador se enquadrar no elenco do art. 7º, nº IV da CF/88, indubitavelmente será salarial, tendo em vista atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e sua família.

As concessões a título gracioso não podem ser consideradas como salário, tendo em vista que o contrato de trabalho é sempre oneroso em sua natureza. Todavia, lembra-nos o mestre Amauri Mascaro NASCIMENTO⁹, que a habitualidade no fornecimento pode transformar uma concessão em obrigação tacitamente ajustada.

⁸ 1993, pág. 210

⁹ in "O Salário", 1996, pág. 87

5. OS DIVERSOS TIPOS DE SALÁRIO UTILIDADE

José Martins CATHARINO¹⁰ classifica as espécies de utilidades remunerativas, as quais poderão consistir de produtos da própria empresa, de coisas adquiridas ou de sua propriedade, facultado ao empregador transferir a propriedade das coisas móveis ou permitir, no caso de imóveis, sua utilização.

Amauri Mascaro NASCIMENTO¹¹ lembra-nos que a CLT não enumera todas as utilidades, sendo meramente exemplificativa. O mesmo autor, na obra "Manual do Salário", já mencionada, ao citar casos de empresas que ajustam com seus empregados, em especial os de alta posição, parte do pagamento do salário sob a forma de um cartão de crédito para compra em lojas comerciais, nos faz relembra o dinamismo inerente ao instituto em estudo. Novas espécies de utilidades salariais podem surgir a todo o momento. Além disso, nem toda utilidade é salário, conforme já se explanou. Apesar disso, permitiremo-nos algumas considerações a respeito das principais utilidades, na visão da doutrina brasileira.

A. ALIMENTAÇÃO

Constitui-se em uma das formas mais tradicionais de salário in natura, excluindo-se bebidas alcoólicas, consoante já mencionado. A Lei nº 8860/94, acrescentado o parágrafo 3º ao artigo 458 consolidado, estabeleceu que a alimentação fornecida como salário utilidade não poderá exceder a 20% (vinte por cento) do salário contratual.

Evaristo de MORAES FILHO, tratando do tema, lembra o surgimento, nos tempos modernos, de uma nova forma de salário-alimentação, constituída pelos vales emitidos por entidades especializadas, representando verdadeiras ordens de pagamento negociáveis em bares e restaurantes. Em seu magistério, referidos vales para alimentação, se concedidos por força do contrato de trabalho, têm caráter salarial, integrando a remuneração do empregado para todos os efeitos legais, nos termos do Enunciado 241 do TST. Entretanto, não se incluirão como modo de pagamento do salário as despesas do empregador em programas de alimentação de trabalhador (inclusive os vales antes mencionados), previamente aprovadas pelo Ministério do Trabalho, na forma da Lei n. 6321/76, regulamentada pelo Decreto n. 5/91, com alteração através do Decreto n. 349/91. Isto porque os diplomas legais que regem a matéria têm natureza nitidamente tributária, já que as despesas realizadas pelo empregador em tais programas são dedutíveis no Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas.

¹⁰ in ob. cit., pág. 171

¹¹ in "Curso de Direito do Trabalho", 1999, págs. 621 e ss.

¹² in ob. cit., pág. 432

B. TRANSPORTE

A caracterização da utilidade transporte se faz em mais de uma situação, porém casos há também em que o fornecimento de transporte pelo empregador não se constitui em salário in natura. O transporte diário da residência do empregado ao local do trabalho e vice-versa, se fornecido contratualmente pelo empregador, é utilidade. Todavia, como meio necessário de execução dos serviços não assume essas características. Este é o ensinamento do professor Amauri Mascaro NASCIMENTO¹³. E o mesmo mestre, na obra "Manual do Salário", tratando da utilização pelo empregado do seu próprio automóvel para a execução dos serviços do empregador, diz:

"Não se trata de salário-utilidade, uma vez que este decorre da atribuição de um bem econômico pelo empregador ao empregado como parte do salário. Nada impede que no contrato conste cláusula prevendo a obrigação do empregador de retribuir num valor ajustado pelas partes a cessão do veículo do empregado. A matéria não é salarial. Esse pagamento teria natureza indenizatória. Seria um reembolso de gastos de desgaste de veículo reentrando na esfera ampla das diárias e ajudas de custo".

Entretanto, outra é a situação quando o empregado recebe do empregador veículo de propriedade da empresa, para uso tanto em serviço como fora dele. A vantagem oriunda da utilização do veículo para fins particulares apresenta-se nitidamente como um "plus" ao salário pago em moeda, especialmente se o empregador arcar com os custos de manutenção do veículo. Representará, sem dúvida, um acréscimo aos ganhos do trabalhador e, neste caso, estaremos diante de uma utilidade salarial. O ilustre magistrado e professor Ísis de ALMEIDA, alinhando-se com esse entendimento, defende o trato como parcela integrativa do salário o caso do automóvel fornecido a empregado gratuitamente, se usado livremente nas horas e dias de folga, férias, etc. Evidentemente, a integração se fará pelo valor apropriado proporcionalmente aos períodos de uso em que o empregado não está trabalhando.

Vale lembrar, contudo, nesta matéria, a legislação relativa a vale-transporte, cujo fornecimento, por expressa disposição legal não se constituirá parcela salarial. É o que dispõe a letra "a" do art. 2º da Lei n. 7418/85, regulamentada pelo Decreto n. 95247/87.

C. HABITAÇÃO

Dentre as utilidades mais comumente oferecidas aos trabalhadores, certamente a que mais atenção tem merecido por parte dos doutrinadores é a habitação, por conter implicações e correlações com outros institutos ou figuras jurídi-

¹³ in "O Salário", 1996, pág. 92

cas. No âmbito rural, a Lei 5889/73 permite o desconto de 25% do salário do trabalhador rural pelo uso da moradia de propriedade rural.

Em sua obra "O Salário"¹⁴, Amauri M. NASCIMENTO trata das condições em que a habitação fornecida ao empregado é considerada salário in natura e, citando CESARINO JR. lembra que "... a habitação costumeiramente fornecida ao empregado pelo empregador, mesmo sem disposição expressa a respeito no contrato de trabalho, se incorpora ao salário como uma de suas parcelas". Cita, por outro lado, Aluysio SAMPAIO e Paulo Jorge de LIMA, nestes termos: "Tem-se entendido, no entanto, que quando a habitação do empregado no próprio local de trabalho constitui condição indispensável para prestação dos serviços, (...) não constitui salário".

José Martins CATHARINO¹⁵, também ressalta a utilização de imóvel por trabalhador a título gratuito ou oneroso, havendo, no primeiro caso, uma mera liberalidade, onde o empregador pode deixar ou não de fornecer a habitação. Já quando a habitação é fornecida a título oneroso, por força do contrato de trabalho, constitui-se em salário. O autor também prevê a possibilidade do empregado, ao gozar da coisa, pagar ao empregador preço inferior ao usual e adequado: "Ocorrendo esta hipótese é admissível que a diferença resultante da gratuidade parcial seja contraprestação do trabalho prestado. O certo é só haver vislumbres de contrato de locação quando a utilidade é descontada e o imóvel pertence ao empregador".

O professor Amauri M. NASCIMENTO destaca outras questões pertinentes à habitação como utilidade salarial em sua obra "O Salário", já citada. Admite a possibilidade de o empregador transferir o empregado de um prédio para outro de igual padrão, sem que fique com isso caracterizada alteração contratual defesa em lei. Ousamos, neste particular, discordar do ilustre mestre, em especial quando, como no caso das grandes cidades, a mudança de endereço pode representar grande inconveniente ao trabalhador e sua família (por exemplo, impossibilidade dos filhos continuar a freqüentar a mesma instituição de ensino).

Sobre os alojamentos, comuns na construção civil, a doutrina pátria é uníssona em não reconhecer caráter salarial, já que os mesmos, por falta de condições mínimas de habitabilidade, não são reconhecidos como a habitação a que se refere a lei, inclusive pela falta do "habite-se" da autoridade competente.

Finalmente, cumpre tratarmos da desocupação do imóvel utilizado pelo empregado quando da rescisão do contrato de trabalho. É certo que, rompido o contrato de trabalho, independentemente da causa da rescisão, deve o empregado e/ou seus familiares desocupar o imóvel cujo uso decorria como cláusula do contrato laboral. Havendo resistência à desocupação, caberá ação de reintegração de posse. A questão que, entretanto, divide a doutrina e a jurisprudência reside na competência da Justiça do Trabalho ou da Justiça Comum para apreciar a demanda.

¹⁴ 1996, pág. 103

¹⁵ *in ob. cit.*, págs. 175/176

Aqueles que defendem a primeira opção sustentam que, em se tratando o uso do imóvel de cláusula do contrato de trabalho, e o pedido decorrente da rescisão contratual, apenas a Justiça Especializada terá condições de bem apreciar o dissídio, o qual envolverá a análise, dentre outras coisas, da existência ou não de vínculo laboral entre as partes. Perfilando esta corrente estão, por exemplo, CESARINO JR. e Marly CARDONE. Por outro lado, autores como José Martins CATHARINO e Evaristo de MORAES sustentam a competência da Justiça Comum para apreciar as ações de reintegração de posse quando, ocorrendo a rescisão contratual, o empregado se recusar a sair do imóvel. E isto porque, não existindo mais contrato de trabalho em vigor, a relação entre as partes não é mais de empregado e empregador, mas sim senhorio e inquilino ou proprietário e ocupante, nos termos da legislação civil.

III - A FLEXIBILIZAÇÃO

6. CONCEITO

Inúmeros autores têm-se debruçado sobre o tema da flexibilização do direito do trabalho. Em nosso estudo, a flexibilização é pano de fundo na análise das transformações conceituais sofridas pelo salário, em especial o salário in natura. Todavia, é pano de fundo, mas também personagem de fundamental importância para compreensão das transformações ocorridas atualmente. Por isso, permitimo-nos partir desde sua conceituação, para tentar chegar ao objetivo almejado: deve-se flexibilizar a concessão de utilidades aos empregados?

O sempre brilhante professor Otávio Bueno MAGANO define a flexibilização do Direito do Trabalho como um "processo de adaptação de normas trabalhistas à realidade cambiante"). Nos diz o autor:

"Flexível é algo que se dobra sem quebrar, o fácil de manejar, o elástico, o maleável. Flexibilizar o Direito do Trabalho quer dizer, portanto, torna-lo mais ajustável a situações fáticas, menos rígido. Simboliza, ainda, a troca do genérico pelo individualizado; do válido pelo eficaz; do fantasioso pelo real. Significa, finalmente, a predominância da convenção coletiva sobre a lei; da autonomia dos grupos profissionais sobre o paternalismo estatal".¹⁶

O professor Nelson MANNRICH¹⁷ aborda desde o ponto de vista psicológico e sociológico, onde a flexibilização consiste na capacidade de renúncia a determinados costumes e de adaptação a novas circunstâncias, até a análise jurídica. Neste ponto, citando Cássio Mesquita BARROS, diz que "flexibilidade do direito do trabalho consiste nas medidas ou procedimentos de natureza jurídica que têm a finalidade social e econômica de conferir às empresas a possibilidade de ajustar a

¹⁶ in "Flexibilização do Direito do Trabalho", 1999

¹⁷ in "A Modernização do Contrato de Trabalho", 1998, pág. 72 e ss.

sua produção, emprego e condições de trabalho às contingências rápidas ou contínuas do sistema econômico". E resume o conceito como a transferência da tutela estatal para o âmbito da negociação coletiva.

O jurista Osiris ROCHA, em palestra proferida no Centro de Atualização Jurídica de Conselheiro Lafayete, abordou o conceito de flexibilização como a possibilidade de trabalhador e empresa estabelecerem diretamente, ou através de suas entidades sindicais, a regulamentação de suas relações sem total subordinação ao Estado, procurando regulá-las na forma que melhor atenda aos interesses de cada um, trocando-se recíprocas concessões. O conceito abordaria duas questões: o sentido de permitir que trabalhadores e patrões se entendam à sua moda e o de permitir que, em nome da preservação do emprego, em época de crise, os direitos trabalhistas fossem diminuídos.

Estudando o conceito de flexibilização, Alice Monteiro de Barros (in ob. cit.) distingue dois tipos de flexibilização: a interna, atinente à ordenação do trabalho na empresa, e a externa, que diz respeito ao ingresso do trabalhador na empresa. A primeira compreende a modificação das condições de trabalho e da remuneração. A segunda corresponderia às modalidades de contratação. Segundo a autora, à flexibilização interna e externa, a doutrina espanhola intitula de "selvagem" ou de "desregulamentação normativa"; opõe-se a ela uma "regulamentação laboral de novo tipo", a qual pressupõe "substituição das garantias legais pelas garantias convencionais (...) com a primazia da negociação coletiva". O papel da negociação coletiva será abordado mais à frente, neste trabalho.

Ainda tratando a respeito do conceito de flexibilização, é comum nos depararmos com a expressão "desregulamentação" e quanto a esta, os autores se dividem. Parte da doutrina usa os dois termos como sinônimos. Já para outros, a desregulamentação representa mais do que flexibilizar. Enquanto esta propugna por um abrandamento do sistema legislativo, aquela significa a abolição de todas as regras. Assim, para essa parte dos doutrinadores, quando se fala em flexibilizar, defende-se uma adaptação das antigas regras até então vigentes a uma nova realidade social, mas nunca o fim das regras, o que importaria em verdadeiro golpe de morte no estado de direito e o próprio fim da ciência jurídica. Obviamente, este não é o objetivo de nenhum estudioso do Direito, e é por essa razão que nos aliamos aos doutrinadores que distinguem a flexibilização da desregulamentação.

7. FUNÇÃO DA FLEXIBILIZAÇÃO

Uma vez conceituado o termo, o passo seguinte consiste em analisar a razão do surgimento da flexibilização, ou, em outras palavras, por que e para quê ela surgiu, qual é sua função.

Socorremo-nos, para tanto, do magistério de Vilma Dias Bernardes GIL, profunda estudiosa do tema. Em artigo publicado na Revista de Direito do Trabalho nº 97 (janeiro-março de 2000), a autora aborda o assunto sob a seguinte perspectiva:

"A discussão em torno da chamada flexibilização, contudo, passa, na verdade, por uma questão precedente de fundamental importância: qual é a função do Direito do Trabalho? Que valores ele busca proteger?".

Segundo a autora, já há um consenso no sentido de que algo precisa ser modificado. A palavra de ordem é transformação, mudança de postura, de filosofia, de visão das relações entre capital e trabalho, buscando maior sintonia com a realidade atual, profundamente injusta não só com os trabalhadores, mas, especialmente, com os empresários que, em sua grande maioria, lutam com grandes dificuldades para manter-se num mercado impiedoso e altamente competitivo. Por essa razão, o governo assumiu o compromisso de modernizar as relações trabalhistas e tem buscado esse intento através de duas grandes vertentes: reforma da legislação laboral e estímulo à negociação coletiva.

Para tanto é preciso encarar o Direito do Trabalho sob um novo prisma. Não podemos reconhecer uma função exclusivamente tutelar do trabalhador, como se fez durante longo tempo. Tampouco devemos defender um papel para o Direito Laboral como mero instrumento realizador de valores e interesses puramente econômicos. A melhor posição procura escapar dos extremos e encontrar um ponto de equilíbrio, e confere ao Direito do Trabalho uma função de coordenação entre o capital e o trabalho, permitindo uma valorização dos interesses de ambos.

Vilma GIL, nesse mesmo artigo já citado, nos lembra que:

"...o desejo de proteger-se o trabalhador contra um empregador inescrupuloso por definição, garantindo-se àquele mais e mais direitos a despeito de uma situação mundial que exige das empresas uma luta incessante para manter-se no mercado, não mais se mostra adequado nos dias atuais. O mundo percebeu que é preciso também garantir às empresas condições mínimas de sobrevivência, até mesmo por conta dos empregos que elas podem oferecer".

Nesse mesmo entendimento, observou a Profª Marly A. CARDONE: "É preferível, muitas vezes, ficar com um emprego em condições menos vantajosas do que ficar sem nenhum emprego" ¹⁸

8. UM RETROCESSO NAS CONQUISTAS?

A flexibilização, porém, é vista com maus olhos por muitos juristas renomados. Para eles, é nosso dever lutar contra essa ameaça que representa verdadeiro retrocesso em relação a todas as conquistas até então obtidas pela classe operária. O Ministro José Ajuricaba da Costa e SILVA já manifestou entendimento no sentido de que flexibilização é "eufemismo com que se designa uma realidade pouco louvável que consiste na redução de direitos dos trabalhadores" ¹⁹.

¹⁸ (in "Introdução ao tema da flexibilização no Direito do Trabalho", LTr 54-7/851).

O Direito do Trabalho pátrio consagra, através do dispositivo inserto no art. 9º consolidado, o princípio da irrenunciabilidade, dispondo, in verbis, que "serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente consolidação". Assim, para a corrente positivista da doutrina nacional, a irrenunciabilidade, mesmo diante da crise econômica, ainda domina o Direito do Trabalho brasileiro. E socorrem-se os doutrinadores do princípio contido no art. 161 do Código Civil Brasileiro, segundo o qual a renúncia a direitos futuros é inadmissível. Bem assim, no curso do contrato a renúncia é permitida apenas quando prevista em lei.

Especificamente na área trabalhista, existe a possibilidade de renúncia por meio de acordo e convenção coletiva, com previsão constitucional nos incisos VI, XIII e XIV do art. 7º da Carta Magna. Mas, consoante Alice Monteiro de BARROS, "Quanto aos demais direitos assegurados na Constituição, não vejo como renunciá-los, sequer via convenção coletiva. O garantismo constitucional prevaleceu sobre a flexibilização. (...) A Carta de 88 tornou a renúncia mais flexível, porém apenas no art. 7º, VI, XIII e XIV, os quais não comportam interpretação extensiva..."²⁰

Entretanto, a mesma autora lembra a possibilidade de cláusula econômica, inserida em norma coletiva, precisar ser revista, quando por motivos de ordem econômica e social de interesse geral ocorre modificação da política salarial. Neste caso, a norma coletiva, ainda que contenha condições mais favoráveis ao empregado, celebrada sob a égide do estado de fato anterior, sofrerá os efeitos da cláusula rebus sic stantibus, implícita no ajuste, podendo traduzir renúncia. Aqui se estará tratando de interesse de ordem pública.

Claro está que o tema da flexibilização, quer no tocante ao salário, tema deste nosso trabalho, como em relação a qualquer outro aspecto jurídico, dentro de um estado democrático de direito, que busca a garantia da pacificação social, deve cercar-se de cuidados. Não se pode, sem o devido cuidado, promover qualquer reforma trabalhista no sentido de adotar uma postura flexível, pois uma ação irrefletida nesse sentido certamente acarretará um agravamento na condição dos hipossuficientes, sem contribuir para o fortalecimento das relações de trabalho.

9. PROCEDIMENTOS E OBJETIVOS DA FLEXIBILIZAÇÃO

Mas então, afinal de contas, qual é o objetivo desse tão propalado fenômeno da flexibilização? Qual sua intenção? Para onde pretendem nos levar seus adeptos? Sem responder a tais indagações não temos condições de entender o tema e nem de nos posicionarmos diante do mesmo.

Arnaldo SÜSSEKIND sustenta que a flexibilização das relações de trabalho visa conciliar as fontes autônomas e heterônomas, tendo por alvo a saúde econô-

¹⁹ "O Direito do Trabalho face ao neoliberalismo econômico", na Rev. da Academia Nacional de Direito do Trabalho, ano V, n. 5, pág. 84

²⁰ (in "Flexibilização e garantias mínimas", Rev. Trabalho e Doutrina, nº 20, pág. 16/17).

mica da empresa e a continuidade do emprego. Em artigo publicado, citando Jean-Claude JAVILLER, esclarece que a flexibilização pode ser de três tipos: de proteção, quando combina normas estatais com procedimentos autônomos, num sentido favorável ao trabalhador; de adaptação, quando derroga normas heterônomas in pejus do trabalhador, em face de dificuldades econômicas, para preservar a empresa e os empregados; e de desregramento, para prestigiar a autonomia privada, coletiva ou individual, quebrando a rigidez do Direito do Trabalho para facilitar a contratação de empregados.

No nosso caso, em se tratando da questão salarial, poderíamos dizer que as alterações ocorridas no salário-utilidade constituem uma flexibilização salarial de proteção.

O mesmo Arnaldo SÜSSEKIND, em artigo publicado na obra "A Transição do Direito do Trabalho no Brasil - Estudos em Homenagem a Eduardo Gabriel Saad", citando Orlando Teixeira da Costa, nos diz que "...o Direito do Trabalho sempre foi, em certa medida, flexível e que a questão que agora se põe é saber em que grau pode ser aumentada essa flexibilidade, mediante um processo de adaptação que, garantindo lucro razoável à empregadora, continue também a assegurar o necessário para que o trabalhador possa alcançar um nível de vida condigno".

Nesse passo, é nossa opinião que as alterações verificadas no art. 458 da CLT atendem esse objetivo.

Segundo o magistrado paraense Vicente José Malheiros da FONSECA, as normas trabalhistas devem ser atualizadas aos novos tempos e somente com o crescimento econômico será possível melhorar a situação de dificuldades vividas pela classe trabalhadora. Mas adverte que não basta legislar, ainda que seja válido o propósito do legislador. Mais importante do que a lei são as condições para torná-la realmente eficaz. O objetivo da flexibilização do Direito do Trabalho é tentar compatibilizar a iniciativa privada com a valorização da dignidade do trabalho.

10. UM NOVO CONCEITO DE SALÁRIO

Surge com a Lei nº 10.243 um novo conceito de salário-utilidade, que visa a propiciar ao trabalhador maior acesso a benefícios oriundos da relação laboral. Parece que essa alteração legislativa já vinha sendo preparada há algum tempo, vale dizer, ela não surgiu repentinamente, e já era preconizada por diversos autores, como já se deixou transparecer na presente obra. O salário sempre teve por característica um extenso raio de abrangência. As alterações do conceito são necessárias: a multiplicação da variedade de formas complementares de retribuição do empregado dificulta a manutenção de um conceito genérico e unitário.

Com o desenvolvimento da sociedade empresarial, ampliou-se muito o âmbito do salário. As causas foram variadas. Os empregadores, por liberalidade, passaram a gratificar os empregados, com incentivo à produtividade. No dizer de Amauri M. NASCIMENTO, "atomizou-se o salário", o qual passou a ser uma figura

multiforme, e tantas foram as variações que se escapou de uma lógica intrínseca. Hoje, nos diz o professor, "não há muita segurança conceitual a ponto de a doutrina questionar a contraprestatividade como critério determinante da natureza salarial de um pagamento"²¹.

Nessa mesma obra, o famoso autor já mostrava sua visão sobre o tema, que se tornou agora mais atual do que nunca, com a nova redação dada ao art. 458 da CLT. Sobre a necessidade de elaboração de uma legislação moderna e adequada, destacava o autor três pontos, que passamos a transcrever:

"Primeiro, a política trabalhista para as utilidades que são, não apenas, atendimento de algumas necessidades do trabalhador, mas também custo operacional da empresa, com o que surge o problema da definição das estratégias que o país deve adotar visando o desenvolvimento sócio-econômico como um todo e o imperativo da melhoria da condição social do trabalhador.

Segundo, a conveniência de adoção de critérios mais esclarecedores a respeito das vantagens concedidas ao empregado, para que possa existir, o que hoje não acontece, uma adequada margem de segurança nas relações de trabalho, não permitida pela precariedade dos elementos definidores da natureza jurídica de uma utilidade.

Terceiro, é preciso refletir, também sobre até que ponto essa insegurança pode desestimular concessões que efetivamente representariam para o trabalhador uma melhoria que, através do salário em dinheiro não poderia obter, mas, de outro lado, em que dimensão a abertura dessas concessões sem características salariais pode abrir uma porta para a fraude tributária e previdenciária".²²

Na nossa opinião, a Lei 10.243 pode não ter resolvido todas essas questões. Aliás, duvidamos que fosse este o objetivo. Mas representa um avanço na direção da esperada modernidade. Quanto à alegada possibilidade de fraudes, estas sempre podem acontecer. Sabe-se que muitas pessoas têm a especial habilidade em buscar todo o tempo uma maneira de burlar a lei, em benefício próprio. Mas para isso está aí o Poder Judiciário e os órgãos de fiscalização, cuja razão de ser é combater as fraudes, que provavelmente nunca serão totalmente eliminadas. Não será esse temor que nos fará rejeitar de plano as mudanças que batem à nossa porta.

IV - CONCLUSÃO

A reforma global da legislação trabalhista, reivindicada por grande parcela do universo jurídico nacional, não virá, a nosso ver, em um único e grande instrumento. Nossa legislação laboral, historicamente, já é um aglomerado de leis esparsas, editadas conforme as necessidades do momento. E assim também está ela sendo

²¹ In "Teoria Jurídica do Salário", 1997, p. 118

²² in ob. cit., p. 215

alterada, aos poucos. Mas o fato é que as alterações estão ocorrendo já há algum tempo, e esse é um caminho sem volta.

Contudo, apenas a reforma legislativa, por si só, não operará as modificações almejadas, no sentido de melhorar as relações de trabalho e, conseqüentemente, as condições de vida e dignidade das pessoas. É preciso que a mudança da lei seja acompanhada de um desenvolvimento econômico da sociedade e de uma evolução cultural e educacional da força de trabalho. As negociações entre o capital e o trabalho, bem como as ações dos operadores do direito, devem acompanhar a dinâmica social, política e econômica. Nosso modelo, intervencionista e protecionista, deve, gradativamente, ceder espaço à autonomia coletiva dos particulares.

Não é, sem dúvida, uma tarefa fácil, como aliás, não é fácil qualquer período de transição. Os programas atuais pretendem ampliar o poder de arbítrio de empregados e empregadores, provocando, via de conseqüência, a tão falada flexibilização. Tenha-se em mente, porém, que este não é um prognóstico para um futuro distante, mas sim a realidade dos dias atuais.

O conceito de salário, gênero do qual o salário-utilidade é espécie, vem sofrendo modificações influenciadas pelo processo econômico no qual se insere. Além do clássico exemplo da participação nos lucros e resultados que foi desvinculada dos salários, pode-se lembrar as cláusulas de instrumentos normativos coletivos sobre cestas básicas, que, embora sendo, para alguns, salário-utilidade, em diversas negociações são tratadas como obrigações não salariais. Nesse âmbito das utilidades, a jurisprudência já vinha dando sinais de modificação, introduzindo o novo conceito de indispensabilidade para o serviço como norteador da divisão entre as utilidades salariais e não salariais. Com o advento da nova redação dada ao art. 458 da CLT, a partir de 19.06.01, um novo marco se estabeleceu no desenvolvimento dos salários dentro da legislação nacional.

O sempre lembrado Amauri Mascaro NASCIMENTO aborda a noção de salário não apenas como uma questão de economia, mas também de ética, na medida em que promove os meios destinados à subsistência do trabalhador e sua família. Já dizia ele, antes da edição da Lei 10.243, que uma concepção ampla do salário desestimula a concessão de vantagens não salariais de que o trabalhador necessita e que deixam de ser fornecidas pelo empregador, na medida em que, sendo salário, provoca a incidência de encargos e tributos. E dizia mais:

"Há dúvidas quanto ao acerto da configuração salarial das utilidades em um País no qual o hipossuficiente não é atendido de modo adequado em suas necessidades básicas de habitação, alimentação e transporte. (...) ...a inclusão das utilidades no salário exerce efeito desestimulante para a sua concessão pela empresa, quando é do interesse social o seu fornecimento gratuito".²³

²³ in "Reflexos da Flexibilização no Conceito de Salário", Rev. da Academia Nacional de Direito do Trabalho, ano VII, n. 7, 1999

Sem dúvida, incumbe ao Poder Público garantir à sociedade condições dignas de moradia, transporte, alimentação, saúde, etc. Entretanto, se ele não consegue satisfazer tais necessidades básicas e vitais, melhor é estimular as empresas para que o façam, e para esse fim em nada ajuda uma concepção amplíssima de modalidades complementares de salário.

Para aceitar sem traumas as novas noções flexibilizadas de salário, bem como de outros conceitos do Direito do Trabalho, é preciso afastar deste último o estigma de protetor apenas dos interesses dos trabalhadores. O legislador laboral sempre estabeleceu direitos e obrigações para ambas as partes do contrato de trabalho, embora, na maioria das vezes, se tem a impressão de que o trabalhador tem mais direitos do que deveres.

Em suma, é de nossa opinião que, na impossibilidade de garantir ao trabalhador um salário em pecúnia de valor suficiente para atender suas necessidades, mais vale a concessão de um benefício não salarial, do que a caracterização como salarial de um benefício não concedido. Longe de pensarmos em meras liberalidades patronais, sujeitas a uma vontade unilateral, não podemos também "engessar" o instituto do salário in natura, sob pena de condená-lo ao desaparecimento. Sob o temor de ver taxado como salarial qualquer benefício concedido, os empregadores vinham restringindo cada vez mais as concessões. Qual seria, pois, o futuro desse instituto, não fossem as alterações ocorridas e, por que não, ainda por ocorrer?

Para aqueles que ainda relutam contra a flexibilização e as alterações que dela decorrem, lembramos as palavras do Barão de Itararé, para que "não é triste mudar de idéia. Triste é não ter idéia para mudar."