

A Logística do Atual Direito Coletivo do Trabalho e a Realidade Brasileira

Washington Luiz da Trindade

APRESENTAÇÃO

Washington Luiz da Trindade

É Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 5.^a Região, membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.

A LOGÍSTICA DO ATUAL DIREITO COLETIVO DO TRABALHO E A REALIDADE BRASILEIRA

1. Uma guerra monstruosa de ideologias extremadas, uma descoberta sinistra que pareceu, às suas incautas e infelizes testemunhas, que o Sol ressurgira no Ocidente; uma aceleração insuspeitada pelos mais talentosos, cavando uma brecha abismal dos mundos em confronto: eis os ingredientes das mudanças que estamos experimentando e o séquito de suas consequências, ameaçadoramente incontroláveis.

A partir daquele momento, nos fins da primeira metade deste século, juntou-se, aos ventos que saíram varrendo a Terra, a perda geral de posição na existência espiritual do homem.

Na verdade, em razão dos seus engenhos e da aceleração gerada pelo uso de suas máquinas, *“o homem nunca está univocamente aqui, porque está simultaneamente além. Nunca está presente plenamente, porque, em cada momento do presente, vive também no passado, já agora indiscriminadamente presentificado. “O seu poder (o da técnica), que a princípio foi uma força superior do homem fabricante, torna-se estranhamente impessoal. O homem, na era da técnica, sente-se rendido ao que foi a sua própria força, que lhe fugiu das mãos e dispõe dele, usurpando-lhe o poder”* (1)

Quando nos demos conta desta macabra situação, já estava traçado o roteiro dos que partiram para a arregimentação dessas forças em busca da *vontade de poderio* (Nietzsche) e os que, em sua fraqueza, atrasaram-se. Nasceu o primeiro dilema internacional entre os que, de um lado, decolaram para a interpretação científica e tecnológica da História e, de outro lado, os que não puderam ou não quiseram incompatibilizar-se com a Natureza.

Ampliava-se o “gap” entre os que aceitaram o desafio da

1 — Wilhelm Weischedel, “A Filosofia no Limiar da Era Atômica”, in Humboldt, Bruskmann, Munchen, BRD, citado pelo autor no seu opúsculo “LEASING, negócio jurídico fiduciário”, Distribuidora de Livros Salvador Ltda., Salvador, Bahia, 1972.

Ciência e os que insistiam em não confundir Desenvolvimento com Progresso. Acentuou-se ainda mais a distância entre os que aproveitaram o imenso potencial tecnológico e industrial e os que aceitaram os limites da produção predominantemente primária; entre os que dominaram a criação dos bens finais, gerando recursos pelo capital investido e os que, desarticulados economicamente, dependem dos poderosos; entre a *economia nacional* e a *economia cosmopolita*; entre a autodeterminação política, para preservar fronteiras, e o atrelamento aos sistemas transacionais; enfim, entre o mundo da abundância e o mundo d fome.

1.1. Tudo, pois, está girando em torno de instituições e mecanismos que atenuem a pobreza humana, que ameaça paradoxalmente os bem alimentados e arruina, categoricamente, os que a sofrem.

Já observamos alhures que o renascimento da questão teológica da *igualdade* ajuda a entender essas dificuldades, colocando o Direito do Trabalho na atualidade com uma forte conotação de *Justiça das Necessidades* que se realiza, menos pelo grau de merecimento nascido da propensão ao Trabalho, do que pela exigência de garantir empregos, de assegurar o bem-estar para todos (L. Erhard), de manter um alto nível de ocupação na sociedade do trabalho que enfrenta, ironicamente, o monstro proteiforme do desemprego.

O importante é negar a irremediabilidade da pobreza humana e devolver ao homem o comando das forças liberadas que o arrastam ao estranho nihilismo em que foi atirado.

É fundamental alertar os juristas para um compromisso maior com o homem, enquanto indivíduo, abandonando o esquema de uma ordem jurídica de confronto entre o Capital e o Trabalho, que deve ser substituída por uma ordem jurídica de composição de forças sociais, para a satisfação de um mínimo de necessidades sentidas igualmente por todos.

Quanto mais se protege o homem, vale dizer, a condição humana, tanto mais se realiza o ideal de Justiça. Certamente, não haverá ordenamento jurídico compatibilizado com a idéia de Justiça se a norma jurídica e os tribunais que a aplicam não desmassificarem o homem (*A. Toffler*).

O compromisso maior que começa a despontar com a *desindustrialização* do homem, prepara, pelo valor revolucionário da Justiça, as bases de uma nova civilização, de sorte que se examine a natureza jurídica do desenvolvimento (crescimento material e tecnológico), ponderando a densidade humanística que a deve revestir, guardando o equilíbrio entre a *regra democrática* e a *regra tecnocrática*.

Só assim, os juristas terão assegurado ao homem, como destinatário de todas as conquistas da sua inteligência, um estágio em que os governos e as máquinas sejam a causa do seu bem-estar e nunca a fonte dos seus desesperos.

2. Na civilização pluralista que vivemos, tocada pelos ciclones da aceleração científica e tecnológica, o estilo de pensamento jurídico volta-se, com intensa disposição, para o confronto entre o *rigorismo lógico* das travações jurídicas racionalistas e a invenção nascida do senso comum, entre o apodítico e o dialético, entre a regra moral e a regra técnica.

Nesta estratégia, os limites intransponíveis das *hipóteses legais* não podem esgotar todos os meios de busca de pontos-de-vista que ampliem e completem o valor jurídico editado pelo Legislador, quase sempre engastado em *termos indeterminados*, na Constituição e nas leis.

Surgem, pois, novas fórmulas de procura (*Th. Viehweg*), pensamentos situacionais, algumas sob a forma de faculdades interinas, inspiradas no senso comum, na conveniência das crises, das depressões demoradas, visando a salvar o homem, enquanto indivíduo, transformado pelo Estado Industrial em peça insignificante de sua *tecnoestrutura* (J.K. Galbraith).

Todo o Direito do Trabalho contemporâneo está voltado para esse estilo de pensamento, mais direcionado para a *invenção* do que para as concepções lógicas, inabalavelmente frias.

O tempo é de senso comum, prológico, como antítese à *idolatria da potestas*, (Dworkin), da cômoda tutela estatal, cujo paternalismo, a pretexto de proteção do homem, termina por desamparar os que se acham no subsolo da vida, nas áreas alagadas da História.

As regras rígidas estão sendo abaladas, ao contacto com os conceitos reequilibradores da convivência pacífica. A regra tecnocrática do direito de reparação, os juristas contrapõem a regra democrática da *participação, do direito de informação, da codecisão*.

Aos mecanismos hostilizadores do direito tutelar do Trabalho prevalece o conceito amortecedor (O. Gomes) da garantia do emprego, das estabilidades provisórias deduzidas nas convenções coletivas e nos Tribunais do Trabalho.

Se o poderio das circunstâncias econômicas induzem a eliminar empregos dentro da estrita legalidade, a idéia de Direito opõe a essas obscenidades do Estado industrial o temperamento do Estado ético, através dessas situações interinas que aliviam as tensões entre os empobrecidos e as elites estratégicas da comunidade.

3. Começemos, pois, pelo poder normativo da Justiça do Trabalho.

Cumpra distinguir duas situações bem visíveis: a função completante do Juiz, manejando a norma criada pelo Legislador e a que se exercita nos casos de lacuna, deficiência ou ausência de regra positiva.

Neste último caso, o art. 8.º da CLT deu solução suprapositiva, por via de equidade, analogia, costumes e direito comparado, na insuficiência ou na falta de *disposição legal ou contratual*.

A fórmula adotada pela CLT, em sendo geral, alcança dissídios individuais e coletivos, permitindo construção mais livre pelo Juiz ou Tribunal, com apelo ao *meta-sistema* da equidade, da analogia e dos princípios gerais do Direito, para evitar a negação da Justiça, notadamente em Direito Social.

Ainda assim, o recurso ao *meta-sistema* não é de toda uma criação livre do Juiz ou Tribunal, porque, mesmo na ausência de lei, não pode o julgador criar *valor jurídico novo*, vale dizer, não pode criar norma que contrarie as *bases* do ordenamento em vigor.

A discussão doutrinária no particular tem dividido seriamente os escritores no tocante à *plenitude lógica do Direito*.

Defendem-na *Hans Kelsen* e *D. Donati*, com pequenas variações, ao afirmarem que o sistema romano-germânico da lei escrita contém, necessariamente, ao lado de inúmeras regras de casos particulares, "*uma regra geral completante*, que determina a solução a ser dada aos casos não previstos nas fórmulas legais" (2).

Tal solução corresponde a que o caso tratado deve ser resolvido conforme a fórmula legal obrigatoriamente ou, no caso não previsto em regra legislativa, o sujeito de direito (ou pretensor) tem liberdade de agir, conforme a *lei geral da indeterminação* (*Wunschrecht*).

Pelo raciocínio de *Kelsen* e de *Donati*, esta *lei geral da indeterminação* permite ao Juiz resolver diretamente ou indiretamente todos os casos que se lhe apresentem, porque a aplicação do Direito é um processo lógico de exclusão, eis que tudo aquilo que não está previsto na Lei, seja para fazer ou não fazer, está livre. Tal *lei geral de liberdade* seria o *domínio não regido do Direito*, podendo o pretensor ou o Juiz comportar-se como quiser.

Tal entendimento, no seu rigor lógico, seria danoso nas relações de trabalho. Deixadas livres as partes, sem recurso à

2 — E. Wolf, "Les Lacunes du Droit et leur Solution en Droit Suisse", in Chaim Perelman, "Le Problème des Lacunes en Droit", Bruxelles, 1968.

analogia, aos costumes, ao direito comparado, aos métodos de ampliação da norma, para preenchimento das lacunas legislativas, e não podendo o Juiz negar a Justiça, invocando a regra do *non liquet* (não está claro), o sentido tutelar do Direito do Trabalho estaria seriamente abalado frente ao poder econômico do empregador. Algumas vezes esse empregador é o próprio Estado, cujo poderio acaba sempre prevalecendo no confronto que se instala entre o Estado-*ordem jurídica* e o Estado-*poder econômico*.

3.1. Fora, portanto, desses recursos meta-sistemáticos o dissídio coletivo estaria ocupando o espaço reservado ao Legislador, substituindo-o sem autorização da lei fundamental, que retrata as bases do ordenamento jurídico.

Assim, a função completante do Tribunal, em havendo lei regulando a espécie, seria o uso adequado do método de interpretação, que esgotaria do texto toda a idéia de Direito (*Rechtsidee*) que ele contém. Nessa atividade completante, o Tribunal preenche a sua função sem substituir-se ao legislador, mantendo-se, ao mesmo tempo, nos limites legais e constitucionais, ao estabelecer cláusula normativa segundo as *hipóteses que a lei especificar* (art. 142, § 1.º, da C. Federal).

Este entendimento não significa, senão aos menos avisados, que, ao poder normativo da Justiça do Trabalho, ficou apenas, no citado dispositivo da C. Federal, a função de repetir a lei, desnecessariamente.

Não é bem assim, porque a função judicante, caracteristicamente completante, corresponde à interpretação razoável das *hipóteses legais* (art. 142, § 1.º da C.F.), ao exame da história de sua sanção, para extrair a *idéia de Direito* que está contida na lei (forma escrita do Direito), bem como nas ampliações possíveis desse texto, de modo a que o seu alargamento alcance o maior número de jurisdicionados.

Dentro deste conceito de função completante, a área de atuação dos Tribunais é muito grande, sem deixar margem a extrapolar os limites gizados pelo Legislador.

Aos Tribunais fica o poder de manejar a norma escrita, sem afastar-se o julgador do centro gravitacional do *critério de estrita legalidade*, a que se refere o legislador, no art. 1.109 do C.P.C.

Não se trata, pois, de seguir, como um autômato, a letra da lei, mas exercitar o poder normativo dentro das *hipóteses especificadas pela lei*.

3.2. Na hermenêutica jurídica muitos são os caminhos já percorridos, vários os métodos e critérios adotados pelos

Juizes, em busca da *telesis legal*, o *ponto-de-vista* (topos) do legislador, desde *F. Geny* a *Carlos Maximiliano*.

Da obra exegética dos Juizes, desde a *jurisprudência do interesse*, na busca da *vontade do legislador*, até os estudos de lógica jurídica, que investigam as lacunas da noção de valor (*Wertungslücken*) ensina *E. Wolf*, da Universidade de Bâle, que o legislador suíço deixou, no Código das Obrigações, uma infinidade de termos genéricos, tais como “atos ilícitos”, “erro”, “atos contrários aos costumes”, “enriquecimento ilícito”, “negligência”, que falam visivelmente do “*poder de apreciação do Juiz*” (3).

Recorda o mesmo *E. Wolf* que esses termos genéricos, chamados na doutrina de *termos indeterminados*, encontrados nas leis e na Constituição, acabam por “*delegar ao Juiz a tarefa de fixar o seu sentido, através de decisões de casos concretos. Existe um silêncio proposital do legislador, enunciando noções de valor (Wertbegriffe) sem as definir, ficando aos Juizes a responsabilidade do preciso conteúdo de tais termos*” (4).

A este propósito, avulta nas teorias modernas o método de *Luc Silance*, ilustre advogado belga, denominado de *indução ampliativa*, destinado a pesquisar o conteúdo das normas, não através do exame do texto enquanto expressão gramatical ou da simples análise gramatical da frase jurídica, mas executando operação de mergulho na idéia de Direito (*Rechtsidee*) que o legislador procurou exprimir.

Não é trabalho semântico, apenas, de saber o que valem as palavras na frase jurídica, mas avaliar a *carga ideológica* de Direito que o legislador pretendeu traduzir (5).

O próprio *Luc Silance* explica o seu método, dizendo que se trata de uma “*operação intelectual visando a inferir dos textos a existência de um princípio geral que o inspira, seja o da liberdade individual, o do respeito ao direito de defesa ou o da igualdade na distribuição dos encargos da vida em sociedade*” (6).

Assim, a temática do dissídio coletivo, já extensa nos dias atuais, pode ainda crescer, se tratada pelo método da indução ampliativa, permitindo a dilatação de direitos individuais, dentro das *hipóteses legais*.

Essa indução ampliativa poderia abranger questões trata-

3 — Cf. o mesmo *E. Wolf*, *op. cit.* e ainda “Derecho del Trabajo e Ideologia”, do Prof. *M. Carlos Palomeque*, Akal, Universitaria, Madrid, 1980.

4 — *Idem*, *Ibidem*.

5 — Cf. do autor “O Superdireito nas Relações do Trabalho”, Distribuidora de Livros Salvador Ltda., Salvador, Bahia, 1982.

6 — *Luc Silance*, “Un Moyen de Comblar les Lacunes en Droit: L’Induction Amplifiante”, Bruxelles, 1968, in *Ch. Perelman op. cit.*

das insuficientemente pelos outros métodos hermenêuticos, tais como as relativas ao aumento salarial e às taxas de produtividade, tratamento da saúde dos filhos dos operários, abono de faltas, parcelamento do desconto assistencial, salário de ingresso, garantias de emprego, mora salarial, estabilidade sindical, comprovantes de pagamento, nota ou *memorandum* de despedida, fornecimento de material, seguros, cláusulas analógicas, regras do trabalho rural, repouso domiciliar, salário complessivo, salário dos dias de chuva, abrigo nos locais de trabalho, *dia* da categoria e tantos outros (7).

São temas que os Tribunais, muitas vezes, repelem, com a simples afirmação de que se trata de matéria já prevista em lei ou dependente de lei, levando a Justiça do Trabalho ao paradoxo de negar Justiça em *hipóteses legais* já incorporadas à Ordem Jurídica ou latentes nas bases constitucionais, faltando apenas a *indução ampliativa*.

4. Ao lado dessa indução ampliativa, o Direito Sindical contemporâneo, na Europa, abre espaço muito significativo às novas fórmulas de procura da convivência pacífica, através de novos conceitos reequilibradores da negociação coletiva, da ação coletiva e dos seus consectários mais importantes: a *codificação*, a *informação*, a *consulta* e a *ampliação dos direitos já enunciados em hipóteses legais*.

O grande laboratório do Direito do Trabalho no Brasil, o Tribunal Superior do Trabalho, tem muita experiência no particular dos dissídios coletivos que chegam àquele Alto Pretório pelo recurso ordinário.

Bastaria, certamente, que o método da indução ampliativa fosse mais aproveitado, para que as cláusulas votadas naquele E. Tribunal formassem elenco mais volumoso de direitos latentes nas *hipóteses legais* ou já translúcidos nas bases da Lei Fundamental.

Graças a esta atividade ampliativa dos Tribunais do Trabalho, existem, hoje, mais de oito figuras de estabilidades provisórias, das quais, algumas têm sido rejeitadas pelo Excelso STF.

4.1. Com referência à Convenção Coletiva, pouco usada no Brasil, acordos ou contratos coletivos ou qualquer outro ato jurígeno será indispensável observar a "estrita legalidade", prevista no art. 1.109 do C.P.C., ou seja, ao legislador ordinário reserva-se o poder de criar hipóteses, explicitar casos.

Havendo regra ordinária proibitiva, entendemos que a con-

7 — Cf. do autor "A Fundamentação Teórica da Garantia do Emprego", comunicação ao Congresso Internacional de Direito do Trabalho, Manaus, 1983.

venção e o acordo não podem desacatar a lei. Mas, inocorrendo o limite negativo (proibição), o espaço em branco do Direito poderá ser preenchido pela convenção ou pelo acordo, usando-se o critério da lei da indeterminação de *Kelsen (Wunschrecht)*, isto é, o que *não estiver regrado* pode ser, por qualquer forma, negociado.

É certo, porém, que o balisamento legal, em Direito do Trabalho, não pode ser desacatado nem desobedecido, sob pena de frustrar-se a garantia de tutela ao hiposuficiente, ínsita na norma trabalhista.

4.2. Outros mecanismos amortecedores de conflitos interindividuais são examinados e experimentados na Europa, onde a posição extremada dos sindicatos, notadamente o franco-italiano, deixa lugar ao estudo da *informação*, da *consulta* e da *administração participativa* ou participação na gestão, como diz o nosso legislador constitucional. Tais medidas visam, agora, a assegurar um nível de emprego tolerável no sistema empresarial, tendo em vista o monstro do *desemprego* (8).

Em recente trabalho, o professor *Gino Giugni* já denomina de “garantismo” ao sentido doutrinário tomado pela política sindical mais representativa na Itália. A idéia desenvolve-se “*para manter sempre alto o nível de garantias alcançadas pelos trabalhadores, estendendo-a até aos extratos submersos das massas operárias... Tal garantismo deve ser pensado com vista à sociedade pos-industrial, dotada de particular velocidade de decisão, certamente capaz de evitar ou eliminar o garantismo inútil ou obsoleto, mas visando às novas técnicas de administração participativa*” (9).

O objetivo é que a produção seja o esforço comum dos interessados, jamais a composição permanente do conflito entre Capital e Trabalho, pelo que se há de constituir um novo Direito do Trabalho, participe dos valores da sociedade industrial (10).

5. Outro ponto decisivo na questão abordada foi tratado na *Convenção 031 da OIT* e sobre o qual já tivemos oportunidade de escrever.

A Convenção 131 de maio deste ano, traça os limites para

8 — Cf. **Gino Giugni**, “Il Diritto del Lavoro negli Anni 80”, Giuffré Editore, 1983, **estratto da Studi in Onore di Tito Carnacini**, vol. primo, Itália.

9 — V. **Adolfo di Majo e Mattia Persiani**, “Cassa Integrazione, Poteri dell’Imprenditore e scelta dei Lavoratori”, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, n. 18, anno V, diretto da **Gino Giugni**, FAE Riviste, Milano, Italia.

10 — Cf. in **op. cit.** n. 17, anno V, 1983, estudo de **Roger Blanpain**: “Informazione nell’Impresa: ricognizione Comparativa”, p. 43; também **Tiziano Treu**, “L’Intervento del Sindacato nella Politica Economica, **op. cit.** p. 67.

os “salários mínimos”, com atenção aos grupos de assalariados desprotegidos, estabelecendo nos países que a ratificaram (o Brasil já ratificou a Convenção 131) o respeito obrigatório a essas novas *fórmulas de procura*, tais como a *consulta* e a *informação*, agora alçadas a direito expresso, estudado por eminentes juslaboralistas ⁽¹¹⁾.

Exige a Convenção 131, de Genebra, que a produtividade resulte das *consultas* feitas diretamente às organizações representativas de empregadores e empregados. Deixa, assim, de ser um número arbitrário, definido nos Tribunais ou nos decretos, que a coarctam entre um número dígito (4, no T.S.T.) ou o zero, este equivalendo a dizer inexistente a capacidade de produção em todas as categorias profissionais, o que representa inaceitável grosseria normativa.

O mérito, pois, da Convenção 131 está em que, para o Brasil, ingressam, em forma de *hipótese legal*, os institutos da *informação*, da *consulta*, da *participação na gestão*, este último já firmado na C. Federal sob a forma de “*termo indeterminado*”.

Assim, as nossas conclusões são as seguintes:

a — Os riscos da pobreza humana, que, paradoxalmente, ameaçam os bem alimentados e arruinam, categoricamente, os que a sofrem, ao lado da renascente questão teológica da *igualdade*, colocam o Direito do Trabalho, na atualidade, com uma forte conotação de *Justiça das Necessidades*.

b — É fundamental alertar os juristas para um compromisso maior com o homem, enquanto indivíduo, buscando uma Ordem Jurídica de composição de forças sociais (WORKING TOGETHER), para a satisfação de um mínimo de necessidades sentidas igualmente por todos.

c — A *desmassificação* ou *desindustrialização* do homem significa, a um só tempo, a procura de um Estado ético, de compatibilização da norma tecnocrática do desenvolvimento com a regra democrática de densidade humanística na “*carga de decisões sociais*”.

d) — O poder normativo da Justiça é um mecanismo amortecedor para chegar-se, proximamente, à meta apontada pela compatibilização da regra lógica, de tecnologia jurídica, com a regra tópica, de senso comum.

e — Nesta ordem de idéias, o poder normativo não configura poder criador, mas completante das hipóteses legais a que se refere a Lei Fundamental.

11 — Cf. Lord Wedderburn of Charlton, “Il Diritto i Informazione ed Evoluzione della Contrattazione Aziendale”, in *Giornale di Diritto del Lavoro*, op. cit. n. 19, anno V, 1983, p. 513.

f — Movendo-se dentro dos limites traçados pela lei, os Tribunais podem ampliar a idéia de Direito contida no texto, *sem criar valor novo*, mas exprimindo a *carga ideológica do Direito*, em dado momento histórico, completando a *telesis* do legislador.

g — Além dos métodos de interpretação do texto legal, avulta, atualmente, o da *indução ampliativa*, de Luc Silance.

h — Outros institutos de Direito Coletivo começam a despontar entre nós, tais como o da informação o da *consulta*, o da *administração participativa* ou da co-gestão.

i — No particular a *Convenção 131 da OIT*, ratificada pelo Brasil, em vigor desde maio p. passado, é um valioso instrumento para começar a compreender o Direito do Trabalho como o Direito das Necessidades.