

CONVENÇÃO 158, DA OIT: UM CASO REVELADOR DA IDEOLOGIA DO DIREITO.

Jorge Luiz Souto Maior^(*)

Independentemente de se discuti-la sob todos os seus aspectos, não se pode negar que a lei, vista como regra positivada, possui objetivos, isto é, exerce uma função de meio para se atingir a determinados fins⁽¹⁾. A lei, portanto, possui um juízo de valor sobre o fato regulado. Daí a teoria tridimensional do direito de Miguel Reale (fato-valor-norma). Essa valoração, no entanto, é permeada de ideologia, no sentido de "conjunto aparentemente coerente de crenças invocadas por grupos e classes sociais para justificar seus atos e fundamentar suas opiniões"⁽²⁾. A lei, assim, é um utilitário, que pode ser usado para os mais variados escopos, o que nos leva à discussão da organização política do Estado e da própria função política da lei e, ainda, conseqüentemente, da atuação política daqueles que interpretam e aplicam a lei. Nesses termos, pode-se dizer, existem tantos ordenamentos jurídicos quantos forem os objetivos políticos a que sirva. A identificação desse objetivo consiste, exatamente, na revelação do que se tem chamado espírito da lei.

A função do direito, por exemplo, no Estado liberal era reprimir e proteger. Proteger a propriedade privada e reprimir as condutas contrárias à ordem. Em outras palavras, a lei servia para preservação das situações constituídas. A falência do Estado liberal deu origem ao surgimento do Estado intervencionista, no qual o papel da lei passa a ser o de promoção de certas atitudes por partes dos indivíduos. Nesse último sentido, o próprio direito passa a ser visto como "instrumento de direção social, o qual se vale dos mecanismos de integração e socialização para mobilizar indivíduos, grupos e classes em torno de fins estabelecidos e justificados por critérios de racionalidade material"⁽³⁾. O que vale, para efeito de dar eficácia à lei, não é mais a sanção pelo seu descumprimento

^(*) Juiz do Trabalho, presidente da 2a. JCJ, de Araraquara. Especialista, mestre e doutorando em direito do trabalho pela Faculdade de Direito da USP.

⁽¹⁾ Faria, José Eduardo, Eficácia Jurídica e Violência Simbólica, São Paulo, Edusp, p. 104.

⁽²⁾ Faria, idem, p. 102.

⁽³⁾ Faria, ibidem, p. 93.

e sim o "condicionamento psicológico", que induz a aceitabilidade natural da norma, uma vez que esse novo ordenamento visa não a uma postura passiva, mas ativa, ou seja, visa à realização de determinados comportamentos⁽⁴⁾.

O problema da interpretação das leis, no entanto, demonstra-nos que o sentido da lei é aquele que se lhe atribui e não aquele que está em sua essência, ou seja, aquele que se pretendeu estar na norma, quando de sua criação, o que gera a fragilidade de se buscar, pela lei simplesmente, a consecução de certos objetivos político-ideológicos. Entre a lei e os objetivos buscados há sempre o risco de uma interpretação criativa do direito, dentro de padrões lógico-rationais, que conduzam a lei, na sua aplicação, a alcançar objetivos diversos daqueles para os quais fora constituída.

Por isso é que se procura utilizar não apenas de mecanismos técnico-científicos, que limitam a análise jurídica, mas igualmente de outras fórmulas de formação da própria cultura, tanto jurídica, que delimita o campo da atuação do direito, quanto social, que induz nas pessoas uma aceitação pacífica dos valores contidos nas normas, o que, em última análise, confere legitimidade ao sistema atual marcado pelas regras de comportamento incentivado.

Isso é feito, entretanto, não de uma maneira agressiva ou repressora, mas disfarçadamente - já que hoje, com o aumento da consciência de cidadania, a legitimidade não se adquire mais pela força impositiva. Nisso consiste, exatamente, aquilo que se denominou, exercício do poder de violência simbólica.

⁽⁴⁾ "Enquanto instrumento de controle social, ele - o direito - sempre se caracterizou pelo uso de meios coercitivos com funções repressivas, instrumentalizando, por intermédio da coerção, as sanções negativas representadas pelas penas, multas e ressarcimento de danos. Contudo, com a ampla expansão dos meios de comunicação de massa foram sendo desenvolvidas formas de controle distintas daquelas tradicionalmente representadas pela dogmática jurídica: um controle não mais exclusivamente coativo, porém persuasivo, cuja eficácia é baseada não no exercício regulado da força física, mas pelo condicionamento psicológico. A diferença entre a técnica de incentivo e a tradicional da sanção negativa está precisamente no fato de que o comportamento que tem conseqüências jurídicas não é a inobservância, mas sim a observância." (Faria, José Eduardo, ob. cit., "Eficácia...", p. 100)

Como adverte José Eduardo Faria⁽⁵⁾, os sistemas simbólicos estabelecem "um processo de homogeneização dos atos sociais e de descompromisso valorativos dos indivíduos, por meio do qual estes reconhecem a ordem estabelecida ao mesmo tempo em que não são capazes de perceber o poder dissimulador das contradições, das desigualdades e das hierarquizações inerentes às instituições codificadoras".

A violência simbólica consiste, portanto, no "poder de impor significados e cometimentos como legítimos, dissimulando as razões de força que estão no fundamento dessa força, agregando sua própria força simbólica a essas relações de força"⁽⁶⁾.

Apresenta-se indisfarçável, no entanto, que no sistema tradicional a harmonia se encontra pela ameaça contida nas normas com sanção, enquanto que no sistema promocional a eficácia é uma conquista e se dá pela adesão dos destinatários das normas. Nesse novo sistema, o pressuposto, portanto, é que haja sintonia das normas com as aspirações sociais. Essas aspirações sociais, todavia, não são livremente formadas. Elas são igualmente desvirtuadas, exatamente pelo uso dos sistemas simbólicos e de recursos retóricos⁽⁷⁾. Os anseios sociais, assim, são reflexos de um senso comum retórico imposto à sociedade de cima para baixo, o que caracteriza, em outras palavras, uma forma de repressão. O simbolismo de tal violência consiste exatamente no fato de que tal repressão nunca confessa-se como tal, utilizando-se, para tanto, das "bandeiras da manutenção da ordem social, da consciência moral universal, do bem-estar e do progresso de todos os cidadãos"⁽⁸⁾. Desse modo, "os sistemas simbólicos fazem com que as múltiplas pressões exercidas pelas corporações sobre seus membros pareçam leves e até respeitadas"⁽⁹⁾.

No sistema jurídico promocional, de estímulo e desencorajamento, a lógica jurídica não segue à

⁽⁵⁾Ibidem, p. 101.

⁽⁶⁾Ibidem, p. 109.

⁽⁷⁾Faria, ibidem, p. 110.

⁽⁸⁾Faria, ibidem, p. 125: "Ela se negará enquanto violência, visto que a violência é sempre a expressão da força nua e não da lei - e como fundar uma ordem a não ser sobre uma lei aceita e interiorizada? A relação de força vai então desaparecer enquanto tal, será sempre coberta por uma armadura jurídica e ideológica."

⁽⁹⁾Faria, ibidem, p. 146.

do molde tradicional. Como explica Faria⁽⁹⁾, o legislador é levado a "influir sobre os fatores condicionantes dos comportamentos discrepantes, não com a finalidade de reprimi-los diretamente, mas sim com o objetivo de impedir que eles realmente ocorram". Há, por assim dizer, um ataque direto às causas que determinam o comportamento disfuncional.

A violência simbólica funciona no sentido de formar o convencimento quanto à retidão de determinado modo de agir, o qual, por sua vez, está de acordo com interesses nem sempre revelados. Nesses termos, "a cadeia das múltiplas possibilidades interpretativas é rompida por interpretações mais precisas que, almejando a modificação dos comportamentos na lógica das metas globais estabelecidas pelas elites modernizantes e/ou pelos gerentes, privilegiam a vontade do legislador/executivo a elas vinculado"⁽¹⁰⁾.

O processo de convencimento, por intermédio de uma violência simbólica, é realizado pelos órgãos burocráticos administrativos e mesmo por organizações privadas, nas quais há o poder de decisão sobre a vida e a conduta de outras pessoas, como nas empresas com relação a seus empregados. E, para facilitação desse processo, quanto mais genéricas e inespecíficas forem as normas melhor⁽¹¹⁾.

Entretanto, paradoxalmente, isso abre o campo jurídico a uma discussão, tendo à vista a politização, cada vez maior, dos diversos grupos sociais, trazendo de volta o problema das múltiplas possibilidades interpretativas.

Por isso, Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁽¹²⁾ procura demonstrar que a violência simbólica é essência na

⁽⁹⁾ Ibidem, p. 101.

⁽¹⁰⁾ Faria, ibidem, p. 148.

⁽¹¹⁾ "Dada a profusão de instruções, resoluções, pareceres e decretos editados conforme a dinâmica das transformações sócio-econômicas, ampliando os poderes de intervenção em esferas administrativas anteriormente dotadas de estreito poder regulamentar, a flexibilidade e a diversidade dos modos de juridicidade mais recente vão deixando em aberto inúmeros problemas que aumentam o potencial autoritário dos 'anéis' burocráticos, sem que existam parâmetros normativos de controle." (Faria, ob. cit., "Eficácia...", p. 148)

⁽¹²⁾ Introdução ao Estudo do Direito, São Paulo, Ed. Atlas, 1994, pp. 255-285)

hermenêutica jurídica e se concretiza pelo uso competente da língua.

As leis são feitas de palavras, diz Tércio⁽¹³⁾, palavras que são retiradas da linguagem cotidiana e recebem um sentido técnico. Esse sentido técnico, no entanto, não é totalmente independente do sentido comum, fazendo surgir "dúvidas que emergem da tensão entre ambos" sentidos.

Há, portanto, a necessidade de se estabelecer o sentido das normas, mas isso não é feito em tese, isto é, exige a presença de um dado concreto que se queira ver abrangido, ou não, pela norma. A hermenêutica possui, portanto, "uma finalidade prática"⁽¹⁴⁾.

Tércio⁽¹⁵⁾ explica que a língua é um sistema de símbolos e relações. Os símbolos são os signos artificiais, criados pelos seres humanos, para atribuição de significados, isto é, estar no lugar de algo. Esses símbolos, no entanto, isoladamente nada significam. A sua significação depende do uso que se faz do objeto definido e essa identificação do uso somente se dá no ato da fala. A palavra, assim, adquire um sentido determinado pelo contexto em que é utilizada no ato da fala, o que implica dizer que os símbolos admitem significados diversos. Os símbolos, ainda, podem ser vagos (campo indefinido) ou ambíguos (qualidades diversas). Além disso, a combinação dos símbolos exige respeito a regras sintáticas, que nem sempre limitam o campo de possibilidades de sentidos, pelo contrário, dão margem à confusão dos sentidos. E, por último, os símbolos podem ser usados de modos diferentes, dependendo de suas funções pragmáticas, isto é, os propósitos a que sirvam (carga emocional).

Além disso, a fala exige um receptor, que tenha capacidade de entender a mensagem. Isso não significa, no entanto, que a mensagem emitida corresponda,

⁽¹³⁾ Idem, p. 255.

⁽¹⁴⁾ Ibidem, p. 256: "Na verdade, o propósito básico do jurista não é simplesmente compreender um texto, como faz, por exemplo, um historiador ao estabelecer-lhe o sentido e o movimento no seu contexto, mas também determinar-lhe a força e o alcance, pondo o texto normativo em presença dos dados atuais de um problema. Ou seja, a intenção do jurista não é apenas conhecer, mas conhecer tendo em vista as condições de decidibilidade de conflitos com base na norma enquanto diretivo para o comportamento."

⁽¹⁵⁾ Ibidem, pp. 257-259.

sempre, à mensagem recebida. Isso porque, do complexo simbólico enviado pelo emissor o receptor extrai algumas possibilidades, num processo de seletividade, que pode não coincidir com a seletividade feita pelo emissor, o que conduziria a sentidos diversos do mesmo complexo simbólico e, portanto, a interpretações diferentes desse complexo. Nesse sentido, a seletividade das possibilidades significativas confunde-se com a própria interpretação. Essas possibilidades situam-se na identificação dos significados dos símbolos pelo seu uso, o que pressupõe um conhecimento das regras de "controle da denotação e da conotação (regras semânticas), de controle das combinatórias possíveis (regras sintáticas) e de controle das funções (regras pragmáticas)"⁽¹⁶⁾.

Essa complexidade da comunicação humana levou Kelsen (*in* Teoria Pura do Direito) a abandonar o desafio de procurar um método científico para fundamentar a hermenêutica jurídica, considerando, por isso, impossível dizer que uma interpretação pudesse ser mais correta que outra. Para esse autor, o papel da ciência jurídica, portanto, no campo interpretativo, deve limitar-se a apresentar a plurivocidade dos sentidos, restando à atuação política, a tentativa de persuasão quanto ao melhor sentido da norma.

Tércio Sampaio Ferraz Jr., no entanto, considera que essa nítida dificuldade de se encontrar um método interpretativo não deve resultar pura e simplesmente no abandono da causa, isto é, não deve impedir que se faça uma investigação científica a respeito. A essa investigação Tércio denomina "desafio Kelseniano".

O que não se pode negar é que, dentro de uma postura cética (a de Kelsen) ou de uma que propõe uma construção dogmática da hermenêutica (a de Tércio Ferraz), a interpretação da lei terá sempre uma certa conotação ideológica. Todas as correntes que tentaram explicar o fenômeno (interpretação da lei), com efeito, divididas em dois grandes grupos - subjetivistas (que privilegiam a vontade do legislador) e objetivistas (que consideram que a lei tem um sentido que lhe é próprio, mas identificado por ato do intérprete) -, se levadas a extremos, motivam de um lado o autoritarismo, no primeiro caso, e de outro, no segundo caso, uma espécie de anarquismo, "pois estabelece o predomínio de uma equidade duvidosa dos intérpretes sobre a própria norma ou, pelo menos, desloca a responsabilidade do legislador na elaboração do direito, para os intérpretes

⁽¹⁶⁾Tércio, *ob cit.*, "Introdução...", p. 260.

ainda que legalmente constituídos, chegando-se a afirmar, como fazem alguns realistas americanos, que direito é 'o que decidem os tribunais'."⁽¹⁷⁾ Ambas se mostram, portanto, insatisfatórias.

Como relatado acima, a fala possui uma estrutura, no que se refere à interligação dos símbolos, interligação que, por sua vez, constitui as relações da fala. Essas relações se dão de dois modos: *sintagmáticas* e *associativas*. As relações sintagmáticas são as que se estabelecem entre os símbolos presentes de uma fala. As associativas consideram símbolos não-presentes, expressamente. Nesse último modo é que se percebe a possibilidade de se atribuir carga valorativa aos símbolos. Assim, o sentido variará de acordo com a própria entonação que se der à leitura do texto, combinando seus símbolos, uns mais outros menos, a outros símbolos não-presentes, em razão de uma carga valorativa que se lhes atribuem.

Essa possibilidade de valoração dos símbolos na comunicação traz à tona o problema ideológico da comunicação, tendente à uma "valoração última e universalizante que não admite outra"⁽¹⁸⁾.

Entretanto, essa uniformização de valores não existe no mundo e mesmo a passagem do tempo modifica os valores. Para que a comunicação se torne possível e se aperfeiçoe, portanto, é preciso que se exerça dentro de padrões pré-determinados e isso se faz, exatamente, pelo uso do **poder da violência simbólica**, que, como visto, é o poder de impor significações como legítimas, dissimulando as relações de força que estão no fundamento da própria força. Por isso não se utiliza da coação, mas de um controle que conserva a ação do receptor, mas neutraliza as alternativas não desejadas.

O enfoque correto, portanto, é o enfoque que se privilegia, uma espécie de "arbitrário socialmente prevaiente"⁽¹⁹⁾. Para que isso ocorra, explica Tércio⁽²⁰⁾, é preciso neutralizar os comunicadores (emissor e receptor), o que se obtém pela criação de sistemas hierárquicos, que organizam os símbolos, sintaticamente. Pela sintaxe gramatical impede-se a formulação de certos sentidos. A isso se chama, uso competente da estrutura sistemática (sintática) da língua, que determina o sentido numa relação

⁽¹⁷⁾ Tércio, *idem*, p. 268.

⁽¹⁸⁾ Tércio, *ibidem*, p. 276.

⁽¹⁹⁾ Tércio, *ibidem*, p. 276.

⁽²⁰⁾ Tércio, *ibidem*, p. 277.

de poder (**poder-autoridade**). O uso das regras sintáticas faz conferir a quem delas se utiliza um poder de violência simbólica, que generaliza os sentidos, apesar da passagem do tempo.

A uniformização do sentido se procura, também, pela neutralização da opinião de terceiros e se obtém por "regras pragmáticas de controle social", o que pressupõe o uso, novamente, do **poder de violência simbólica**, mas, desta feita, um **poder-liderança**, que visa e alcança, com sucesso, um consenso sobre certos valores.

Além disso, o símbolo em si mesmo, como visto anteriormente, pode se apresentar vago ou ambíguo, surgindo a necessidade de neutralização do próprio símbolo, o que se faz "conferindo denotação e conotação razoavelmente precisas aos seus conteúdos"⁽²¹⁾. Isso pressupõe, igualmente, a utilização de um novo **poder de violência simbólica**, o **poder-reputação**, que, apesar da imprecisão do termo, determina qual **deve** ser o significado certo ou aproximado do termo, "pois assim o atestam os melhores dicionários da língua"⁽²²⁾.

Mesmo assim, isso ainda não resolve o problema da interpretação correta. Tércio Sampaio Ferraz Jr. procura demonstrar que há uma língua normativa, essencialmente, prescritiva, diferente da língua-realidade, explicando que realidade, neste sentido, "nada mais é do que um sistema articulado de símbolos num contexto existencial"⁽²³⁾. Um fato, nessa realidade, não é mais que "um elemento lingüístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade"⁽²⁴⁾. Constituem, pois, duas expressões da língua, e não uma relação língua x fato-realidade. A relação que se forma é língua-normativa x língua-realidade. A interpretação é, assim, a passagem da primeira para a segunda. Portanto, "uma questão interlingüística"⁽²⁵⁾.

As línguas normativa e realidade possuem regras básicas distintas. Na primeira impera o discurso prescritivo, isto é, a determinação de como as coisas "devem ser", enquanto que na segunda há a predominância do "ser". Como o que ocorre na tradução de uma língua para outra, quando as regras básicas são distintas, que não permite uma tradução fiel, a transferência de sentidos dessas duas

⁽²¹⁾Tércio, *ibidem*, p. 277.

⁽²²⁾Tércio, *ibidem*, p. 277.

⁽²³⁾Tércio, *ibidem*, p. 278.

⁽²⁴⁾Tércio, *ibidem*, p. 278.

⁽²⁵⁾Tércio, *ibidem*, p. 279.

línguas (normativa e realidade) é feita de forma indireta, isto é, pela utilização de uma terceira língua, "a língua técnica da hermenêutica dogmática"⁽²⁶⁾.

A língua hermenêutica é baseada em lógica própria, que tem por pressuposto a fixação jurídica de um "legislador racional", que transforma o deve-ser descritivo da norma em um "dever-ser ideal". Explica Tércio que, "Por meio da língua hermenêutica reconstrói-se o discurso do ordenamento, como se o intérprete 'fizesse de conta que' suas normas compusessem um todo harmônico, capaz, então, de ter um sentido na realidade."⁽²⁷⁾ Essa reconstrução gera uma paráfrase interpretativa, que faz do texto algo mais conveniente ao sentido do dever-ser ideal, o que, igualmente, caracteriza um ato de violência simbólica⁽²⁸⁾.

De qualquer modo, essa técnica, que se materializa pela utilização dos chamados métodos hermenêuticos (lógico-sistemático, histórico-sociológico, teleológico e axiológico), pode dar margem a vários sentidos para a mesma norma. Para evitar isso, o legislador racional pressupõe uma congruência das diversas dimensões da autoridade, da liderança e da reputação. Nesse sentido, a língua hermenêutica baseia-se em uma regra dogmática, qual seja, "a exigência de que, ao interpretar, o hermeneuta não se cinja a um único método, mas aplique todos"⁽²⁹⁾. Como diz Tércio⁽³⁰⁾. "A interpretação não é verdadeira nem por fidelidade ao pensamento do legislador nem por fidelidade aos fatores objetivos da realidade, mas na medida em que serve congruentemente a uma relação de poder de violência simbólico. É um discurso de poder ou de para-poder."

Mesmo assim, ainda podem haver divergências hermenêuticas, isso porque a relação que existe entre emissor e receptor não é direta. Ela é mediada por organizações estatuídas, que constituem um código explícito, entendendo-se código como "uma estrutura capaz de ordenar, para um item qualquer, dentro de um campo limitado, um outro que lhe seja complementar"⁽³¹⁾. Esse código, no ramo jurídico, é, normalmente, um **código forte**, que procura dar um sentido estrito à norma prescritiva, estreitando o campo de atuação do receptor, ou destinatário, da norma.

⁽²⁶⁾Tércio, *ibidem*, p. 279.

⁽²⁷⁾ Ob. cit., "Introdução...", p. 281.

⁽²⁸⁾Tércio, *ob cit.*, "Introdução...", p. 282.

⁽²⁹⁾Tércio, *idem*, p. 283.

⁽³⁰⁾ Ob. cit., "Introdução...", p. 283.

⁽³¹⁾Tércio, *ob cit.*, "Introdução...", p. 283.

Diante desse quadro resta ao receptor buscar espaço, para ampliar sua possibilidade de comportamento. Em razão disso é que o receptor, diante de uma norma amparada por um código forte, interpreta-a como se fosse portadora de um **código fraco**, pouco rigoroso e flexível. Entretanto, pode ocorrer o inverso. O próprio emissor decodifica a prescrição conforme um código fraco, "procurando 'cercar' o comportamento do receptor de todos os lados pela flexibilidade de sentido"⁽³²⁾, isto é, impede que o rigorismo da norma possibilite a atuação do receptor, livremente, no campo não abrangido pela mesma norma. A flexibilidade de sentidos da norma possibilita, portanto, que todos os comportamentos, ou pelo menos uma maior quantidade deles, sejam controlados. Esses sentidos múltiplos são controlados, evidentemente, por exercício do poder de violência simbólica. Nessa perspectiva o interesse do receptor se altera. Como explica Tércio⁽³³⁾, "Nesse caso, o receptor vai, em contraposição, exigir uma decodificação precisa, conforme um código forte, pois este é que lhe conferirá espaço de manobra". Uma ou outra posição interpretativa diante da norma terá prevalência, conforme o poder de violência simbólica utilizado.

Desse modo, podemos entender bem a conclusão apresentada por Tércio⁽³⁴⁾: "Assim, a possibilidade, conforme a situação, de usar códigos fortes e fracos a serviço do poder de violência simbólica **confere à hermenêutica uma margem de manobra**, que, simultaneamente, explica as divergências interpretativas, sem, porém, ferir a noção de interpretação verdadeira enquanto a que realiza congruentemente o ajustamento entre o poder-autoridade, liderança e reputação na emissora da norma." (grifou-se)

Importante acrescentar, ainda, a necessidade de se verificar que a norma não possui apenas receptores de um tipo, mas, também, de dois ou mais tipos, que possuem, ou podem possuir, interesses contrapostos. A "luta" pela melhor interpretação não se trava, portanto, somente entre emissores e receptores, mas e principalmente, entre receptores com objetivos distintos. Há, por assim dizer, uma tridimensão da violência simbólica, já que a consciência de cidadania dos diversos corpos intermediários, possibilita que cada corpo busque o convencimento sobre os valores que melhor atendam a seus interesses.

⁽³²⁾Tércio, idem, p. 284.

⁽³³⁾Ob. cit., "Introdução...", p. 284.

⁽³⁴⁾Idem, p. 284.

Há, por essa visão, uma espécie de "guerra", ou disputa social de valores, tendo como instrumento o direito, o que revela a sua ideologia, enquanto norma de controle social. Toda violência simbólica, sob o ponto de vista jurídico, no entanto, embora se possa reconhecer válida, deve respeitar certos limites, pois senão qualquer sentido se poderia extrair da norma, por mais absurdo e incoerente que fosse, tornando atual a lição cética de Kelsen de que a extração do sentido da norma é atividade puramente política. Há, como tudo na vida, limites a serem respeitados e esses são demarcados, conforme explica Tércio⁽³⁵⁾ pela congruência, ou seja, a utilização razoável e concomitante das diversas técnicas de interpretação, respeitando, ainda, os parâmetros do legislador racional.

Uma boa interpretação, assim, atenda aos princípios ideológicos que queira atender, não pode negar as regras estruturais da língua (sintaxe) - interpretação gramatical -, não pode romper o raciocínio lógico ou mesmo a lógica do sistema jurídico - interpretação lógico-sistemático -, não pode negar valores que possuem consenso na sociedade em razão de uma cultura formada ao longo dos tempos, considerados no momento de sua aplicação - interpretação histórico-sociológico-evolutiva -, e não pode ter em vista o seu valor em um único caso concreto, mas o que está insito na norma e que possibilita sua aplicação a uma generalidade de casos - interpretação teleológica e axiológica.

Teríamos, dessa forma, contornos para se identificar interpretações possíveis e não-possíveis dentro do ordenamento jurídico.

Convenção 158, da OIT: uma Interpretação Possível.

O direito do trabalho, pós-guerra, seguiu a tendência do direito previdenciário de expansão e internacionalização, com o objetivo de diminuir ou minimizar as diferenças sociais e dificultar uma concorrência econômica entre os países, tendo por base o custo social.

Após o final da 1a. grande guerra (1919 - Tratado de Versalhes) é criada a OIT (Organização Internacional do Trabalho) e ao final da 2a. guerra mundial (1944 - Conferência de Filadélfia) o campo de atuação da OIT é ampliado.

⁽³⁵⁾ Ibidem, pp. 280-281.

A OIT delibera por ato de uma Conferência, que é uma espécie de assembléia geral, da qual participam todos os Estados-membros da OIT, os quais se fazem presentes por seus delegados, que, por sua vez, são representantes de três segmentos sociais (o governo, os empregados e os empregadores).

A normatização emanada pela OIT se concretiza em recomendações ou convenções.

As recomendações são orientações aos Estados-membros, constituindo metas a serem atingidas. As convenções visam a criar normas obrigacionais para os Estados-membros, que porventura vierem a ratificá-las.

Os Estados, portanto, são compelidos a vincularem-se à OIT, em razão de uma política internacional e dela participam, representados pelos seguimentos diretamente interessados na formação dos instrumentos normativos de natureza trabalhista que essa instituição produz. Mas, mesmo assim, não estão, os Estados, obrigados, sob o aspecto do direito, a cumprir referidos instrumentos, embora se sintam, também, induzidos a isso, em razão de uma necessidade de convivência cordial com os demais Estados-membros.

As convenções, para serem obrigatórias no território nacional, dependem de ratificação.

No Brasil, a ratificação é precedida pela aprovação da Convenção pelo Congresso Nacional. Após a aprovação há a formalização da ratificação exercida pelo governo federal, o que se efetiva pelo depósito do instrumento na RIT (Repartição Internacional do Trabalho, da OIT). Doze meses após o depósito da ratificação, a convenção estará apta a entrar em vigor no Estado-membro. No caso do Brasil, no entanto, para que a Convenção tenha vigência é preciso, ainda, a publicação, mediante decreto do Presidente da República, em Diário Oficial, do texto da Convenção.

Todos esses trâmites foram cumpridos em relação à Convenção 158, da OIT. Assim, plenamente vigente a Convenção no Brasil. Mas deve-se, ainda, analisar sua aplicabilidade e sua eficácia.

A aplicabilidade se verifica quanto à compatibilidade da Convenção com o ordenamento pátrio. Cabe verificar que essa compatibilização é feita quanto à Constituição somente, pois as demais regras

infraconstitucionais não são óbice à aplicabilidade da Convenção.

Como a Constituição brasileira, no artigo 7o, I, veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa - o que faz, exatamente, a Convenção 158 - a compatibilidade dos sistemas é patente.

Surge a dúvida quando a Constituição direciona à Lei Complementar - que possui *quorum* qualificado para aprovação - a fixação da proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa e o texto da Convenção não fora aprovado em Lei complementar.

Ocorre, primeiro, que a inexistência da lei complementar não obsta a validade do preceito constitucional que se direciona no sentido de proibir a despedida arbitrária ou sem justa causa. O máximo que uma lei complementar poderia fazer seria regular o preceito constitucional não impedir sua eficácia. O anseio do constituinte de impedir a dispensa arbitrária foi, sem sombra de dúvida, manifestado e não seria uma lei complementar ou a falta dela - pois pelo modo como os assuntos sociais têm sido tratados no Brasil, parece que tal lei nunca virá a existir - que poderia, simplesmente, anular o preceito.

Em segundo lugar, o parágrafo 2o., do art. 5o., da CF/88, estabelece que os tratados internacionais - gênero do qual constitui espécie as Convenções da OIT - constituem regras complementares às garantias individuais e coletivas estabelecidas na Constituição.

Assim, a Convenção 158, estando de acordo com o preceito constitucional, complementa-o, não sendo válido falar em ausência de lei complementar, para negar a aplicabilidade da Convenção, em razão de seu *quorum* qualificado, até porque a formação de uma Convenção, como se sabe, exige muito mais formalismos que uma lei complementar e é fruto de um profundo amadurecimento internacional quanto às matérias por ela tratadas.

Assim, não haveria óbice constitucional para a aplicação da Convenção 158, da OIT, no Brasil, mas resta verificar se suas normas são auto-aplicáveis ou se necessitam de normas regulamentadoras complementares.

Cabe verificar, sob este aspecto, que apenas a "Parte I" da Convenção 158 (arts. 1o. a 3o.) é

conceitual, dispondo sobre "métodos de aplicação, área de aplicação e definições". A partir da "Parte II" a Convenção é **normativa**. Embora se diga que, geralmente, as normas das Convenções da OIT sejam bastante elásticas - verdadeiras regras de princípios, para poderem se amoldar aos ordenamentos peculiares dos diversos Estados-membros e para, assim, poderem obter *quorum* para aprovação -, o fato é que do teor das normas da Convenção 158, da OIT, adotada a técnica mais rudimentar da interpretação, ou seja, a gramatical - que embora não seja auto-suficiente, dela não se pode fugir -, não se extrai qualquer dúvida de conteúdo, no sentido de que ao empregador não é dado dispensar o empregado senão quando houver uma "causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento", nos casos de dispensa individual, ou "baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço" ("motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos"), nos casos de dispensa coletiva, cabendo ao Tribunal competente, para julgamento de recurso dos empregados dispensados, examinar "as causas alegadas para justificar o término da relação".

No caso da dispensa individual, a motivação não é propriamente a de quebra da boa fé do vínculo, como nos casos de justa causa (art. 482, da CLT), pois basta que o empregado não demonstre aptidão para o serviço para o qual fora contratado ou apresente comportamento incompatível com o de uma pessoa integrante de um grupo produtivo, situações que, por si só, não seriam aptas a justificar uma dispensa por justa causa.

Assim, sob o âmbito individual, passa-se a ter quatro tipos de dispensa: a) a imotivada (que ora se equipara à dispensa arbitrária); b) a discriminatória (prevista na Lei n. 9.029/95); c) a motivada (mas, sem justa causa, ou seja, a permitida segundo os moldes da Convenção 158, da OIT); e, d) a com justa causa (art. 483, da CLT). Conforme disposto, aliás, na própria Constituição (art. 7o. I).

A primeira, nos termos da Convenção 158, está proibida, gerando duas situações possíveis, a critério do órgão competente para julgamento dos motivos da dispensa - no caso do Brasil, a Justiça do Trabalho -: a reintegração ou a condenação ao pagamento de uma indenização.

Quanto ao primeiro aspecto, dizem alguns que o instituto da reintegração teria sido banido de nosso sistema jurídico ("A estabilidade provisória é mera garantia de salários e não autoriza a reintegração." - TST RR

6869/88.3 - Ac. 4a. T. 2220/92, de 14/10/92 - Rel. Min. Marcelo Pimentel, "in" Revista LTr 57-04/495); já outros, mais amenos, concluem que a reintegração somente seria possível nas hipóteses específicas de estabilidade definitiva (a decenal, em razão de direito adquirido), de estabilidades provisórias (com previsão legal) e de estabilidades decorrentes de norma convencional (vide, Sússekind, Arnaldo, LTr 60-03/333 e Martins, Nei Frederico Cano, "Estabilidade provisória no emprego", São Paulo, LTr, 1995, pp. 29/35). De qualquer modo, na visão desses autores, a reintegração não seria remédio jurídico para os casos da dispensa arbitrária, a que se refere a Convenção 158, da OIT.

Todavia, "data venia", analisando-se o inciso I, do artigo 7o., da CF/88, não é bem isso o que se verifica. Com efeito, dispõe essa regra constitucional que a proteção da relação de emprego, em face de dispensa arbitrária, pressupõe pagamento de indenização, "dentre outros direitos".

Na verdade, na dispensa arbitrária, adotando-se como parâmetro legal a regra do artigo 496, da CLT, por aplicação analógica, o juiz do trabalho poderá, considerando desaconselhável a reintegração, "dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio", optar pela condenação do empregador ao pagamento de uma indenização.

Os artigos 495 e 496 da CLT são normas processuais que refletem a tradição jurídica brasileira quando se trata de dar efetividade às regras de estabilidade no emprego. Tais regras foram, sem a menor dúvida, recepcionados pela nova ordem constitucional, até porque têm sido hodiernamente aplicadas nos casos de estabilidade provisória. Desde que se esteja diante de uma regra jurídica de estabilidade no emprego, a reintegração aparecerá, inevitavelmente, como solução possível e até preferencial para o conflito em que se discuta a aplicação dessa norma.

Tanto isso é verdade que a própria Lei n. 9.029/95, que instituiu a proibição de dispensa por ato discriminatório, previu a "readmissão" - leia-se, reintegração - como hipótese possível para o deslinde do conflito.

Além disso, constitui-se preceito da teoria geral do direito que a declaração da nulidade do ato deve reconstruir as coisas ao estado em que se encontravam antes da realização do ato anulado (efeito "ex tunc" da declaração). Ora, se a dispensa do empregado estava

proibida, a declaração de sua nulidade motivará, conseqüentemente, a determinação da reintegração, como forma de se retomar o "status quo". A indenização, como meio de compensação do prejuízo causado pelo ato nulo, aparece apenas alternativamente, na impossibilidade de concretização da reversão dos fatos.

Assim, a determinação de reintegração do empregado, arbitrariamente dispensado, é plenamente cabível, até porque se não considerada juridicamente possível restaria aos juízes apenas a hipótese de indenização, o que nem sempre se faria em favor da ordem social, já que uma reintegração, muitas vezes, pode ser menos traumática para as próprias empresas do que o pagamento de uma indenização.

Quanto à indenização, argumenta-se que a Convenção 158, da OIT, não apresenta o seu valor e, por isso, de duas uma: ou é necessária uma lei que a estabeleça, para que tal dispositivo tenha eficácia, ou, aplicando-se a lei trabalhista vigente, essa indenização seria a de 40% sobre os depósitos efetuados na conta-vinculada do FGTS do empregado, o que significaria dizer, nada mudou.

Ocorre aqui, no entanto, o desconhecimento de que na nova realidade jurídica, passamos a ter, como demonstrado, quatro tipos de dispensa. Cada uma com definições próprias e, evidentemente, com efeitos distintos. A indenização de 40% sobre o FGTS continua válida, mas apenas para os casos em que houver dispensa motivada (sem justa causa), porque do contrário a dispensa arbitrária a esta última se equivaleria - o que não parece razoável.

Assim, uma indenização específica é devida para os casos de dispensa considerada arbitrária, quando a reintegração for considerada desaconselhável. Mas, qual indenização seria essa?

Respondendo-se a essa última indagação, confronta-se a idéia de que a Convenção não é auto-aplicável sob este aspecto. Em verdade, nenhuma regra legal precisa existir para que os juízes do trabalho, julgando os conflitos com poder de discernimento, estabeleçam o valor da indenização devida em cada caso concreto, como se faz há muito, aliás, na Justiça comum no julgamento das causas que têm por fundamento o artigo 159 do Código Civil - dispositivo que prevê a obrigação de indenizar daquele que causar dano a outrem e que é base jurídica, diga-se de passagem, para as ações de indenização por acidente do trabalho. Tal dispositivo não estabelece o valor da

indenização e ninguém nunca negou sua eficácia porque um Decreto executivo não o tivesse regulado. A fixação do valor é feita por arbitramento, segundo critérios de verificação do dano sofrido, da necessidade de quem pede a reparação e da possibilidade econômica do condenado (critérios de flexibilização, que, aliás, amoldam-se perfeitamente à tendência atual que se quer implementar no Direito do Trabalho). Além do mais, sendo a Justiça do Trabalho integrante do Poder Judiciário seus juizes possuem os mesmos poderes que os juizes do cível, até com maior amplitude devido ao Poder Normativo dessa Justiça especializada (art. 114, da CF e artigo 766, da CLT). E nem se diga que o artigo 159 do Código Civil não pode ser invocado neste tema porque se trata de um preceito não inserido na ordem legislativa trabalhista, e que a Justiça do Trabalho não teria competência para aplicá-lo. Ora, o preceito mencionado está posto no Código Civil porque é neste Diploma que se encontram as regras de teoria geral do direito, teoria esta que se aplica, sem sombra de dúvida, em todos os ramos do direito não-penal, como é o caso do direito do trabalho.

Evidente que, adotando-se os parâmetros da legislação trabalhista, para casos análogos (indenização do portador de estabilidade definitiva, do portador de estabilidade provisória e dos casos de dispensa discriminatória), há limites para o arbitramento desse valor. Com o tempo, num exercício de erros e acertos, a jurisprudência, mais sábia que o legislador, para cuidar dos efeitos jurídicos em casos concretos, saberá fixar, de forma mais definida, esses contornos. Cabe lembrar, aqui, que não é raro o processo de integração das normas jurídicas feito pela jurisprudência, com apoio na doutrina. Vide, como exemplo, o prazo de 30 (trinta) dias para se caracterizar o abandono de emprego, que não tem previsão legal.

Assim, mesmo que os preceitos da Convenção 158 precisassem de regulamentação - que não é o caso -, já se encontraria na legislação nacional os parâmetros dessa "regulamentação". Portanto, plenamente eficazes, perante o ordenamento nacional, as disposições da Convenção 158 da OIT, no que se refere à proibição de dispensa individual arbitrária.

O segundo tipo de dispensa, a discriminatória, vem expressa, quanto à definição e aos efeitos, na Lei n. 9029/95.

Quanto ao terceiro tipo de dispensa, a motivada, a que se basear em incapacidade ou mau comportamento do empregado - inaptidão para o serviço ou

comportamento incompatível com o de uma pessoa integrante de um grupo produtivo -, nos termos do artigo 4o., da Convenção 158, da OIT, que não chega a se constituir uma justa causa, nos termos do artigo 482, da CLT, que exige quebra do vínculo de boa fé. Ou seja, a dispensa motivada não exige a gravidade dos comportamentos do empregado, como se exige nas justas causas. Além disso, estarão preservados ao empregado dispensado, motivadamente, os direitos pertinentes à dispensa sem justa causa; direitos estes já consagrados em nosso ordenamento (aviso prévio, multa de 40% sobre o FGTS etc.). A motivação nesse tipo de dispensa faz ressurgir o direito de dispensa ao empregador, uma dispensa, no entanto, motivada - não mais a resultante de um "direito potestativo" - e que não retira do empregado os direitos "rescisórios".

Se a dispensa se der por justa causa - quarto tipo -, nos termos previstos no artigo 482, da CLT, não terá o empregado direito a aviso prévio e multa de 40% sobre o FGTS, além de outras parcelas, conforme, também, já dispunha nossa legislação.

A Convenção 158, da OIT, portanto, não trouxe às relações de trabalho uma armadura para retirar do empregador o controle de sua atividade empresarial, apenas veio impedir aquilo que a moral - que nem sempre coincide com o direito - já reclamava, ou seja, que um empregador dispense seu empregado por represálias ou simplesmente para contratar outro com salário menor. Se há uma necessidade para a dispensa, esta, em alguma das hipóteses mencionadas, estará prevista. Se não houver o motivo, não se a considerará possível.

A dispensa coletiva, ou seja, de mais de um empregado, suscita discussões jurídicas mais relevantes, ao nosso ver.

Para a dispensa coletiva é necessária a fundamentação em "necessidade de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço", "por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos". Quanto ao modo de apuração ou análise dos motivos alegados não há problemas de eficácia, valendo como parâmetro legal a regra e as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais já dadas ao artigo 165 da CLT.

No entanto, esse tipo de dispensa pressupõe uma discussão prévia dos motivos com "os representantes dos trabalhadores interessados", o que na legislação brasileira não encontra similar. De qualquer modo, não se deve exarcerbar a importância desse preceito.

Trata-se de uma norma procedimental que em nada afeta o conceito material estabelecido, qual seja, o de que as dispensas coletivas devem ter fundamentos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, que poderão, evidentemente, ser avaliados pelo Poder Judiciário.

Assim, mesmo não havendo como considerar obrigatório esse "iter" procedimental da dispensa coletiva, o preceito da proibição de dispensa coletiva, senão pelos motivos apontados, prevalece, assim como a necessidade de comunicação à autoridade nacional competente (Delegacia Regional do Trabalho), nos termos do artigo 14, da Convenção 158, sendo possíveis, como solução do conflito que decorra de tal modalidade de dispensa, tanto a reintegração quanto a indenização, nos moldes acima narrados.

Desse modo, não nos parece válida, "data venia", a postura de simplesmente anular a dispensa, porque não precedida de tal formalidade, determinando, até liminarmente - o que é ainda pior -, a reintegração dos empregados dispensados, sem a oportunidade de se discutir os verdadeiros motivos que causaram a dispensa. O apego ao formalismo não pode impedir, como se está tentando sustentar, a implementação das regras da Convenção 158, da OIT, mas, igualmente, não pode justificar que se a aplique além de seus objetivos.

Por tudo isso, plenamente eficazes, no Brasil, os preceitos contidos na Convenção 158 da OIT, até porque se vivemos a era da globalização da economia e, em razão dela, passamos a ter que dar guarida jurídica às tendências normativas internacionais, deve-se reconhecer que a adoção dessa diretriz precisa ser realizada em todos os sentidos. Em outras palavras, não se pode, "data venia", com o fenômeno da globalização fundamentar a flexibilização das regras trabalhistas e ao mesmo tempo negar aplicabilidade a uma regra de estabilização da relação de emprego, que se trata de um preceito que provém, igualmente, de uma preocupação internacional.

De qualquer modo, importante ressaltar que as novidades das diretrizes traçadas pela Convenção em questão não devem ser usadas para além de seus objetivos, sob pena de se tornarem inócuas, isto é, sem efetividade. A propósito, vem a calhar a advertência de José Carlos Barbosa Moreira⁽³⁶⁾ no sentido de, "Apostar tudo no ideal significa,

⁽³⁶⁾ "A Justiça no Limiar do Novo Século", in Revista de Processo, São Paulo, RT, n. 71, ano 18, jul-set/93, p. 198.

pura e simplesmente, condenar o real à imobilidade perpétua."

Na posição em que nos colocamos, a Convenção 158, da OIT, veio, exatamente - e em conformidade com nosso ordenamento jurídico -, moralizar as relações de emprego, impossibilitando as cessações dos vínculos por mero capricho do empregador, mas, do mesmo modo, sem conferir aos empregados, um mecanismo de resistência, com o qual pudessem sustentar seus empregos, mesmo sem apresentar uma conduta profissional consoante às diretrizes da entidade empresarial para a qual prestam serviços, ou mesmo diante de grave crise econômica de que viesse a ser vítima seu empregador.

Essa é uma interpretação da Convenção 158, da OIT, plenamente possível dentro do nosso ordenamento jurídico. Embora pareça um pouco tímida, apresenta, a nosso ver, o mérito de demonstrar os parâmetros concretos da possibilidade de aplicação da Convenção, explicitando, ainda, a sua conotação ideológica, isto é, o valor que pretende ver insito nas normas da Convenção, qual seja, a moralização da relação de emprego.

São Paulo, 22 de outubro de 1996.