

O DIREITO COMPARADO COMO FONTE DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

Ives Gandra da Silva Martins Filho (*)

O Direito do Trabalho possui, em relação aos demais ramos da Ciência Jurídica, uma caracterização peculiar e distintiva, própria somente a ele e que lhe confere uma importância toda especial no mundo moderno: a solução dos grandes conflitos sociais através dos processos coletivos.

A cada dia que passa, maior relevo ganham as questões trabalhistas, envolvendo todas as camadas da população, pois dizem respeito ao meio básico de subsistência e desenvolvimento do ser humano, que é o trabalho.

Tendo o Direito do Trabalho surgido das lutas entre os trabalhadores e seus patrões, durante a Revolução Industrial, quando a exploração da mão-de-obra assalariada levou à união dos trabalhadores para conseguirem melhores condições de trabalho e remuneração condigna, continuam sendo os conflitos sociais o cenário que exige a **intervenção estatal** disciplinadora das relações trabalhistas, buscando estabelecer a justa repartição da produção, entre o capital e o trabalho.

O progresso tecnológico altera as condições de trabalho e, quando há inércia do empresariado na readaptação dos recursos humanos às novas condições, são os trabalhadores a pressionarem empresários e governo, com reivindicações e greves, que levam à readequação das normas legais disciplinadoras das relações laborais à realidade fática existente.

Ora, se já há uma natural passividade e demora para que os empregadores reconheçam a necessidade de melhorar os padrões remuneratórios ou as condições de trabalho de seus empregados, de acordo com os progressos, avanços e alterações na atividade econômica a que se dedicam, quanto maior não é a inércia estatal em editar novas leis que regulamentem mais adequadamente as relações trabalhistas.

Por isso, nos países mais desenvolvidos, percebeu-se que o caminho mais rápido e eficaz para a solução dos conflitos coletivos trabalhistas é o da **negociação coletiva** entre as próprias partes interessadas. Isso é possível quando ao poder econômico patronal (sobre os salários) pode se opor, em igualdade de condições, um poder sindical obreiro (sobre a prestação dos serviços), de modo que tal poder de barganha, alcançado pela união dos trabalhadores, torne equilibrado o diálogo entre patrões e empregados.

Nesse sentido, a intervenção estatal que se fez marcante com o decorrer da Revolução Industrial, pode retrair-se, na medida em que as próprias partes

(*) Ives Gandra da Silva Martins Filho é Procurador do Trabalho de 1ª Categoria e Professor Universitário.

resolvem, através da negociação coletiva, os conflitos trabalhistas, limitando-se a consagrar ou estender a todas as categorias profissionais os avanços mais significativos nos direitos sociais, as vantagens e condições mais comuns, tornando-as lei geral para toda a massa trabalhadora.

Assim, vemos as legislações trabalhistas do mundo inteiro fixando os **direitos sociais mínimos**, que são: limitação à jornada de trabalho; estabelecimento de um salário mínimo; garantias ao emprego; proteção à maternidade; normas de higiene e proteção ao trabalhador; etc.

Através da negociação coletiva, as partes em conflito podem resolvê-lo mediante a criação de novas regras a serem aplicadas no âmbito da empresa ou de toda a categoria, servindo-se, para tanto, de um instrumento normativo particular: os acordos e **convenções coletivas**.

Tais acordos passam a ser fonte do Direito Coletivo do Trabalho, conferindo, em geral, maiores vantagens do que aquelas previstas em lei. No entanto, tendo em vista as condições específicas de determinada categoria ou a situação econômica de determinada empresa, podem os acordos fixar alguma cláusula que represente perda de conquista já alcançada pelos trabalhadores.

Isso porque, nos acordos, havendo a participação dos sindicatos na negociação, podem eles reconhecer que a manutenção de determinada vantagem, num contexto econômico especialmente desfavorável para a empresa, poderia representar ameaça para os próprios trabalhadores, já que onerando excessivamente a empresa, comprometeria a atividade produtiva e, conseqüentemente, a própria existência dos empregos.

Assim, nesses casos, reduções salariais poderiam ser convencionadas, como forma de assegurar o mais importante, que é o emprego. Seriam formas de flexibilização das normas legais trabalhistas, tendo em vista o contexto econômico e o interesse das partes.⁽¹⁾

No entanto, a regra geral é de que a legislação assegura o mínimo aos trabalhadores, podendo os acordos e convenções coletivas fixar **normas mais favoráveis** que se incorporarão aos contratos individuais de trabalho, cujo conteúdo mínimo é a lei.

Quando a intransigência patronal ou o irrealismo sindical em termos de reivindicações tornam inviável qualquer acordo, frustrando a negociação coletiva, outros meios de solução dos conflitos coletivos de trabalho devem ser buscados, tendo em vista que nesses embates entre o capital e o trabalho, não são somente os empregados e os patrões que sofrem, mas também e especialmente a **sociedade** como um todo, pois as greves, utilizadas como instrumento de barganha dos trabalhadores, prejudicam a sociedade, paralisando os serviços de que necessita para sobreviver.

Na quase totalidade dos países do mundo, as fórmulas encontradas para a solução dos conflitos coletivos do trabalho passam pela mediação, conciliação e arbitragem. Quando as partes não logram êxito na negociação coletiva, recorrem a um terceiro, que intermediará a negociação, aparando as arestas de ambos os lados e propondo soluções que sejam mutuamente aceitas.

A mediação bem sucedida cristaliza-se na **conciliação** das partes que, graças à atuação incisiva e eficaz do intermediador, desemboca na formalização

(1) Cf. ORLANDO TEIXEIRA COSTA, "Fígidez e Flexibilidade do Direito do Trabalho no Brasil", In Rev. LTr, setembro/1980, págs. 1.045-1.048.

de um acordo, que também passa a integrar o patrimônio jurídico do trabalhador, como fonte de seus direitos.

Enquanto na conciliação as partes elegem livremente as condições e normas que regerão as relações trabalhistas, na **arbitragem** elegem apenas um terceiro que resolverá o conflito entre elas, estabelecendo as novas condições laborais. O acordo, na arbitragem, é apenas quanto à submissão de ambas as partes ao laudo arbitral proferido, qualquer que seja seu veredito e condições.

A arbitragem, no Direito Comparado, tem sido o meio por excelência de solução dos conflitos coletivos, quando não alcançado o acordo entre as partes sobre as novas condições de trabalho propostas.⁽²⁾ Por um lado, a composição dos juízos arbitrais com peritos eleitos pelas partes, um representando os empregados e outro os patrões, e presididos por funcionário governamental, todos escolhidos dentre os nomes que compõem a lista oficial de árbitros, dá maior confiabilidade e segurança às decisões, e, por outro, a simplicidade do procedimento, não sujeito às regras formais do processo judicial, confere rapidez e facilidade à solução do conflito, desonerando as partes e a própria sociedade dos inconvenientes de um confronto longo e dispendioso, que paralisa a produção e compromete a paz social.

Onde a arbitragem constitui meio de solução dos conflitos coletivos do trabalho, o **laudo arbitral** se reveste de forma de uma decisão judicial, irrecurável e com os mesmos eleitos da coisa julgada, apenas se diferenciando pelo fato de ser voluntária: apenas quando ambas as partes aceitarem atribuir a um árbitro a solução do conflito é que a imposição do laudo se torna obrigatória.

Há países, inclusive, que estabelecem a **arbitragem obrigatória** nos casos da conciliação e da negociação se ter frustrado.⁽³⁾ Nesses países, as Cortes de Arbitragem, às quais as partes em conflito devem submeter necessariamente suas pendências trabalhistas no campo dos direitos coletivos, não são órgãos do Poder Judiciário, mas ligam-se ao Poder Executivo, mais propriamente ao Ministério do Trabalho. O procedimento que seguem se diferencia do processo judicial apenas pela eleição do julgador e pela simplicidade da forma, se bem que, do ponto de vista da intervenção estatal, constituem fórmula anômala de jurisdição, com imposição de uma solução pelo Estado, através desses tribunais de arbitragem.

Nesse sentido, os laudos arbitrais seriam outra fonte do Direito Coletivo do Trabalho, constituindo decisões impostas às partes, que fixam novas normas e condições de trabalho a serem observadas.

O Brasil, adotando sistema distinto, de forma quase que isolada, posto que seguida apenas pela Austrália e Nova Zelândia⁽⁴⁾, partiu para **solução judicial** dos conflitos coletivos do trabalho. O Poder Normativo conferido à Justi-

(2) Apenas para refletir alguns exemplos, temos, adotando o sistema de arbitragem, a Argentina (Lei n. 14.786/54), Colômbia (Decreto Legislativo n. 2.351/65), Egito (Código do Trabalho de 1981), Estados Unidos (Serviço Federal de Mediação e Conciliação - FMCS), Grã-Bretanha (Serviço Consultivo de Conciliação e Arbitragem - ACAS), Itália (Lei n. 300/70), Malásia (Lei n. 177/67), México (Código do Trabalho de 1969), Paquistão (Ordem n. 56/59), Peru (Decreto n. 1/56, DT), Senegal (Código do Trabalho de 1961) e Venezuela (Código do Trabalho de 1983).

(3) São exemplos, dentre outros, o México e a Colômbia.

(4) Cf. NICHOLAS BLAIN, JOHN GOODMAN e JOSEPH LOEWENBERG, "La Mediación, la conciliación y el arbitraje: comparación entre Australia, Gran Bretaña y Estados Unidos de America", In Revista Internacional del Trabajo, Jan-Mar/87, vol. 106, n. 1, págs. 113-135.

ça do Trabalho Brasileira, para dirimir os conflitos coletivos, é forma original de solução desses conflitos, atribuindo-se ao Estado, através de seu Poder Judiciário, a competência de impor normas e condições de trabalho, quando as partes não cheguem a um consenso.

No Brasil, a adoção do sistema judicial de solução dos conflitos coletivos de trabalho decorreu de tríplice fator:

a) inexistência de um sindicalismo forte, que tornasse possível uma verdadeira negociação coletiva, com equilíbrio das partes;

b) mentalidade paternalista arraigada no povo, que espera do Estado a solução dos problemas sociais, colaborando pouco com a própria iniciativa; e

c) impossibilidade prática do Poder Legislativo promulgar leis tão particulares, em termos de sujeitos aos quais se dirige, e mutáveis, em termos de alterações nas condições fáticas sob as quais os trabalhadores prestam seus serviços.

Diante de tal quadro, atribuiu-se à Justiça do Trabalho, desde a sua criação, há 50 anos, um Poder Normativo nas questões coletivas, uma vez que, teoricamente, estaria o Judiciário Trabalhista melhor aparelhado para o exercício dessa função,⁽⁵⁾ dada a composição em colegiado mais reduzido que o do Legislativo e com melhor conhecimento da matéria a ser regulada, devido à **representação paritária** da categorias profissional e econômica nas Cortes Laborais.

O sistema brasileiro de solução dos conflitos coletivos é, pois, judicial, mas a atividade exercida pelos Tribunais Trabalhistas nos dissídios coletivos é tipicamente legislativa: estabelecer normas e condições de trabalho para categorias profissionais e econômicas concretas.

As **sentenças normativas** prolatadas nos dissídios coletivos se revestem das características próprias da lei: **generalidade e abstração**. Prevêem normas hipotéticas para as diversas circunstâncias, aplicando-se a toda a categoria.

Ora, nesse sentido, o fundamento sobre o qual se apóiam as normas e condições de trabalho estabelecidas nas sentenças normativas não é o princípio da legalidade, mas a **oportunidade e conveniência** de se regular de tal modo as relações trabalhistas numa dada categoria, com base num **poder discricionário** conferido às Cortes Trabalhistas.

A lei, nos processos coletivos, serve apenas como **parâmetro mínimo**: não podem os Tribunais estabelecer condições de trabalho menos vantajosas do que aquelas já previstas nos diplomas legais.⁽⁶⁾

Mas, respeitado esse limite mínimo, podem as Cortes Laborais **criar** novas regras e condições de trabalho, que atendam às necessidades de uma determinada categoria, fundadas apenas na conveniência de que tais normas sejam impostas como solução do conflito existente e do problema surgido.

A atividade da Justiça do Trabalho, portanto, no campo dos conflitos coletivos, é de **natureza legislativa**, pelo que necessitam, seus magistrados, não somente do conhecimento das normas trabalhistas já existentes, mas principalmente, da realidade fática que devem regulamentar.

(5) Cf. ORLANDO TEIXEIRA DA COSTA, "A Intervenção do Poder Judiciário nos Conflitos Coletivos de Trabalho", in Rev. LTr 47 (2): 141-2.

(6) Cf. Constituição Federal, art. 114, § 2º.

Com efeito, duas são as virtudes mais necessárias ao legislador:

- a) **conhecer** a fundo os problemas que deve resolver através da legislação que elaborará; e
- b) **criatividade**, para encontrar soluções oportunas para os problemas com os quais se defronta.

Vemos que o progresso e desenvolvimento de qualquer sociedade e civilização somente se dá quando suas elites diretivas sabem dar **respostas criativas aos desafios** que o meio lhes apresenta em cada etapa de sua história. A falta de criatividade faz com que as civilizações se desintegrem e as sociedades se fossilizem.⁽⁷⁾

Ora, a criatividade não é obra exclusiva da imaginação, mas também e especialmente da **experiência**. A familiaridade com os problemas facilita a tarefa de encontrar soluções, pois as medidas que deram resultado são recordadas e aperfeiçoadas, olvidando-se aquelas que não surtiram efeito. Ademais essa convivência diuturna com os desafios é um estímulo à criatividade.

Como os problemas trabalhistas são semelhantes em todas as partes do mundo, as soluções, no entanto, variam conforme a **engenhosidade** e **inventiva** de cada sociedade, buscando um melhor relacionamento entre o capital e o trabalho, com vistas ao incremento da produção e do bem-estar social.

Nesse sentido, o conhecimento de soluções adotadas por outros países para problemas trabalhistas semelhantes constitui rico manancial no qual pode o magistrado trabalhista debruçar-se, para sorver da experiência alienígena, aguçando-lhe a criatividade para resolver os problemas pátrios no campo laboral, estabelecendo novas condições de trabalho para as categorias em litígio.

Desse modo, podemos dizer que o **Direito Comparado** constitui, no campo do Direito Coletivo do Trabalho, **fonte** de direito, na medida em que a legislação estrangeira é aproveitada, em termos de experiência, para forjar as novas regras a serem estabelecidas através das sentenças normativas.

Ora, apenas no Direito do Trabalho, devido à existência do Poder Normativo da Justiça Laboral, é que isso é possível. Nos demais ramos da árvore jurídica pátria, como a atividade exercida pelos tribunais é exclusivamente interpretativa e jurisdicional, fica jungida à legislação nacional, pois surgindo lacuna da lei, apenas pode o juiz recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito, mas nunca invocar direito estrangeiro para decidir em face da inexistência de lei específica no ordenamento pátrio.

Tal óbice inexistente nos processos coletivos do trabalho. Como, nos dissídios coletivos, o processo é judicial, mas com exercício de função legislativa, a conveniência e oportunidade são a tônica das decisões, não a legalidade. Assim, pode-se perfeitamente **invocar direito estrangeiro**, a título de **subsídio** e de **experiência**, para regular de forma semelhante ou até idêntica, realidade trabalhista análoga.

Não se trata de importar indiscriminadamente soluções ou institutos estrangeiros para resolver problemas nacionais cuja realidade é distinta, mas de aproveitar a experiência internacional, quando as situações são semelhantes.

A título de ilustração, podemos referir um problema idêntico que se observa na atualidade na maioria dos países: a questão do **trabalho da mulher**, mãe de família.

(7) Cf. ARNOLD TOYMBEE, "Um Estudo da História", Ed. UNB - Martins Fontes - 1987 - Brasília, págs. 75-131.

A proteção da mulher trabalhadora constitui preocupação comum às legislações trabalhistas de todos os países, mormente a proteção à maternidade. É a natural preocupação com a maior riqueza que possui qualquer país – seu povo –, que deve se engrandecer pela geração e educação de cidadãos sadios e bem equilibrados.

Ora, para o bom desenvolvimento da criança são indispensáveis os cuidados maternos, durante todo o período da infância e início da adolescência. No entanto, a necessidade de trabalhar, como meio de subsistência ou, simplesmente, de maior realização pessoal, pode levar a mulher a se afastar do lar, não podendo oferecer aos filhos esses cuidados de que necessitam. Nesse contexto, as creches se multiplicam, mas em detrimento da criança, pois o ambiente de uma creche não se compara ao do próprio lar.

No entanto, como a tendência ao **igualitarismo** entre homem e mulher vem crescendo com o passar dos anos, qualquer protecionismo é visto como discriminatório e, na prática, tem levado à discriminação, que se observa nas restrições que ocorrem na prática à contratação de mulheres, especialmente quando casadas. Institutos como a licença-maternidade e a estabilidade provisória da gestante, não obstante a notável relevância que têm para a sociedade, constituem elementos desestimuladores da contratação das mulheres.

Na realidade, o pretense igualitarismo acarreta tais distorções, ao tentar equiparar em todos os aspectos aquilo que tem características próprias e distintas. Assim, apenas o reconhecimento efetivo da necessidade de disciplina distinta, por se tratar de realidade diferenciada, é capaz de evitar as discriminações, pois cada realidade diversa terá o tratamento adequado, nos aspectos em que se diferencia.

Nesse sentido, alguns países europeus têm resolvido a questão do trabalho da mulher, mãe de família, através da criação do instituto do **"emprego de tempo parcial"**;⁽⁸⁾ exigir que as empresas reservem parte dos cargos e funções a empregos de tempo parcial, que variam desde 1 hora a 20 horas semanais, com remuneração proporcional ao tempo laborado.

Ora, nesses países, o que se verificou foi que quase 95% dos que se candidatavam e eram empregados nesses postos consistiam em mães de família, com filhos para criar.⁽⁹⁾ Assim, através de tal instituto se encontrou uma saída adequada que, dando oportunidade à mulher, de incrementar a renda familiar e realizar-se profissionalmente, não compromete a educação e cuidado dos filhos, bem maior a ser resguardado.

Como, no Brasil, inexistente a figura do **juízo além do pedido nos dissídios coletivos**, poderiam os tribunais trabalhistas introduzir nas sentenças normativas cláusulas nesse sentido, bem como poderiam constituir reivindicação obreira, no que teríamos exemplo concreto, pinçado entre tantos que poderiam ocorrer, em que o Direito Comparado serviria de fonte para o Direito Coletivo do Trabalho.

(8) São exemplos, dentre outros, a Bélgica e a Suécia.

(9) Cf., "El trabajo a tiempo parcial en Suecia", in "Actualidad Sociolaboral" n. 1/88 (OIT); "Bélgica – Ley sobre jornada de trabajo flexible", in "Actualidad Sociolaboral" n. 2/87.