

Orlando Gomes, mestre do porvir

Rodolfo Pamplona Filho*

Sumário: 1. Introdução. 2. A Crise do direito e o papel do direito do trabalho. 3. A atuação da justiça do trabalho. 4. Reflexões sobre responsabilidade civil pré-contratual. 5. A natureza da reparação por danos morais. 6. O papel criador da jurisprudência trabalhista. 7. O olhar crítico às inovações legislativas. 8. Considerações finais. 9. Referências.

1. Introdução

O subscritor das presentes linhas não teve a honra, nem o prazer intelectual de conhecer pessoalmente Orlando Gomes.

Esta lamentável circunstancia não o impediu, porem, de se aprofundar na obra – esta, sim, imortal – do grande pensador baiano.

Ao se debruçar sobre ela, uma das sensações mais comuns era de que o ilustre professor, em função da sua visão abrangente do sistema normatizado brasileiro e mundial, assumia posições tão vanguardistas que muitas das suas idéias somente vieram se a viabilizar vários lustros após o seu passamento terreno.

Por isso, a finalidade do presente artigo é passar em revista alguns trechos da obra de Orlando Gomes, para diagnosticar, apenas a título exemplificativo, o que as novas gerações podem vislumbrar, no estudo das suas imorredouras lições, que somente veio a se verificar, nos debates acadêmicos ou nas lides judiciais, anos após o seu passamento terreno.

É este desvelar da faceta de “mestre do porvir” que se pretende fazer.

* Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Salvador/BA (Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região). Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador - UNIFACS. Professor (licenciado) do Programa de Pós-Graduação em Direito da UCSAL - Universidade Católica de Salvador. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFBA - Universidade Federal da Bahia. Professor da Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UFBA. Coordenador do Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho do JusPodivm/BA. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho (Cadeira 58) e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia (Cadeira 27). Autor de diversas obras jurídicas.

2. A crise do direito e o papel do direito do trabalho

Há anos se vislumbra uma crise do Direito.

Tal concepção de desintegração da ordem jurídica, com o repensar de seu papel, é tema de profundas reflexões por grande parte da doutrina especializada.

Desde a quebra do mito da democracia grega, com sua sociedade em castas e ideologicamente excludente, completamente alheia à visão disseminada de um sistema democrático, passando pela revolução burguesa, em que a busca por igualdade, liberdade e fraternidade pressupõem a morte dos seus opositores, até a pós-modernidade, com a crise dos paradigmas dominantes, em que o papel da família, da economia e do Estado sofre rediscussão, sempre se vem discutindo qual é a função do Direito nesta composição de forças.

Em um texto concebido em uma época bem anterior aos conflitos de sem-terra ou sem-teto, muito antes de se falar em ações afirmativas ou ativismo judicial, profetizava ORLANDO GOMES:

“Em outra perspectiva, o organismo jurídica deixa entrever uma erupção de fácil diagnóstico, sintomática de pequenos distúrbios no aparelho circulatório. O Direito sempre teve os seus preferidos. Sob a sombra amiga da lei e o olhar atento do *gendarme*, bem aventurados sempre foram os que possuíam, *beati possidentes*. Hoje, registram-se fenômenos de mobilidade vertical na esfera jurídica. Grupos outrora menosprezados adquirem importância social, elevam-se da planície rasa onde vegetavam e reclamam proteção jurídica para seus interesses imediatos, ora sob o peso ameaçador do número, ora especulando a própria utilidade, ora prevalecendo-se de circunstâncias fortuitas. Esse deslocamento em massa altera o metabolismo da ordem jurídica, provocando perturbações que testificam a sua decomposição e revelam, como sintomas inequívocos, a desagregação da estrutura subjacente ao direito. Essa redistribuição de papéis na ribalta do mundo neotécnico se vem realizando com sacrifício das matrizes filosóficas do Direito. Privilégios metajurídicos são compensados com privilégios jurídicos, por um paradoxal processo de democratização. Mas, como a generalização dos privilégios importaria sua eliminação, o direito acolhe a ascensão social de fracos e desprotegidos por um processo de conservação, que traduz extraordinário esforço de sobrevivência. Diz-se que se humaniza. Os que falam nessa humanização confessam, ainda que inadvertidamente, que ele está fora da escala humana, que é desumano. Em verdade, porém, esse desejo de prolongar a vida, nos que sentem a proximidade da morte, não regateia preço para afastá-la; do mesmo modo que o organismo enfermo prefere a prisão no leito ao desenlace

imediatamente, a ordem jurídica, sentindo a sua hora crepuscular, concede, para perdurar, impregnando-se de conceitos elásticos que permitem a distensão das normas básicas, com as que se inspiram no dogma da fé jurada e no caráter absoluto e exclusivo da propriedade, até um ponto em que se negam a si próprias. Os conceitos de equidade, bons costumes, boa fé, lealdade e confiança recíprocas, usura, lesão, imprevisão e abuso de direito, enfiaram-se para possibilitar essa elasticidade, que amortecerá os atritos entre a lei e o fato, garantindo àquela a sobrevivência vegetativa que a desarmonia incipiente ainda tolera. Mas não é o bastante. Os choques iterativos reclamam intervenções mais diretas, interferências mais particularistas; porque o texto, mesmo provido desses amortecedores, ainda se conserva rígido frente a certas situações, que se estão multiplicando. Restaura-se a função pretoriana, investindo-se o Juiz no poder de intervir nas relações jurídicas, de proceder como se legislador fora, de julgar *praeter legem*, e, até mesmo *contra legem*, como alguns advogam”¹.

E nesse contexto de crise, qual é o papel do Direito do Trabalho?

No mesmo texto, datado de uma época em que o Direito Laboral ainda era considerado uma disciplina nova, explícita:

“Todos esses aspectos da crise objetivam-se ostensivamente na formação e no desenvolvimento do mais novo rebento da multissecular árvore jurídica: O Direito do Trabalho. Do seu espírito se tem dito muita coisa, inclusive de que não passa de crucial metamorfose do direito civil pela substituição do seu próprio coração, como me pareceu há tempos, ao estudá-los em função do instituto-chave que os distingue. Mas essas interpretações são antes descritivas do que explicativas. Mais do que isso, são insuficientes para lhe dar a justa medida no espaço tridimensional da ideologia jurídica. A jovens espíritos, aos quais deve ter entusiasmado ou desapontado, a delimitação da sua área de expansão se impõe precisamente porque, consubstanciando o direito do trabalho as instituições que mais se afastam do padrão clássico, a fixação de suas fronteiras descortina o horizonte da evolução jurídica nos quadros da ordem social existente.

No Direito do Trabalho, o fenômeno da falta de correspondência entre a substância e a forma manifesta-se em alto grau, a partir da própria relação que constitui seu objeto. Tratada como se fora um contrato, refoge a esse envoltório com tamanha desenvoltura, que seus intérpretes, impressionados com as particularidades, invertem os termos do problema, entrevedo a decadência do contrato onde há apenas a impropriedade de uma categoria que, todavia,

1 GOMES, Orlando. *A Crise do Direito*. São Paulo: Brasil, 1955, p. 10.

não pode ser substituída, porque o conteúdo de vínculo jurídico se abarrota de elementos institucionais por uma antecipação que não coaduna com a organização privada das empresas. Por outro lado, sendo uma incorporação em massa de marginais do Direito, cuja inferioridade econômica precisava ser compensada com uma superioridade jurídica (Folch), distendeu-se como um largo manto protetor, tecido, porém, com o mesmo fio de que se faz o véu que recobre as instituições clássicas.

Nele, mais do que em qualquer outro domínio, a noção de equidade penetra a fundo, para emprestar maleabilidade a seus preceitos, e muitos daqueles amortecedores do direito civil ditam princípios e substancializam regras, numa objetivação crescente e sistemática. Aos juízes incumbidos de o aplicar, conferem-se poderes extraordinários na solução dos dissídios, especialmente nos conflitos coletivos. Investe-se-os num poder normativo, que é uma “violentação, das mais contundentes, dos princípios jurídicos e políticos que informam a vigente estrutura social”.²

Veja-se a importância de tal manifestação!

Hoje, fala-se em extensão da tutela trabalhista para aqueles que se encontram às margens da disciplina formal.

É o fenômeno da para subordinação, no repensar do papel do Direito do Trabalho que, se tem em sua gênese um conteúdo revolucionário, hoje repassa a atuação para saber se vale a pena mesmo ser aplicado para altos empregados, e não pobres autônomos sem qualquer proteção formal...

No outro lado da moeda, quando se fala do tema da flexibilização do Direito do Trabalho como um redimensionamento do sentido e dos sujeitos que devem proteger como se fosse uma grande novidade, ORLANDO GOMES, em artigo publicado na Revista Forense, nos idos de 1953, já falava em uma “reprivatização” do Direito do Trabalho, para tentar compreender e admitir, ainda que de forma renovada, a aplicabilidade da autonomia da vontade, em última instância, da liberdade, no campo negocial individual.

3. A atuação da justiça do trabalho

Outro tema que está na ordem do dia é a questão da ampliação da atuação da Justiça do Trabalho.

E, mesmo sendo um pensador preocupado com as grandes questões de Direito Material, não se descurou de perceber a importância da atuação social da magistratura trabalhista.

2 GOMES, Orlando. *A Crise do Direito*. São Paulo: Brasil, 1955, p. 13-14.

Com efeito, afirmou, na sua “Oração de Encerramento do III Congresso de Direito do Trabalho”:

“A natureza social de todo pensamento humano, refrisada pelos pregoeiros da sociologia do conhecimento, atira sobre os ombros da magistratura do trabalho a responsabilidade de acrescentar velocidade ao ímpeto reformista do Direito do Trabalho, esforçando-se por que lhes não fiquem ocultas as idéias e tendências da geração que está ocupando o seu lugar ao sol. Desde o século passado, VON IHERING advertia aos Juizes de que é o espírito de sua época que lhes põe nas mãos os materiais com que devem reconstruir aturadamente o templo de Themis”³

Nesta época de consolidação da reforma do Judiciário, pesa sobre os ombros da magistratura trabalhista a consolidação do conceito de relação de trabalho para efeito de abarcar todas as modalidades de trabalho, garantindo, no caso concreto, a efetivação da cláusula geral de personalidade da Constituição Federal, que é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Fechar os olhos para esta nova tendência é negar o espírito da época vigente, negando-se à atividade de construção da Justiça no trabalho da Justiça do Trabalho.

4. Reflexões sobre responsabilidade civil pré-contratual

Na perspectiva da nova atuação da Justiça do Trabalho, um dos pontos mais visíveis é, sem sombra de dúvida, o reconhecimento, com respaldo na Constituição Federal, pela interpretação do Supremo Tribunal Federal, da competência para processar e julgar reparações por danos materiais e morais, decorrentes da relação de trabalho, inclusive como consequência de acidentes de trabalho.

Consolidada esta nova perspectiva, temas correlatos surgem no horizonte.

Um deles é, sem a menor sombra pálida de dúvida, a questão da reparação de danos decorrente de fase pré e pós-contratual.

Temas como atos discriminatórios e listas negras, ocorridos em fases anteriores ou posteriores à relação jurídica de direito material contratual trabalhista, têm sido ventilados tanto na doutrina, quando na jurisprudência.

E tal modalidade de responsabilização encontra guarida no nosso sistema?

Há muito tempo já respondia ORLANDO GOMES, mesmo com base no velho Código Civil brasileiro de 1916:

3 GOMES, Orlando. *Harengas*. Salvador Fundação Gonçalo Moniz, 1971, p.105-106.

“Na linha desse pensamento correto, pode-se afirmar que, a despeito da omissão do nosso Código Civil, o ordenamento jurídico brasileiro aceita o princípio da boa-fé na formação dos contratos como um dos postulados da teoria geral dos contratos que o informa. Tal é a opinião dos doutrinadores mais informados, a começar por VICENTE RÁO na conferência sobre as relações pré-contratuais, que proferiu há cerca de trinta anos. Segundo o entendimento geral, o ordenamento jurídico do país admite a responsabilidade no caso de formação frustrada do contrato, respondendo afirmativamente à pergunta sobre a obrigação de indenizar quem sofreu prejuízo por ter confiando no êxito das negociações preliminares ou preparatórias para a conclusão de um contrato”⁴.

5. A natureza da reparação por danos morais

Uma das grandes dificuldades da jurisprudência trabalhista, na lida destes novos conflitos sob sua jurisdição, é a questão da quantificação das indenizações por danos morais.

Em que pese à evidente imprecisão que o tema comporta, muitas das dúvidas suscitadas parece decorrer de uma equivocada conceituação da reparação dos danos.

Sobre as formas de reparação de danos, ensinava Orlando Gomes que há “reposição natural quando o bem é restituído ao estado em que se encontrava antes do fato danoso”. Constitui a mais adequada forma de reparação, mas nem sempre é possível, e muito pelo contrário. Substitui-se por uma prestação pecuniária, de caráter compensatório. Se o autor do dano não pode restabelecer o estado efetivo da coisa que danificou, paga a quantia correspondente a seu valor. É rara a possibilidade da reposição natural. Ordinariamente, pois, a prestação de indenização se apresenta sob a forma de prestação pecuniária, e, às vezes, como objeto de uma dívida de valor.

Se bem que a reposição natural seja o modo próprio de reparação do dano, não pode ser imposta ao titular do direito à indenização. Admite-se que prefira receber dinheiro. Compreende-se. Uma coisa danificada, por mais perfeito que seja o conserto, dificilmente voltará ao estado primitivo. A indenização pecuniária poderá ser exigida, concomitantemente com a reposição natural, se esta não satisfizer suficientemente o interesse do credor.

Se o devedor quer cumprir a obrigação de indenizar mediante reposição, o credor não pode exigir a substituição de coisa velha, por nova, a menos que o reparo não restabeleça efetivamente o estado anterior. Por outro lado, o deve-

4 GOMES, Orlando. *Pareceres Inéditos*. Belo Horizonte, Nova Alvorada Edições Ltda., 1998, p.183.

dor não pode ser compelido à restituição *in natura*, se só for possível mediante gasto desproporcional.”⁵

E tais idéias, se aplicadas à reparação por danos morais, permitem uma maior liberdade na atuação do magistrado, o que já era lecionado há muito tempo por ORLANDO GOMES, com o habitual brilhantismo, ao afirmar “que esse dano não é propriamente indenizável, visto como indenização significa eliminação do prejuízo e das conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial. Prefere-se dizer que é compensável. Trata-se de compensação, e não de ressarcimento. Entendida nesses termos a obrigação de quem o produziu, afasta-se a objeção de que o dinheiro não pode ser o equivalente da dor, porque se reconhece que, no caso, exerce outra função dupla, a de expiação, em relação ao culpado, e a de satisfação, em relação à vítima. Contesta-se, porém, que tenha caráter de pena, impugnando-se, pois, sua função expiatória. Diz-se que sua finalidade não é acarretar perda ao patrimônio do culpado, mas, sim, proporcionar vantagem ao ofendido. Admite-se, porém, sem oposição, que o pagamento da soma de dinheiro é um modo de dar satisfação à vítima, que, recebendo-a, pode destiná-la, como diz Von Tuhr, a procurar as satisfações ideais ou materiais que estime convenientes, acalmando o sentimento de vingança inato no homem.”⁶

6. O papel criador da jurisprudência trabalhista

Outra visão de vanguarda de ORLANDO GOMES no campo do Direito do Trabalho diz respeito ao papel criador da jurisprudência trabalhista.

E esta visão não se limitava ao dissídio coletivo, mas, sim, na invocação da
Nesta linha, sempre foi o diagnóstico de ORLANDO GOMES:

“Maior ainda do que em outros domínios é o papel reservado à jurisprudência na revolução do Direito do Trabalho. Compreendendo lucidamente o seu alcance, quando nos reunimos em Congresso, como este, concentramos a nossa atenção sobre os problemas do processo, considerado como o instrumento de atuação da vontade do Estado para a realização da justiça social.

Muito embora essa vontade esteja declarada no texto de numerosas leis, muito mais está na consciência dos magistrados. A personalidade do Juiz não pode ser abstraída porque a garantia da justiça depende do seu contexto como divisara ERLICH. O que mais importa é, portanto, que órgão e função se compenetrem”⁷

5 GOMES, Orlando, *Obrigações*, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 51.

6 GOMES, Orlando, *ob. cit.*, p. 272.

7 GOMES, Orlando. *Harengas*. Salvador, Fundação Gonçalo Moniz, 1971, p.105.

O que é isso, senão o mais puro fundamento ideológico da disciplina ética da terceirização, através da responsabilidade subsidiária construída na Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho? Ou as horas *in itinere* da Súmula nº 90, que anteciparam em um evidente e didático exemplo de jurisprudência *praeter legem*, a previsão legal correspondente?

7. O olhar crítico às inovações legislativas

Toda modificação legislativa, seja no campo específico das relações de trabalho, seja em outros ramos do ordenamento jurídico positivo, tem feito transparecer, constantemente, dois arquétipos de correntes de pensamento.

A primeira é a que blasfema o novo, como se fosse uma violação de sagrados preceitos imutáveis. Nessa linha, tal qual “trombetas do apocalipse”, propugnam pela piora do sistema, preconizam o fim da civilização como se conhece.

Por outro lado, há os deslumbrados com as novidades, que assumem uma postura excludente de não aceitação de qualquer posicionamento crítico em relação aos novéis procedimentos.

Quase como uma regra, ambas as linhas de pensamento tendem a se descepcionar ou a esmaecer o seu entusiasmo pelas brumas do tempo, perdendo, muitas vezes, a beleza e a utilidade da inovação, iludidas com visões equivocadas sobre as propostas de modificação.

Sobre tal fenômeno no Direito do Trabalho, observou ORLANDO GOMES:

“O Direito do Trabalho, sendo aquele que sofre maior pressão dos fatos econômicos, como ainda há pouco proclamava Lévassieur, em notável ensaio sobre a sua evolução, caracteres e tendências, é, por isso mesmo, o aspecto mais interessante e sugestivo da crise do direito, aquele através do qual os analistas do fenômeno jurídico podem melhor perceber a relatividade e a condicionalidade das regras e instituições jurídicas, reftreando entusiasmos fáceis, mas também se imunizando contra o derrotismo, para não elevar nem rebaixar, por defeito de perspectiva, o nível do Direito e compreender, afinal, que, nas convulsões da crise, há uma nova vida que quer vir à luz.

Focalizando as inovações do direito sob um prisma que o revela na sua limitada capacidade de auto-regência, não trago uma palavra de desencanto, nem transmito uma impressão pessimista. Mas, o falso otimismo é um estupefaciente de alto teor tóxico. Num mundo de realidade esmagadora, alimentar ilusões não é perfumá-lo com o incenso da esperança, mas salpicá-lo com a

lama do desespero e destruir, nas suas próprias raízes, os suportes emocionais que sustentam a humanidade na sua peregrinação pela História a dentro”⁸

Encarar as inovações com seriedade e busca da utilidade, sem pessimismo ou deslumbramento. Esta parece ser mais uma lição extraída do pensamento de ORLANDO GOMES.

8. Considerações finais

Muito mais poderia ser dito.

Contudo, já é possível se extrair diversas reflexões de como ORLANDO GOMES ERA e É, indubitavelmente, um Mestre do Porvir, um homem à frente de seu tempo, cujas lições podem e devem repercutir ainda por muitos anos, pois pensados para situações que ainda estão por desabrochar...

Isto porque a sua preocupação com o cunho funcional do Direito era a tônica que todo “homem de bem” deveria ter nas suas reflexões, principalmente nos momentos em que se vislumbra uma crise na sua aplicação:

Em suas próprias palavras:

“Por complicado processo de racionalização, condensam-se interesses materiais de grupos sociais. Nas épocas de estabilidade social, quando há unidade de vistas ou interpenetração de filosofias da vida, a condensação produz-se num ambiente tão rarefeito que, no contexto dos princípios, não se percebe a secreção desses interesses. Mas a história não é estática. Cada conjuntura gera novas situações, nas suas entranhas, como se o tempo, na sua marcha incansável, estivesse a conceber, continuamente, a sua mesma renovação, sucedendo-se a si próprio, num movimento perpétuo de fenecer e desabrochar. Aos períodos tranqüilos, seguem-se fases agitadas, nas quais, a humanidade parece ter perdido o seu centro de gravidade. Nesses intervalos, que caracterizam as épocas de transição, uma transparência, provocada por novas idéias, deixa entrever, na sua rudeza, o substrato material do Direito. A realidade social subjacente, ferida nos seus pontos vitais, rebela-se, em desespero, contra as formas em que se condensa. E, nessas altitudes a que se guindara, pelo poder da levitação dos ideólogos, instaura-se a crise, projetada para cima, como se um gigantesco esguicho arremessasse para o alto os átomos libertados pela desintegração da estrutura econômica. É nessas frases que o cunho funcional do direito se revela com maior nitidez”⁹

A este profeta dos juristas brasileiros, a mais sincera homenagem.

8 GOMES, Orlando. *A Crise do Direito*. São Paulo: Brasil, 1955, p.14.

9 GOMES, Orlando. *A Crise do Direito*. São Paulo: Brasil, 1955, p.5-6.

9. Referências

- GOMES, Orlando, *Obrigações*, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994.
- _____. *A Crise do Direito*. São Paulo: Brasil, 1955.
- _____. *Direito e Desenvolvimento*. Salvador: Universidade da Bahia, 1961.
- _____. *Harengas*. Salvador, Fundação Gonçalo Moniz, 1971.
- _____. *Pareceres Inéditos*. Belo Horizonte, Nova Alvorada Edições Ltda., 1998.